

# ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO LVII, FASCÍCULO I

Enero-marzo, 2004



MINISTERIO  
DE JUSTICIA

MINISTERIO  
DE LA PRESIDENCIA

**BOE** BOLETÍN  
OFICIAL DEL  
ESTADO

# ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Fundador

FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO (†)

Dirección

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

Secretario

ANTONIO MANUEL MORALES MORENO

Coordinación

NIEVES FENOY PICÓN

Consejo de Redacción

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

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

## SUMARIO

	<i>Pág.</i>
Estudios monográficos	
Juan VALLET DE GOYTISOLO: «Perspectiva histórica de las metodologías jurídicas» .....	5
Gabriel GARCÍA CANTERO: «¿Es aplicable en España el Proyecto de Pavia? (En torno a la noción de contrato europeo)» .....	51
Esther GÓMEZ CALLE: «El régimen jurídico de las innovaciones en la propiedad horizontal» .....	95
Sonia MARTÍN SANTISTEBAN: «La responsabilidad en el contrato de depósito: su génesis histórica» .....	133
Estudios jurisprudenciales	
Marina PÉREZ MONGE: «Límites a la utilización de las técnicas de reproducción asistida. Reflexión a propósito del auto del Juzgado de Primera Instancia número 13 de Valencia de 13 de mayo de 2003» ...	179

## Bibliografía

## LIBROS

ÁLVAREZ MORENO, María Teresa: «La mejora en favor de los nietos», por Sebastián López Maza .....	211
GONZALES BARRÓN, Gunther: «Curso de Derechos Reales», por Carlos Vattier Fuenzalida .....	218
SALAS MURILLO, Sofía de: «Responsabilidad civil e incapacidad. (La responsabilidad civil por daños causados por personas en las que concurre causa de incapacitación)», por M. <sup>a</sup> Ángeles Parra Lucán .....	221
SALAZAR REVUELTA, María: «Evolución histórico-jurídica del condominio en el Derecho romano», por Patricia Zambrana Moral .....	226
SCHULZE, R./EBERS, M./GRIGOLEIT, H. C. (directores): «Informationspflichten und Vertragsschluss im Acquis communautaire», por Sergio Cámara Lapuente .....	229
TORRES PEREA, José Manuel de: «Alcance de la personalidad jurídica de la sociedad civil externa», por Sofía de Salas Murillo .....	241
VV. AA.: «Bases de un Derecho Contractual Europeo. Bases of a European Contract Law», por Beatriz Fernández Gregoraci .....	245
YZQUIERDO TOLSADA, Mariano: «Las peripecias del asegurador de automóviles en el proceso penal», por M. <sup>a</sup> Aránzazu Calzadilla Medina.	253

## REVISTAS ESPAÑOLAS

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

## Jurisprudencia del Tribunal Supremo

## SENTENCIAS

A cargo de: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ. Colaboran: Margarita CASTILLA BAREA, Ignacio DÍAZ DE LEZCANO, Nicolás DÍAZ DE LEZCANO, Rocío DIÉGUEZ OLIVA, Susana ESPADA MALLORQUÍN, Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI, Miriam de la FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, Gabriel GARCÍA CANTERO, Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ, Carmen JEREZ DELGADO, Sebastián LÓPEZ MAZA, María del Carmen LUQUE JIMÉNEZ, Andrea MACÍA MORILLO, Carlos ORTEGA MELIÁN, Máximo Juan PÉREZ GARCÍA, Luis Felipe RAGEL SÁNCHEZ, Paloma SABORIDO SÁNCHEZ .....	289
--	-----

# **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: **77,00 €** (más gastos de envío)

Precio del fascículo suelto: **23,75 €** (más gastos de envío)

## **ADMINISTRACIÓN**

### **Ministerio de Justicia**

(Centro de Publicaciones)

c/ San Bernardo, 62. 28015 MADRID

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

## **VENTA, DISTRIBUCIÓN Y SUSCRIPCIONES**

### **Librería del Boletín Oficial del Estado**

c/ Trafalgar, 27. 28071 MADRID

Tel.: (91) 902 365 303

Fax: (91) 538 21 21

# ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO LVII, FASCÍCULO I  
Enero-marzo, 2004

MINISTERIO DE JUSTICIA  
Secretaría General Técnica



MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA  
Boletín Oficial del Estado

MADRID, 2004

---

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

---

NIPO (BOE): 007-04-041-2  
NIPO (M. de Justicia): 051-04-012-7  
ISSN: 0210-301-X  
Depósito legal: M-125-1958

---

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

## Perspectiva histórica de las metodologías jurídicas

JUAN VALLET DE GOYTISOLO

### 1. **DIVERSIDAD DE PLANOS SUPERPUESTOS Y CORTES VERTICALES MOSTRADOS POR ESTA PERSPECTIVA HISTÓRICA**

Una visión panorámica de la perspectiva histórica de las metodologías permite observar como, a través de sus diversos períodos, el núcleo de su estudio ha variado de ubicación temática, situándose en diversos planos. A la par, nos ofrece, también en perspectiva, tres cortes verticales, a través de los cuales y de arriba a abajo podemos observar desde la determinación de los principios generales hasta la concreción de lo justo del caso, y después observarlos según teóricamente han sido contemplados. Con ese conocimiento previo, podemos iluminar nuestra labor y apoyarnos en él «(teoría)», para configurar ese método, así como el modo de desenvolverlo prácticamente «(praxis)»; y suministrarlos o construirnos los expedientes técnicos, instrumentos y medios auxiliares que nos faciliten la mejor manera de realizarla «(técnica)».

Aquellos planos y estos cortes verticales se entrecruzan. De modo tal, que, observándolos a lo ancho de esa perspectiva histórica, se advierte que en mayor o menor grado deben realizarse tres diversas tareas: una teórica, otra práctica y otra técnica. También a lo largo de la misma perspectiva podemos observar, en perfil, esos diversos planos superpuestos en los cuales se han centrado, según los períodos, tanto los intentos metodológicos que se han efectuado cómo las polémicas que les han acompañado. Son los niveles: teológico, filosófico, científico —estos dos centrados en el conocimiento de las cosas—, político-legislativo y práctico, ya sea éste

realizado genéricamente de modo consuetudinario, o bien en la realización individualizada del derecho –ya se realice esta individualización de modo consensuado o resolviéndola conflictualmente. Este último doble plano práctico se nutre intelectualmente de los anteriores.

Esa nutrición intelectual desde los planos superiores al nivel más al ras de los hechos de la vida, requiere, a su vez, una intercomunicación de aquél con todos o alguno de los demás niveles. La observación panorámica de esta intercomunicación permite asimismo distinguir los diversos y variados medios que, a lo largo de la historia, han sido utilizados para efectuar esta intercomunicación. Estos medios podemos clasificarlos en: intuitivos, abstractivos, inductivos, experimentales, descompositivos-hipotético-reconstructivos, lógico-formales o deductivos, dialécticos, tópicos, combinatorios, dialógicos o de confrontación de opiniones, en los cuales puede ser incluida la lógica material de la razón histórica y de la razón vital; en suma, el *logos* de lo humano o de lo razonable –como le ha denominado Recasens Siches.

## 2. EL PLANO METODOLÓGICO CONCRETO DE LA DETERMINACIÓN NEGOCIAL Y CONFLICTUAL DEL DERECHO INICIADO EN EL DERECHO ROMANO EN SUS PERÍODOS ARCAICO Y CLÁSICO

a) En el nivel de la determinación más concreta del derecho, efectuada de modo directo e inmediato, habían centrado su labor los pontífices y los jurisconsultos romanos en las épocas arcaica y clásica. En especial en sus funciones del *cavere*, para efectuar las determinaciones concretas dispositiva y convencional, y del *respondere*, para procurar su determinación conflictual. Sin embargo, tal inmediatidad, sin mediación de normas escritas, no implica que estas determinaciones se hicieran de modo caprichoso, arbitrario, voluntarista o sentimental. Nada de esto. Es cierto que la intuición era la primera y más básica cualidad requerida en los jurisconsultos; pero esta intuición consistía en una comprensión del *ontos* de las cosas y de su *virtus*, que se cultivaba en su específica educación, y que les capacitaba para la *inventio*, el descubrimiento, de lo que Kaser ha denominado «derecho natural romano antiguo», expresado en las *mores maiorum*, que se fundamentaban en la autoridad de los antepasados muertos de quienes por tradición se recibía. Y, como expresaría la antes repetida definición de Ulpiano, la *iusti atque scientia* iba precedida por la *divinarum et humana-*

*rum rerum notitiae*, que los propios jurisconsultos filtraban a través de la membrana porosa –según el símil de Juan Miquel, que continuamente vengo utilizando– y recogían dentro de la célula jurídica, para, en ella, –libres de ingerencias extrañas por el principio de la espontaneidad, autonomía o aislamiento– determinar, con el propio método, *quod iustum et aequum est*.

Esta inmediatividad se nubló, en cierto modo, durante el período posclásico, cuando lo justo no fue observado directamente sino a través de la lente que imponía la autoridad de los textos, es decir, los *iura* –cristalizados en las recopilaciones de *responsae*, que condensaban la *interpretatio* de los principales juristas clásicos– y en las de *leges* –que integraban constituciones y rescriptos de los emperadores formuladas por su cámara de juristas–. Sin embargo, con la recepción de diversas influencias, especialmente la de la Iglesia, se produjo el surgimiento del derecho romano vulgar y de los derechos romanos provinciales. Estos –no obstante producir la vulgarización del derecho o, tal vez, por ello– influyeron en la determinación documental del derecho e, incluso, en la conflictual, y produjeron una cierta adecuación del derecho a las nuevas circunstancias, personales y reales. Fue una relativa adaptación, que continuaría produciéndose en el período de las leyes romano-bárbaras.

La determinación dispositiva –por el donante, el fundador o el testador– y la convencional del derecho se fueron acentuando durante todo el Medievo, facilitándose aquélla por el predominio de la idea germánica de la fidelidad, que impulsaría al apogeo el principio *pactum vincit leges*.

b) Con la recepción del derecho romano justiniano, los glossadores retornarían al modo de efectuar la determinación del derecho a través de los textos legales que, para ellos, fueron los romanos recibidos. No obstante, tuvieron también como pauta la subordinación de la *interpretatio verborum* al derecho divino, y la utilización en ella de un método dialéctico, en cuyo ejercicio no contemplaban la recopilación como si constituyera un cuerpo absolutamente completo y cerrado, sino reviviendo sus textos con el derecho divino y subordinándolos a él. Así, al examen de los textos aplicaron la luz de las cuatro causas: material, eficiente, formal y final; y las combinaron con la *scientia de moribus* –que tenía en cuenta las normas de conducta–, mediante la cual penetraban en las normas con la ética –*ethica supponitur*–. Ello daría lugar al cultivo que hicieron de la *aequitas rudis* que, en la conciencia de los juristas, dejaría una semilla que halló campo abonadísimo en el derecho canónico y permitió su ulterior desarrollo, que se produciría cuando el derecho romano dejó de aplicarse

*ratione Imperii*. Por todo esto, no puede decirse que fueran ajenos a la realidad de sus tiempos. Así, atendiendo a ella, escogían entre varios textos el que resultaba más adecuado y equitativo, y, además, aunque fuera forzándolos, procuraban orientar su exégesis a la *rerum convenientia*.

El final de la glosa y el inicio del desarrollo de la escuela de los comentaristas coincidió: de una parte, con el hecho político del tránsito desde la idea por la cual se fundamentaba *ratione Imperii* la aplicación del derecho romano, hasta la idea de basar su aplicación *imperio rationis* —por la consideración del mismo como buena razón y equidad no escritas—, y, de otra, con el hecho cultural producido por la reaparición de los textos de Aristóteles y su adecuada asimilación al pensamiento cristiano, con la interpretación que de ellos darían San Alberto Magno y Santo Tomás de Aquino. De ese modo, la determinación del derecho en lo singular y concreto volvería a ocupar el lugar central en la labor de los juristas. Para realizarla, combinaban lo que era pactado o determinado unilateralmente, con leyes, estatutos, costumbres, textos romanos y canónicos, y todos entre sí; sirviéndoles de pauta para efectuar esa síntesis: la *rerum conveniencia*, captada con el *sensum naturale*, y la *bona ratio*.

A pesar del posterior predominio teórico del nominalismo y, más tarde, de la denominada jurisprudencia culta, de la escuela racionalista del derecho natural y de gentes, de los empiristas ingleses y el constructivismo contractualista de los siglos XVII y XVIII, en la práctica negocial y en la judicial, siguió aplicándose, más o menos correctamente, aquel método, que constituyó el denominado *mos italicus*, hasta que llegaron las codificaciones modernas.

c) El empleo de esa determinación concreta del derecho, efectuada por los juristas en forma directa e inmediata, pero no de modo arbitrario —ni voluntarista ni sentimental— también lo observamos patente —como antes en el derecho romano— en el genuino *common law* inglés, mientras se mantuvo puro. Así, jueces y tribunales, a partir de la segunda mitad del siglo XII, resolvían los casos que se les presentaban «descubriendo» el armazón iusnaturalista que latía en las viejas costumbres locales, y, una vez descubierto en ellas, lo condensaban para obtener las fórmulas generales precisas a fin de efectuar las determinaciones concretas que, por razón de su oficio, debían efectuar. Una muestra palpable de que esos jueces no creaban sino que descubrían el derecho, es la explicación que dio Coke en el siglo XVI, de que, incluso cuando un tribunal se apartaba de la doctrina sentada en sentencias anteriores, bien por el mismo



tribunal bien por otros, era por haberse dado cuenta de que aquella doctrina era contraria a la razón. Así, se destacaba que no se pretendía elaborar un nuevo derecho, sino vindicar el viejo, liberándolo de la anterior interpretación errónea.

Sin embargo, esta inmediatez se atenuaría cuando jueces y abogados comenzaron a ayudarse con los *year boooks*, que recogían los extractos de las sentencias anteriores seleccionados y ordenados; y con los *wirt original*, que expedía la *Royal Chancery*, incorporando aquellas reglas generales, en las que convenían los jueces al extraer un conjunto de costumbres particulares, y que, a partir del siglo XII, eran coleccionadas y comentadas, formándose el *Registrum brevium* o *Register of Wirts*, a modo de colección jurídica que estuvo en constante expansión.

A finales del siglo XIII, pareció agotarse la creatividad de los jueces, mediante la cual se adecuaba el derecho a las nuevas circunstancias, no apareciendo ya nuevos *wirts*, aunque se precisaban por los cambios de circunstancias producidos y a pesar de que eran reclamados. Entonces, el Parlamento autorizó al Canciller para que, por su cuenta, los otorgase e, incluso, para que por «falta de justicia», emplazara a las partes, cuando la demandasen. Así, en el siglo XV, el Canciller llegaría a suplir los defectos del *common law*, mediante la *equity* —como entonces se la comenzó a denominar—, a la cual Jacobo I declaró prevalente. Hoy unos mismos jueces y tribunales aplican tanto la *common law* como la *equity*.

Los *year boooks* y el *Register of wirts* facilitaron sin duda su labor a jueces y tribunales, pero también formaron sendos cuerpos de doctrina que, poco a poco, irían dando lugar a que se adoptara la práctica del precedente judicial, oponible a los actos de ministros y funcionarios por el principio del *rule of law*. Y, con el tiempo, la utilización de esos cuerpos les llevaría a positivizarse y a que, en general, el precedente se apoyara, más que en los principios, en la interpretación extensiva o en la analogía de la misma doctrina judicial.

En los Estados Unidos de América, de esa doctrina del precedente se derivarían el *case-method*, vinculado al pragmatismo —allí característico— y al utilitarismo, llegándose plenamente al positivismo bajo la influencia de Bentham, Austin y John Stuart Mill.

De ese modo, en una y otra orilla del Atlántico, la determinación directa del derecho anglosajón por jueces y tribunales vendría a ser mediatizada, en cierto modo, por la propia jurisprudencia anterior.

### 3. EL PLANO CONSUECUDINARIO DE LA METODOLOGÍA DE LA DETERMINACIÓN DEL DERECHO

Este plano, o nivel de la determinación concreta y directa del derecho, se halla casi siempre entrelazado con el plano de la determinación consuetudinaria, tal como hemos visto que había ocurrido en los orígenes del derecho romano, con las *mores maiorum*, y el primitivo derecho inglés, con las costumbres locales.

Pero, tal vez, donde mejor se advierte el desposorio entre la determinación dispositiva, personal o convencional, e incluso conflictual, del derecho, con las costumbres, creadas precisamente a través de la formación de usos dispositivos o convencionales, es durante toda la Edad Media. Estas costumbres fueron el crisol del denominado «derecho medieval cristiano», tanto en los *pays de droit coutumier* franceses como en la España pirenaica y cantábrica, en el norte de Italia y en los pueblos que hoy constituyen la Confederación helvética.

Así se formaron las costumbres rurales, las feudales, las costumbres y estatutos municipales, corporativos y las del mar. Todas ellas irían escribiéndose y se compilaron las más importantes. Los comentaristas, con su método del *mos italicus*, las armonizarían con los derechos romano, canónico, los territoriales y estatutarios, armonizándolos todos, para cubrir sus vacíos con la *rerum convenientia*, el *sensum naturale*, la buena razón y la equidad.

En muchas regiones del continente europeo, estas vivencias consuetudinarias prolongaron su vigencia hasta que llegaron las codificaciones y, aun después, se mantuvieron en algunos países.

En España se habían mantenido en los Reinos de Aragón, Valencia (en este sólo hasta el Decreto de Nueva Planta, dado por Felipe V), Mallorca y Navarra, en el Principado de Cataluña, y en los Señoríos de Vizcaya y de Ayala; en Francia persistían en los *pays de droit coutumier*, aunque con indudable tendencia a su unificación.

Aún después de la codificación, en las regiones españolas que se han denominado de derecho foral o especial, continuarán combinándose las determinaciones dispositiva, personal y convencional, con la consuetudinaria, siendo, para ello, decisiva la colaboración de los notarios con el pueblo.

Creo que Joaquín Costa, además de ser el gran propugnador de la recopilación de las costumbres vivas –tarea que él mismo inició–, fue el mejor teorizador y defensor de la determinación con-

suetudinaria del derecho voluntario, así como del principio aragonés *standum est chartae* y del que él denominó *standum est consuetudini*.

#### 4. TRÁNSITO DEL NÚCLEO CENTRAL DE LA METODOLOGÍA JURÍDICA A LOS PLANOS, MÁS ELEVADOS, TEOLÓGICO Y FILOSÓFICO

La posibilidad de un conocimiento racional del derecho, en su vivencia arraigada en la naturaleza de las cosas mediante una comunicación bidireccional –intuitiva-abstractiva de las cosas a la mente e inductiva-deductiva de esta a aquéllas–, requiere que se parta de la existencia de un orden en las cosas cognoscible por el hombre en la medida suficiente para que le sirva de pauta. Esto había sido ya discutido por teólogos y filósofos mahometanos y, decididamente lo sería, en el siglo XIV, en el campo cristiano por Duns Scoto, que estimó ese orden siempre pendiente de la voluntad absoluta de Dios.

La predilección de Duns Scoto por lo singular –como lo único susceptible de amor– la trocaría Guillermo de Ockham por la negación de la realidad de todo universal –que no creía posible conocer a través de unos géneros y especies naturales, a los que no reconocía existencia objetiva, ni admitía sino como nombres expresivos de unas significaciones abstractas, con las cuales «connotamos» las cosas singulares y elaboramos su concepto puramente intelectual. Esa negación implicaba que las palabras *ius*, o *directum*, no significaran la *res iusta* o *quod iustum est*, de conformidad a la cosa misma, como las habían expresado la concepción clásica romana y la cristiana–; y así quedaban sin soporte real los juicios que estaban efectuando los comentaristas con el fin de hallar la equidad y para valorar con la buena razón objetiva, con las cuales armonizaban los textos del derecho romano y del canónico con los del derecho propio, en conformidad con el orden armonioso de las cosas y una visión plena del hombre en todas sus dimensiones.

La membrana porosa, a través de la cual recibía el alimento intelectual la célula jurídica, para que dentro de ella los juristas con sus propios métodos determinasen lo que es justo, ya no podía recibir el conocimiento del orden de las cosas humanas puesto que no se admitía que en ellas existiese ínsito un orden natural. Así, la cuestión metodológica cambiaba de plano; y se centraría en una cuestión teológica y filosófica idealista o voluntarista. Al negarse que el derecho pudiera obtenerse de la *rerum natura* mediante el

*sensum naturale*, dado que –en contra de la concepción tomista– la ley eterna se estimaba no cognoscible, ni siquiera en parte ni aproximativamente, resultaba que el derecho sólo podía inspirarse en la Revelación –y, por lo tanto, pasaba a ser de la competencia de los teólogos–, o bien, en la razón, especulativa o constructiva –y entonces competía a los filósofos– o tal vez, en la inducción experimental de los fenómenos –siendo en ese caso tarea científica–, o, en fin, sólo cabía que se aplicara como derecho aquello que fuese impuesto en forma de leyes por el poder político.

Duns Escoto, para la determinación del derecho, puso por primera norma la ley divina positiva, apoyada en la *voluntas absoluta* de Dios –no siéndolo por Él *prohibita quia mala* sino *mala quia prohibita*–. Con ello se imponía, en primer lugar, una interpretación teológica del derecho. En segundo lugar, aunque sometido a esta interpretación, se situó al derecho positivo humano –es decir, la ley emanada de la autoridad política y lo voluntariamente establecido en los convenios de toda clase–. Y, al prevalecer, según esta doctrina, la voluntad sobre la razón, los argumentos racionales, basados en la naturaleza de las cosas, debían ceder ante la voluntad del autor de la norma o de los concertantes del convenio, sin otro requisito sino sólo que su contenido resulte «consonante» con el mandato imperativo del amor a Dios. De ese modo, si bien el *velle naturale* requería *affectio iustitiae* como condición *sine qua non*, no la exigía su interpretación como condición *per quas*; por lo cual, ésta no jugaba sino en forma negativa y tan sólo cuando aquella *affectio* faltara totalmente. Correlativamente, al trasladarse el apotegma *mala quia prohibita* del derecho positivo divino al humano, el criterio interpretativo cambiaba totalmente; obligaba a aferrarse al texto de la ley humana –como en la exégesis bíblica al de la Sagrada escritura– o al de las convenciones, sin basarse, para entenderlas, en argumento alguno dimanante de la naturaleza de las cosas, o de conclusiones de derecho natural.

Estas orientaciones interpretativas se acentuarían con Ockham. Con la particularidad de que el fundamento inmediato de los poderes humanos y de las leyes positivas venía a serlo la concurrencia concordante de los derechos subjetivos de todos los miembros de la comunidad.

Por otra parte, como quiera que con el voluntarismo de Duns Escoto nunca podía estarse seguro de que existiera algo naturalmente justo, más allá de la mera «consonancia» con la voluntad divina, y el nominalismo de Ockham negaba que cupiera inteligibilidad en las cosas, resultaba carente de sentido el concepto de *ius* –derecho– como *quod iustum est ex ipsa natura rei*, y su determi-

nación debía centrarse en la ley que lo imponía, o en el contenido positivo dimanante de ésta, traducido en deberes y facultades inherentes a la voluntad de los hombres, a las que hoy denominamos derechos subjetivos. Así, las normas jurídicas dejaron de mirarse como pautas que ayudan a la determinación de lo justo natural, y pasaron a imponerse como fuentes creadoras de deberes, según unos, y de los derechos subjetivos de cada cual, según otros.

En el siglo XVI, el voluntarismo y el nominalismo, más o menos moderado, se habían hecho dueños de todas las cátedras europeas. Lutero tuvo por maestros a los nominalistas Gabriel Biel y Juan Wessel. En sus estudios, ensambló ese nominalismo, con su pesimismo antropológico –basado en su convicción de que la concupiscencia es invencible, por efecto del pecado original–, en clara contraposición con su hipertrofiado concepto del yo, balanceando éste con aquél pesimismo para buscar el equilibrio mediante la gracia de la fe. Por virtud de ésta, consideraba al hombre liberado de todo el orden moral –que creía le era inasequible–, de todos los preceptos *iudicialia* y *ceremonialia* del Antiguo Testamento y del derecho canónico, e incluso de la necesidad de pensar racionalmente las cosas del espíritu. Consideraba que tanto nuestra inteligencia, para abstraer lo universal, como nuestra capacidad de pensar racionalmente, habían quedado taradas por aquel pecado original, quedando aptas sólo para captar lo singular y para los quehaceres prácticos de la vida terrenal. Le quedaba la ley de Cristo, pero la consideraba informulada, interior, subjetiva e incoercible.

Notemos que, para Lutero, a la negación nominalista de que nuestra inteligencia pueda captar un orden en la naturaleza de las cosas, se suma la negación de la posibilidad de toda razón práctica, –en contra de lo que desde Gregorio de Rimini mantenían amplios sectores del nominalismo, de que nuestra razón lo hallara en la ley escrita en nuestra mente–, ya que –como advierte Arthur Kaufmann– Lutero afirma «que “aunque los mandamientos de Dios estén escritos en el corazón de todos los hombres, sin embargo, Dios ha entenebrecido de tal forma los corazones que éstos apenas pueden verlos y reconocerlos”, y más bien permanecen “oscuros y totalmente desvaídos”. Por este motivo no pudo Lutero aceptar la teoría de los tres niveles de la ley, ya que para él la naturaleza del hombre está totalmente pervertida a causa del pecado original, y, por ello, el hombre no está en condiciones de conocer por sí mismo lo que es correcto. Entre la *lex aeterna* y la *lex humana*, entre el reino de Dios y el reino de los hombres, no hay ninguna conexión jurídica, sólo existe la generosidad de Dios vertida merced a la

gracia misericordiosa. Al haberse extinguido el *lumen naturalis*, el hombre no es capaz por sí mismo de nada bueno si no es con ayuda de la gracia divina. La “libertad del cristiano” no se fundamenta en la ley, sino solamente en el Evangelio; es esa libertad “la que libera al hombre de todos los pecados, de todas las leyes y de todos los mandamientos”».

Mas si, para él, la expresión derecho natural no significaba sino los mandamientos del «Decálogo» y los preceptos basados en la fe, en cambio, en lo referente al orden temporal, tomó literalmente las palabras de San Pablo: «No es en vano que el príncipe lleva la espada de la venganza de quien hace el mal y para castigarle». El derecho tiende así a convertirse en un orden coactivo a fin de preservar el orden temporal de este mundo.

Según Calvino, también la voluntad de Dios es la regla superior de la justicia. Es justo lo que quiere sólo porque Él lo quiere. Por ello, buscaba las normas morales en la Sagrada Escritura, y, así, se producía un regreso del *logos* a la *torah*. Pero, como estimaba separando radicalmente el derecho positivo y la moral, consideró que aquél sólo dimanaba del poder político. Por otra parte, el pensamiento antropológico de Lutero lo sustituyó Calvino por su idea de la predestinación, que tanta influencia ha tenido en la formación del capitalismo.

Ahí tenemos que la elevación del planteamiento básico de la metodología al nivel de la teología trajo a fin de cuentas la traslación del derecho positivo al plano del poder político, fundamentándose —con el espíritu de un voluntarismo nominalista— la aplicación del derecho en la voluntad del legislador.

Sin embargo, sin salir del mismo campo nominalista, en el siglo XIV, un discípulo de Ockham, el superior general de los agustinos Gregorio de Rimini, no buscaría en la voluntad divina la ley eterna, pero tampoco en un orden natural inscrito por Dios en las cosas y captado en ellas por el hombre con su *sensum naturale*. Sino que lo buscaría a través de la *ratio divina*, insuflada por Dios al hombre; pero con la particularidad de considerar pecado la violación de la razón en cuanto recta, aunque se diera el supuesto —que él consideraba imposible— de que no hubiera razón divina. Ahí tenemos el antecedente medieval de la moderna línea racionalista de la determinación del derecho.

A fines del siglo XV, en las facultades de teología de toda Europa seguía dominando el nominalismo, más o menos moderado, teniéndose en ellas como libro de lectura las *Sentencias* de Pedro Lombardo —que eran preferidas a la *Summa theologiae* de Santo Tomás—; pero, a principios del siglo XVI, se produjo una reacción.

En Roma la personificaron los cardenales Tomás de Bio, o Cayetano, y Silvestre de Ferrara. En París, el belga Pierre de Crockaert, o Pedro de Bruselas, que retornó al tomismo, sería maestro de Francisco de Vitoria, quien, a su vez, encabezaría la escuela española de teólogos-juristas. Volvió a poner la *Suma teológica* como libro de lectura, en lugar de las *Sentencias*, en las Universidades de Valladolid y de Salamanca. Y el mismo cambio se produciría también en las Universidades de Alcalá de Henares y de Sevilla.

Esto conllevó que, de una parte, retornasen al tomismo la mejor parte de los teólogos-juristas españoles, y, de otra, que se viniera a reforzar la continuidad del empleo por los juristas del tradicional método del *ius commune*. Pero, como contrapartida, penetraron estos teólogos en el estudio del derecho, que trataron de justificar dando las razones por las cuales se sentían competentes, y, en ese sentido, argumentaron Francisco de Vitoria, Domingo de Soto, Luis de Molina y Francisco Suárez. Asimismo, es de notar que estos cuatro teólogos declararon que contemplaban el derecho como teólogos morales; lo cual, como es natural, les inclinaba a observarlo desde la perspectiva de lo moralmente prohibido o debido, más que en la propiamente jurídica de determinar *quod iustum est* –es decir, de configurar la *res iusta*, la justa relación en el caso planteado–. Ciertamente es, sin embargo, que –como ya hemos visto– Vitoria y Soto se ocuparon principalmente de iluminar los principios, tanto en las grandes cuestiones de siempre –el dominio, el poder civil y el eclesiástico– como en las de más relevante actualidad –los indios, el derecho de gentes, la guerra y la paz, tratados especialmente por Vitoria–; y que el jesuita Luis de Molina –que como teólogo sostuvo la tesis de la «gracia suficiente» y el «libre albedrío», contra la predestinación–, cuando trató de cuestiones jurídicas concretas, actuaba con el método rigurosamente jurídico del *mos italicus*.

Vitoria y Soto conservaron la genuina definición de *ius*, enunciada por Santo Tomás, como lo justo *ex ipsa natura rei* o *ex natura rerum*; pero admitieron también su significación de ley y, al tratar de la propiedad, mostraron su equivalencia a lo que hoy denominamos derecho subjetivo. Es de notar que Luis de Molina, aunque afirmó que el derecho natural brota de la naturaleza de las cosas –*a rerum natura ipsarum... oritur*–, al enumerar las clases de leyes, no alude a la ley eterna ni a la ley natural e incluye la expresión *lex* como segundo significado de *ius*, pero conserva refundida compendiosamente, a mi parecer, lo que el Aquinatense había expresado separadamente como contenido de la *lex aeterna*, de la *lex naturale* y del *ius naturale*.



Otra fue la posición de Francisco Suárez, sin duda ecléctica entre el tomismo, de una parte, y, de otra, el escotismo y un nominalismo moderado. En el significado de *ius* incluyó el de lo justo, el de la ley y el de la facultad moral para reclamar lo que es de uno o que le es debido; pero consideró como sentido principal el de ley. Es, sin duda, significativo que no titulara su tratado *De iure* o *De iustitia et iure*, sino *De legibus*.

Por otra parte, la ley natural –según Suárez– impera en el ámbito moral pero no en el jurídico positivo, salvo en cuanto sea causa impeditiva de su validez; pues no estimó ley la que sería totalmente injusta. Pero, en cambio, en otro caso, creía que la racionalidad no afecta a su interpretación, pues la justicia de la ley, aunque sea condición *sine qua non* de su validez, no lo es para determinar *per quas* el sentido de su aplicación.

Notemos que, mientras Santo Tomás de Aquino, a continuación de su *De iustitia*, trata del juicio en el cual aquellas leyes que son «conclusiones» deben ajustarse a la naturaleza de la cosa, como determinante de lo justo natural –y de ese modo también lo entendió Domingo de Soto–, en cambio Suárez no se ocupó del juicio, sino, y muy detenidamente, de la interpretación de la ley atendiendo a la voluntad del legislador. Y, para aplicar la equidad, no estima suficiente que la razón de la ley falle negativamente, sino que considera necesario que, además, falle de alguna manera totalmente contraria o bien que sea demasiado gravosa o difícil.

Es, sin duda, cierto que el esquema trazado por Francisco Suárez de un derecho natural integrado por un haz de infinitas leyes naturales, escritas en nuestra mente, facilitó a los filósofos un modelo que, después de él, en la Holanda y la Alemania protestantes, emplearía la Escuela del derecho natural y de gentes. Aunque haya de reconocerse también que ese sistema ecléctico del Doctor Eximio fue muy superior –como ha observado Kohler y reiterado Recasens Siches– a las concepciones de Grocio, Pufendorf y Tommassio, en quienes se laicizó y simplificó, dando el paso de prescindir de las variaciones de las leyes por razón de los cambios de materia, y, por tanto, las abstraieron de toda circunstancia de persona, lugar y tiempo.

Igualmente, el esquema del derecho positivo de Suárez, constituido por un sistema de leyes positivas impuestas por el poder político soberano, perduró en esa Escuela y estuvo implícito en el ideal de los filósofos de las Luces de constituir un sistema de moral social –pensado, según ellos, ya no por teólogos, sino por filósofos– y de positivizarlo recogido en Códigos perfectos y completos, que abrogaran y sustituyesen los derechos forjados en la historia y

traídos por la tradición. En el siglo XVIII, ese ideal de convertirlo en derecho positivo no sólo lo propugnarían los ilustrados sino también los revolucionarios.

## 5. LOS SUCESIVOS PASOS DE LA METODOLOGÍA JURÍDICA DESDE EL PLANO TEOLÓGICO AL NIVEL FILOSÓFICO Y DE ÉSTE AL POLÍTICO

El paso de la metodología jurídica desde el plano teológico al nivel filosófico entiendo que fue provocado por Francis Bacon y René Descartes, aunque proponiendo caminos contrapuestos. También se ha señalado a Grocio como personaje clave de ese tránsito y, ciertamente, lo fue para el nacimiento de la Escuela del derecho natural y de gentes.

a) A finales del siglo XVI y comienzos del siglo XVII Francis Bacon partiría de la negación, formulada por Ockham, de toda realidad a cuanto no sea individual, y, por lo tanto, rechazó que nuestras ideas generales fueran reales, no admitiendo siquiera que, por naturaleza, fueran imágenes, retratos ni representaciones mentales de alguna cosa real o concebible en las cosas. Por lo tanto, no cabía sino, de una parte, un conocimiento intuitivo de los objetos materiales individuales, o de los complejos de ellos, y, de otra parte, el mero darse cuenta de algún hecho psicológico (un sentimiento de placer o dolor, la obtención de un conocimiento, un acto de razonar, una decisión de voluntad). Es decir, en uno y otro caso, sólo se trata de conocimientos experimentados (*experimentalis notitiae*) o científicos (*notitia scientifica*). También Bacon pudo estar de acuerdo con Ockham en que las cosas son justo lo que son y, tal vez, en que la naturaleza realiza sus operaciones de un modo misterioso. Por ello, siguió, sin duda, la vía que Ockham había dejado abierta al fisicalismo o al psicologismo para dar respuesta, respectivamente a las percepciones y a las sensaciones en cuestiones filosóficas o jurídicas. En cambio, de ningún modo estuvo conforme con que la voluntad divina se considerase como causa última y única explicación tanto de la existencia de la naturaleza como de sus operaciones. Es decir, rechazó que se usara la voluntad omnipotente de Dios como último argumento, aun cuando no sepamos el porqué de la ciencia ni del conocimiento humano. Tampoco admitió que el teologismo de Ockham pudiera respaldarse en el principio de causalidad.

No sólo negó al hombre toda capacidad de conocimiento metafísico y abstractivo de lo universal –denominaba «vírgenes estéri-

les» a las causas finales–, sino que Bacon, en contra de Ockham, rechazó radicalmente como fuente de conocimiento a la Revelación del Antiguo y del Nuevo Testamento, así como también negó la existencia en el hombre de una parte anímica, considerando que sólo es una hipótesis indemostrable e imposible de conocer.

En cambio, sí tuvo fe y esperanza en el desarrollo de las ciencias experimentales –entonces en plena expansión– y de la técnica derivada de ellas. De ahí que creyera necesario, ante todo, desterrar los *idola*, o «concepciones fantásticas del espíritu», para instaurar, mediante la ciencia, el *regnum hominis* –pues, conocer la naturaleza es hacer al hombre señor de las cosas y acrecentar su poder– que debía reemplazar al *regnum Christi*. En esta concepción, los científicos serían las hormigas recolectoras y las arañas que extraerían la sustancia de la recolección, y los filósofos las abejas que, mediante su propio poder, debían transformar la sustancia extraída.

Propuso Bacon aplicar a las ciencias humanas el método descompositivo-recompositivo, que entonces era empleado en las ciencias de la naturaleza, y que Galileo había esbozado, consistente en observar los fenómenos singulares, formular hipótesis y comprobar finalmente si éstas son verdaderas. Ciertamente es, también, que este método, al ser movido por la voluntad de poder del hombre –imperante en las tesis de Bacon–, no propone una observación fiel de la naturaleza, sino que selecciona los aspectos de ésta que pueden ser útiles y excluye del conocimiento cuanto está más allá de nuestros sentidos –que creía simple apariencia fantasmal– o que no sea contable y medible con una finalidad utilitaria.

Bacon basaría la experiencia científica en el principio de causalidad –aunque entendiéndolo racional, matemática y mecánicamente–, a pesar de la base apriorística de este –que no trató de corregir–, y constructivamente en un método puramente inductivo que, a partir de observaciones particulares, proceda por progresiva y prudente inferencia hasta la generalización y formación de conceptos –que así serán fruto de lo experimentado–, pudiendo ser corregido lo inducido en caso de resultar rectificado por posteriores experiencias.

Es de subrayar que, algo más de un siglo después, otro empirista inglés, David Hume, criticaría los conceptos de sustancia, existencia y causalidad, incluyendo en esta crítica la causalidad eficiente, en la cual había descansado el pensamiento de Bacon. Según Hume: no conocemos la sustancia por ninguna impresión originaria, sino que resulta de un conjunto de cualidades o propiedades enlazadas asociativamente; la existencia no pasa de ser una «creencia» que reposa en la pura e inmediata referencia a la vivaci-

dad de la impresión sensible, superior a toda vivacidad subordinada o derivada; y la causa no es cognoscible, ni intuitiva ni deductivamente, pues, todo lo más, delata la sucesión de dos hechos u objetos, pero nunca la conexión entre ambos. Su concepto sólo lo creía admisible si era entendido como una relación psicológica entre impresiones, y nunca como afirmación de una relación verdaderamente causal actuante en la realidad. Claro que así dejaba en duda la misma posibilidad de todo conocimiento científico.

b) El camino más radicalmente opuesto al empirista, emprendido por Bacon, fue el idealista puro, que Descartes concibió una noche de invierno de 1617 cuando sintió el fulgor de la idea junto a la lumbre del fuego. Necesitaba sentirla porque, en tanto que Ockham había negado la realidad de lo universal, él negaba toda fiabilidad e inteligibilidad de nuestros sentidos, incluso en la percepción de lo singular: «sea que veamos, sea que durmamos, nunca debemos dejarnos persuadir sino por la evidencia de la razón, y para nada de nuestra imaginación ni de nuestros sentidos».

Lo cierto es que, paradójicamente, al mismo Ockham le había quedado suelta la premisa que permitió fundamentar lógicamente la posición contraria, que adoptaría Descartes. Si, conforme dijo el nominalista inglés, sólo es posible el conocimiento por intuición de las cosas singulares de las cuales sensorialmente captamos sus signos, o fenómenos, ¿obtenemos la intuición de la no existencia de una cosa? Su respuesta fue: «Cuando la cosa existe el conocimiento intuitivo de la cosa más la cosa misma causan el juicio de que la cosa existe; pero, cuando no existe, el conocimiento intuitivo menos la cosa deben causar el juicio contrario». La respuesta no es satisfactoria; pues, ¿cómo sabemos que se da ese «menos la cosa»? Al final, la respuesta de Ockham viene a ser que Dios conserva en nosotros la intuición de las cosas ausentes, y así podemos juzgar que no existen. Pero, entonces, si Dios puede producir en nosotros la intuición de algo que actualmente no existe, ¿podemos estar seguros de que existe lo que percibimos como real e, incluso, de que este mundo no es una gran fantasmagoría, detrás de la cual en realidad nada existe?

Por su afirmada falta de fiabilidad de nuestros sentidos, Descartes sólo creyó en la idea clara y distinta de nuestro pensamiento. Medio por el cual captó su primera evidencia: «pienso luego existo» –de la que Vico diría que denota «conciencia», pero ninguna «ciencia» de lo que es ni de cómo se produce–. Pero le quedaba por explicar, sin contradecirse, cómo las sensaciones producen ideas. Es decir, dejaba sin resolver la cuestión de saber cómo en nosotros

pueden producir ideas unas sustancias distintas del pensamiento, cuya percepción, además de no ser fiable, parece venirnos desde fuera y que, por ello, no pueden ser causa sino, en todo caso, meras ocasiones para que la mente las conciba.

De esos principios, intuitivos por la mente, Descartes descendería deductivamente, *more geometrico*, mediante silogismos rigurosamente encadenados –*longas istas rationum catenas*, como las describiría su gran crítico, Vico—. Era el método contrapuesto al que Newton –quien critica que Descartes y a Spinoza se descolgaran, por deducción lógica, desde premisas puestas arbitrariamente– propondría para la filosofía experimental siguiendo la consigna *hipótesis non fingo*: «debemos recoger proposiciones verdaderas o muy aproximadas, inferidas por inducción general a partir de fenómenos, prescindiendo de cualesquiera hipótesis contrarias, hasta que se produzcan otros fenómenos capaces de hacer más precisas esas proposiciones sujetas a excepciones».

El método cartesiano fue utilizado en filosofía y en estética por Baruch Spinoza, como muestra en el mismo título de su *Principiorum philosophiæ*, que lleva como predicado *more geometrico demonstratae*, y también el de su obra póstuma, *Ethica, ordine geometrico demonstrata*. En el siglo XVIII este método sería aplicado al derecho por Christian Wolff, como enuncian también los títulos de sus principales obras.

c) Otra línea racionalista, pero no pura, es la que, en la primera mitad del siglo XVII, encabezó el holandés Hugo Grocio. Este fue guiado: por influencias humanistas, que le traían reminiscencias del estoicismo; por otras indirectas de Gregorio de Rimini, y la, más inmediata, de Francisco Suárez. Pero tuvo fundamentales diferencias con cada uno de estos dos.

Según Grocio, Dios sigue siendo la suprema fuente del derecho, que fue comunicado a los hombres por la Revelación bíblica, cuya interpretación corresponde a la teología moral, pero que no constituye sino una parte reducida de la moral y con significación estrictamente religiosa, pues, en su mayor parte, Dios la había revelado a la razón del hombre en la creación misma. Por eso, define el derecho natural como «precepto de la recta razón, que nos indica que una acción, por su conveniencia o no conveniencia con la misma razón natural, es mala moralmente o posee una necesidad moral y que, por ello, Dios, como autor de la naturaleza, la ha prohibido o la ha ordenado».

Este derecho natural –dice– «no dejaría de tener lugar en manera alguna, aunque se admitiera –*si daremus*–, lo que no se puede

admitir sin el máximo crimen, que no hay Dios, o que no se cuida de los asuntos humanos».

Notemos también que, en su definición de derecho natural, además de reconocerlo como «precepto de la recta razón», le añadía el dato esencial su imperatividad –porque Dios, «como autor de la naturaleza, lo ha prohibido o lo ha ordenado»–; y, en esto, recoge la corrección que hizo Francisco Suárez a la doctrina de Gregorio de Rimini.

No obstante, estos dos puntos de partida, parece que en su teoría del derecho natural, Grocio desarrolla más bien la doctrina estoica, arrancando de los primeros instintos humanos que el hombre conforma con su razón. De ahí la fundamental diferencia que, en la misma base, separa su derecho natural del de Aristóteles. Éste lo basaba en la sociabilidad del hombre como animal social y político, manifestada en la misma realidad viva, es decir, en las sociedades donde convive –desde la familia a la sociedad suprema–. En cambio, Grocio lo basa, en primer lugar, en el *apetitus societatis*, en la *affectio societatis*, es decir, no en una realidad natural universal de la vida social, sino en una tendencia específica del hombre, que éste después desarrolla con la razón racionante. Por eso, mientras el derecho natural de Estagirita, como también el del Aquinatense, es realista –brota *ex ipsa natura rei*; en cambio, el de Grocio es idealista y racionalista, pretende la búsqueda del cumplimiento racional del apetito de sociabilidad, y no del equilibrio de las primeras aspiraciones humanas estimadas por la razón práctica, como había procurado Santo Tomás, atendiendo a la cosa en sí misma –la sociedad– y a las consecuencias que puedan dimanarse de su operatividad.

Grocio sigue un tipo de razonamiento deductivo, que parte de una primera idea a priori que le es suministrada por la *affectio societatis*; y lo completa con un conocimiento analítico, a posteriori, que induce de la historia sagrada, de los testimonios de filósofos, historiadores, poetas y oradores –que él selecciona– y de los juicios unánimes proporcionados por los historiadores. Pero no lo basa directamente del análisis de los hechos históricos y de su encadenamiento, como haría Vico.

Por otra parte –tal como Elías de Tejada ha observado–, en Grocio se da la paradoja de que, de una parte, es más teólogo que jurista, y, de otra, laiciza el derecho. Tal vez –dice Elías– lo hace por el prurito de oponerse, como gomarista, a la negación de lo terrenal que conllevaba el calvinismo riguroso, seguido por los arminianos. Así, su visión del hombre laicizada, reduce su ser al apetito de sociabilidad, sin contemplarlo plenamente en relación con el orden

total de la creación, y, por tanto, sin ese «equilibrio armónico del juego teológico del Creador legislador con la criatura libre». Así, Grocio erige la razón humana en legisladora, independizada de la razón divina, rompiendo —escribe Elías— «el equilibrio teológico e hispano, para pasar a un antropocentrismo», puesto que, para él, el derecho divino revelado es «otra fuente» de significación estrictamente religiosa.

La escisión entre el derecho natural y el positivo, yo entiendo que fue iniciada en Suárez, en cuanto, resulta de su posición que, si bien considera que la conformidad de la ley positiva con la razón de justicia natural es condición *sine quae non* de su validez, en cambio no la estima *per quas* para su interpretación; hasta el punto de admitir que esa razón puede fallar negativamente en la ley positiva sin que quepa corregirla por la equidad si no falla de manera contraria, es decir, totalmente, o si resulta demasiado gravosa y difícil. Pero la escisión se hace ya radical en Grocio, puesto que la voluntad humana, ligada por el *stare pactis* —como uno de los principios fundamentales del derecho natural—, y la ley positiva, de conformidad con la intención del legislador, no admiten, según él, limitaciones apoyadas en el derecho natural.

d) En ese tránsito de las bases metodológicas al plano filosófico, existe todavía una cuarta línea, que podemos calificar de «constructivista». Mediante este pretendido constructivismo se pasa del estado de naturaleza al estado civil, en virtud del contrato social, con el cual es fabricado ya sea *Leviathan* o bien *Demos*. Esta fue la línea seguida, principalmente, por Hobbes, Locke y Rousseau.

Thomas Hobbes, que era radicalmente nominalista —para él los conceptos generales no tienen otra realidad, sino la convencionalmente aceptada—, se inspiró en la teoría de los instintos de Epicuro, en las tesis Tucídides, así como en el método científico basado en el cálculo matemático cartesiano, y, especialmente, en el descompositivo-reconstructivo o analítico-sintético de Galileo. Hobbes lo desarrolla de modo analítico-hipotético-constructivo; pero con ciertas particularidades. Su análisis lo efectúa de un modo artificial y arbitrario, pues transporta al hombre a un hipotético estado de naturaleza asocial, en el que vive aislado y en perpetua guerra de todos contra todos; y reduce su naturaleza sólo al instinto de conservación, más concretamente al temor a la muerte violenta; hipótesis que sienta sin comprobación ni verificación alguna. Finalmente, construye poiéticamente, sin basarse en ninguna experiencia histórica. Así, Hobbes combina la teoría de los instintos de los sofistas con la metafísica voluntarista de Duns Escoto y Ockham,



para crear un orden de convivencia, sólo real en cuanto es impuesto. Pero, de ese orden surge Leviathan y, con él, el monopolio del derecho por el Estado, que no puede cometer injusticias, pues, por el propio contrato, se entiende que cuanto él hace es obra de todos y de cada uno de los súbditos, siendo así que nadie puede cometer injusticia consigo mismo, aunque realice iniquidades.

Ese poder absoluto de Leviathan lo pretendió moderar John Locke, operando en un nivel empírico, como él mismo –al principio de su *Essay*– explicó mediante la comparación con el navegante, al que sólo interesa cuanto se halla al alcance de su sonda y en el horizonte de su vista ayudada por un catalejo (hoy comprendemos que estos conocimientos no bastan para navegar, ya que las borrascas se forman siempre más allá), y, empleando el método analítico sintético, sentó las bases para su construcción, con ciertas correcciones respecto de Hobbes. Tal como éste, tampoco Locke creía que existieran principios ni ideas innatas, ni que se obtuvieran por abstracción de las cosas externas materiales objeto de nuestras sensaciones. Su análisis del hipotético Estado presocial, o de naturaleza del hombre, tampoco fue histórico, sino psicológico –él era médico y había recibido la influencia de Thomas Sydenham, el iniciador la medicina de equilibrios y desequilibrios clínicos.

Empleando su método, Locke trató de analizar o descomponer las ideas en sus elementos más simples hasta llegar al hecho puro de la sensación, como único factor del pensamiento interior, en una mecánica combinatoria del pensar. Y, con ese análisis, halló que la sensación más fuerte del hombre no era el temor a la muerte violenta, sino el deseo de bienestar. De este modo, estimaría que, si bien los hombres en el contrato social renunciaron al poder político, y lo pusieron en manos de los órganos del Estado soberano, estos órganos no pueden extenderlo de modo absoluto ni arbitrario a las vidas y propiedades –alterando los mismos derechos salvaguardados por la unanimidad creadora–, sino que han de defenderlas y guardarlas todo cuanto sea posible. Claro está que con esta estimación Locke deja en el aire una pregunta: ¿por qué el pacto se refirió a la salvaguardia de la conservación de las propiedades, y no al disfrute igualitario de los bienes?

Precisamente esta segunda interpretación del pacto social la daría otro constructivista, Jean Jacques Rousseau. Su método siguió siendo descompositivo-hipotético-constructivo, no basado tampoco en dato histórico ni sociológico, ni siquiera experimental de hecho real alguno. El mismo dijo: «Comencemos por descartar todos los hechos, pues nada tienen que ver con la cuestión», ni tampoco lo basó en la «naturaleza de las cosas»; optando por

operar con «razonamientos hipotéticos», «parecidos a los que hacen nuestros físicos acerca de la formación del mundo». Durkheim comentaría que, así, Rousseau efectuó *une sorte de purgation intellectuelle* —que le recordaba el método de Descartes—, de modo tal que el ginebrino redujo al «hombre natural» a lo que, hipotéticamente, sería si siempre hubiese vivido aislado, observándolo como si no se tratara de un proceso efectivo producido en la historia, sino sólo de un problema de psicología. En su construcción, trató de que no se produjera un Leviathan, aunque de hecho sólo logró ocultarlo con el manto de Demos, el referir la alienación de los coasociados con todos los bienes y derechos a la *volonté générale*, que había de ser «siempre justa y razonable»; para lo cual debía ser constituida por la «voluntad pura» de todos los ciudadanos —pura en el sentido de requerirse que cada ciudadano la emitiese con miras sólo al interés general y no al particular, ni al de un grupo o facción.

e) Samuel freiem Pufendorf siguió una vía mixta entre la racionalista abierta por Grocio y la constructivista iniciada por Hobbes. Partió de que Dios, al parecer, ha dotado la razón del hombre de capacidad para comprender la existencia de un mandato que le impone el cumplimiento de aquello que la propia razón descubra como adecuado a su realidad existencial. Pufendorf, además de la influencia de Grocio y de Hobbes, había recibido muy directamente la de Weigel.

Como presupuesto de partida, Pufendorf negó: que existan verdades eternas, que el bien y el mal sean entidades existentes *per se et sua natura*, y, en suma, rechazó toda *perseitas*. Por eso, desechó cualquier método idealista, que arranque de postulados o axiomas, y, así, ni siquiera aceptó que la naturaleza del hombre pueda prece-der a su existencia. El principio supremo del derecho natural no es, para él, un axioma directamente evidente, sino que se obtiene de la observación de la naturaleza del hombre y de las cosas, de un modo que nadie con sentido común pueda ponerlo en duda. Pero, esta *observatio* pufendorfiana es muy distinta de la clásica aristotélico-tomista. Esta examina las sociedades humanas en su realidad y, en cambio, Pufendorf emplea el mismo método científico descompositivo de Hobbes, hasta llegar al elemento simple más sobresaliente y significativo, que para él es la *imbecillitas*, o sea el desamparo del hombre, abandonado a sí mismo —así tomó como hipótesis la ficción del hombre abandonado en un país desierto— en un desamparo, que entendía era total como *status hominis naturalis*. De ahí la sarcástica crítica que le hizo Vico.

Hallado este elemento simple, apoya Pufendorf su fase constructiva en la *socialitas*, que –para él– no es –como si era según Grocio– un instinto teleológico, sino un principio regulador, con cuyo apoyo y deductivamente obtiene el conocimiento de la legalidad que rige en la vida, que toma como esquema del proyecto que debe ser desarrollado por la capacidad creativa del hombre.

También, según Pufendorf, el *status hominis naturalis* concluye con la fundación de los Estados, que significa el inicio de la existencia del derecho positivo, del cual el derecho natural jamás es condición *sine qua non* y menos aún *per quas*, sino sólo una directriz para el gobernante. Ese derecho natural meramente directivo lo obtiene Pufendorf partiendo de un primer principio formal, que deduce de esa sociabilidad regulativa en la que basa su sistema: cada hombre debe mantener y cuidar, en cuanto de él dependa, las relaciones sociales, y, en consecuencia, ha de efectuar todo aquello que puede contribuir al fortalecimiento y estímulo de la vida social y abstenerse de cuanto pueda dañarla.

Con la finalidad de llenar de contenido material este principio formal, Pufendorf acude a las cualidades esenciales del hombre, que ya observa en su hipotético estado de naturaleza, y son la libertad y la igualdad dimanantes de la dignidad de la persona humana –inherente a su existencia– que induce del alma inmortal. De estas cualidades deduce cuatro principios materiales, a partir de los cuales elabora su completísimo sistema de deberes morales concretos que sólo el Estado podía convertir en normas coactivas de derecho positivo.

Observa agudamente Arthur Kaufmann, con referencia a toda la filosofía del derecho del racionalismo que florece en la Modernidad y extensible a todos los autores de la misma, que «la *ratio* no se erige sólo en instrumento de conocimiento del derecho correcto, sino que es también su fuente. La *ratio* –¡la *ratio* humana!– es la que proporciona al hombre la ley natural. Ya no existe el logos, ni las ideas subsistentes en sí mismas, ni la *lex aeterna*; no existe una verdad dada de antemano como sucedía en la escolástica (en cualquier caso ya no se argumenta más utilizando esta perspectiva); el hombre depende total y exclusivamente de su capacidad de conocimiento [...] impera la idea de que sólo debe tener validez lo que es comprensible racionalmente, lo que es ajustado a la razón (el “derecho de la razón”)».

Comenzaba Pufendorf –sigue A. Kaufmann– por la indagación de «lo que sea la “naturaleza” del hombre, si bien no ya la naturaleza moral sino la empírica, lo que supone investigar la naturaleza del hombre desde un punto de vista meramente fáctico, ateniéndose

se a los hechos, y a partir de ahí y de forma estrictamente lógica, ir derivando los derechos y deberes “naturales” del ser humano».

La exigencia de atenerse a los hechos debe matizarse; pues no era referida propiamente —como hemos visto— a la experiencia de los hechos históricos, sino al análisis de los hechos exteriores o interiores que son escogidos, por quien así opera, a fin de justificar la teoría que trata de construir. Ya no se trata *de legere* sino *de facere*, «fabricar» la naturaleza, recomponiendo racionalmente los datos obtenidos por ese análisis. Así creía —como sigue escribiendo A. Kaufmann— que «se haría factible la fundamentación de un orden jurídico que, al igual que la razón humana que permanece siempre idéntica a sí misma, habría de tener también un carácter universal, esto es válido para todos los hombres en todos los lugares y todos los tiempos».

f) Podría decirse que el empirismo inglés de los Bacon, especialmente de Sir Francis, fue continuado, a principios del siglo XVIII, por David Hume, en su *Tratado sobre la naturaleza humana* y sus *Ensayos políticos* y morales, refundidos después en sus *Ensayos sobre la naturaleza humana*, si su *habitualis notitia* correspondiera a la *notitiae scientifica* de F. Bacon, si su empirismo extremo no hubiera ido acompañado, como lo fue de un nominalismo y un escépticismo extremos.

Su nominalismo llevó a Hume hasta poner en duda que sea real nuestra cognoscibilidad de que la relación causa-efecto. Él mismo explicó en qué fundaba esa duda: «No tenemos otra noción de causa y efecto que la de ciertos objetos «siempre unidos» entre sí, y observados como inseparables en todos los casos pasados. Y no podemos entrar en la razón de esa «conjunción», sino que tan sólo observamos la cosa misma, hallando en todo momento que es por esa conjunción constante por la que los objetos se unen en la imaginación. Cuando se nos presenta la impresión de un objeto, nos formamos inmediatamente una idea de su acompañamiento habitual y, en consecuencia, podemos establecer como elemento de la definición, de la opinión o creencia, “que es una idea relacionada o asociada con una impresión presente”».

La idea de la separación de *res cogitans* y *res extensa* era también radical para Hume. No veía posible comunicar racionalmente aquella, que capta las ideas por intuición y opera con ellas por deducción lógica, con el conocimiento sensible de las cosas inducidas empíricamente de los hechos que perciben nuestros sentidos. Así alertaba: «observo con sorpresa que, en vez de las cópulas habituales, de las proposiciones “es” o “no es”, no vea ninguna proposición que no esté conectada con un “debe” o un “no debe”».

Este cambio es imperceptible, pero, sin embargo, resulta de la mayor importancia. En efecto, en cuanto este “debe” o “no debe” expresa alguna nueva relación o afirmación, es necesario que ésta sea observada y explicada, y que, al mismo tiempo, se dé razón de algo que parece absolutamente inconcebible, a saber, cómo es posible que esa nueva relación se deduzca de otra totalmente distinta». Es decir, cómo un «deber ser» se deduce del «hecho» de ser.

Tenía razón Hume desde su perspectiva, que sólo ponía en relación los sistemas morales racionalistas, que él observaba, con los resultados de unos empirismos materialistas; pero no la tiene si su opinión es trasladada a los juicios prudenciales que conjugan las aseveraciones «esto es bueno» o «esto es malo» con las «esto debe hacerse» o «no debe hacerse», que son consecuencia de las abstracciones integrativas realistas de la razón práctica, que no sólo juzga la naturaleza física, sino también la ética de los actos humanos a través de los principios que también intuye en la realidad viva, formal y materialmente, como hice notar en mi comunicación al Pleno de numerarios de la Real Academia de Jurisprudencia del año 1997, *Contraste entre un texto de Baldo y otro de Hume*.

g) En contraste con las expuestas nuevas orientaciones filosóficas de la Modernidad, aparecen, en ella, las figuras de Giambattista Vico y de Charles de Secondat, Barón de la Brède y de Montesquieu.

Ambos significaron relevantes excepciones frente la común dirección que, entonces, seguía ya sea la senda racionalista del derecho natural y de gentes o bien la constructivista a partir del contrato social. Los dos partían de la observación de la naturaleza de las cosas y de la experiencia histórica. Ninguno de ellos quiso entregar el derecho al poder omnímodo del Estado, sino que sentaron unas bases, a partir de las cuales, de modo racional pero no silogísticamente, debe descenderse al plano estrictamente jurídico de la determinación del derecho, siempre a partir de aquella observación y experiencia acumulada.

Vico analizó la definición romana de jurisprudencia y trató de llenarla de contenido metodológico.

De la *divinarum et humanarum rerum notitiae*, considera que la noticia de las cosas divinas es un *adivinari* de lo oculto, tanto de los hombres, o sea su conciencia, como a los hombres, es decir la providencia que tiene establecidas las leyes de la historia —que rigen el surgimiento, progreso, apogeo, decadencia y fin de las civilizaciones—, que sólo podemos vislumbrar a través del conocimiento de las cosas humanas que han tejido esa historia. Ésta sí que la puede conocer el hombre —no en relieve, pero sí en imagen

plana— por el método del *verum ipsum factum*, o sea por el conocimiento de lo que se ha hecho en el curso de la historia y de cuáles han sido sus consecuencias.

Para la *iusti et iniusti scientia*, Vico requiere el conocimiento del *certum* del texto de las leyes, estudiadas filológicamente, y de las viejas costumbres, depuradas históricamente, y, también, el conocimiento del *verum* de la equidad natural y civil, para el cual, además de la noticia —histórica y filosófica en la forma indicada— de las cosas divinas y de las humanas, puede prestarnos ayuda el reflejo del progreso, estabilidad y decadencia de Roma, visto a lo largo de su historia, y el producido en la jurisprudencia desde la romana. Naturalmente, para esto, no sirve un método *more geometrico*, sino que, el mismo Vico, propone otro método tópico-crítico, que trata de lograr la percepción total, real y directa de las cosas, para valorar adecuadamente, a la vista de ella y en relación con sus consecuencias, lo que resulta más acorde con la equidad. De conformidad con ella, la prevalencia del logro de la justicia, asequible en ese mundo, constituye el fin práctico del derecho.

Montesquieu —según propia confesión, en su *De l'Esprit des lois*— trató de hallar un método adecuado para legislar. Pero su impulso metodológico sobrepasa la metodología de las leyes. Como historiador y como sociólogo, comenzó por documentarse con cuantos datos pudo recolectar acerca de las diversas cosas; examinó científicamente su naturaleza y sus relaciones para inducir sus principios, mediante un método que trató de aproximarse al de Newton. Después, analizó críticamente esa facticidad de las cosas, como politólogo prudente y como filósofo moralista, para determinar cómo deben ser y en qué medida es posible rectificarlas sin producir males mayores ni impedir mejores bienes, ponderando los riesgos del cambio o de la modificación.

En suma, Montesquieu formuló varios enunciados entre los cuales están éstos:

– La mayor parte de los pueblos de Europa «están aún gobernados por las costumbres» (éstas le parecían un reducto de la libertad).

– «Una cosa no es justa porque sea ley, sino que debe ser ley porque es justa.»

– «Es preciso no separar las leyes del objeto para el que han sido hechas.»

– «No se pueden seguir las disposiciones generales del derecho civil cuando se trata de cosas que deben ser sometidas a las reglas particulares resultantes de la propia naturaleza.»

Pienso que estos enunciados –desvelando «relaciones de equidad»– constituyen valiosas y útiles indicaciones para la determinación del derecho.

## **6. REDUCCIÓN METODOLÓGICA DE LA DETERMINACIÓN DEL DERECHO POR EL POSITIVISMO NORMATIVISTA, A LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS LEGISLADAS, YA SEA EFECTUÁNDOLA DIRECTAMENTE O BIEN MEDIANTE SU ELABORACIÓN CIENTÍFICA**

Hemos visto que los autores situados metodológicamente en la línea racionalista, concretamente los de la Escuela del derecho natural y de gentes, reconocían toda la fuerza jurídica normativa a la ley positiva emanada del Estado; y que los seguidores del constructivismo, basado en el mito del contrato social, con él fundamentaron al Estado, sea de uno u otro tipo, e identificaron el derecho con la ley emanada de ese Estado.

Ahora bien, la superación del método de Descartes y del racionalista de la escuela del derecho natural y de gentes y del empirista, en especial, las críticas formuladas por Hume, las observaría Inmanuel Kant y trataría de superarlas. No obstante también acabaría por justificar el positivismo legalista por la necesidad de leyes imperativas y coactivas impuestas por el Estado. La razón de este aserto de Kant la explica breve y lúcidamente A. Kaufmann: «Todo conocimiento [según Kant] posee dos elementos: la intuición y el concepto. A través de la primera viene dado el objeto, por medio de la segunda se lo piensa. Las ideas sin contenido son algo vacío, y las intuiciones sin conceptos están ciegas. La intuición y el concepto pueden darse “puramente” o “empíricamente”, valiendo según eso a priori o a posteriori. En el primero de los casos la representación de la idea no se mezcla con percepción sensorial alguna. Pero “nuestra naturaleza conlleva que la intuición nunca puede darse sino por medio de los sentidos”. El intelecto no es capaz por sí solo de intuir (en el sentido de intuición espiritual o intelectual); el intelecto es tan sólo la capacidad de pensar el objeto de la intuición sensible”. Al intelecto no le es propia una fuerza cognoscitiva de carácter activo o creador, sino sólo la “espontaneidad del conocimiento”, esto es, la conjunción en el concepto de la multiplicidad dada por la intuición sensible. “El intelecto no puede intuir nada y los sentidos no piensan”. Por tanto, y aquí está lo decisivo, “la intuición pura contiene únicamente la ‘forma’ bajo la cual algo es



intuido, y el concepto puro expresa únicamente la ‘forma’ del pensamiento de un objeto”. La “crítica de la razón pura” se transforma así en una teoría trascendental de las formas; por una parte, es “ciencia de las reglas de la sensibilidad” (a lo que Kant denomina “estética”) y, por otra, “conciencia de las reglas del intelecto” (a lo que llama “lógica”).

«Kant habla conscientemente de “intelecto” (*Verstand*) y no de “razón” (*Vernunft*). Le adscribe al intelecto el conocimiento legítimo pero limitándolo al ámbito de los objetos susceptibles de experiencia y a las ciencias naturales de carácter matemático». Ocurre así porque «el intelecto conoce las cosas no como son “en sí”, no como son “realmente”, sino sólo como aparecen; por medio de los sentidos sólo nos vienen dados los *phaenomena* de los objetos» [...]. «No podemos penetrar en los *noumena* que el intelecto es incapaz de captar». Es decir, «el uso cognoscitivo de los conceptos del intelecto no se dirige a la realidad en sí, sino sólo a sus fenómenos, sólo a los objetos susceptibles de experiencia» [...]. «Los principios básicos del conocimiento a priori son meros principios de exposición de los fenómenos».

Partiendo de ahí —reconoce A. Kaufmann—, que Kant ha demostrado efectivamente «que no es posible derivar el contenido de la metafísica —del derecho natural— partiendo simplemente de principios apriorísticos de carácter formal, sin contacto con la realidad empírica; y que, por consiguiente, una metafísica material nunca tendrá un carácter universalmente válido ni será matemáticamente exacta». Son dos mundos aparte e incommunicables.

Todo esto y el hecho coetáneo de la codificación francesa influyó, sin duda, en que —a su juicio— el método de la determinación del derecho estuviera constreñido a operar exclusivamente desde el plano de las normas de derecho positivo. Los demás planos quedarían fuera del ámbito jurídico práctico. El derecho positivo constituiría así una cobertura opaca y sin fisuras ni poros que recubriría y aislaría la célula jurídica de todas las cosas divinas y humanas, que antes le habían suministrado luz y alimento. El poder legislativo queda erigido en suministrador único tanto de luz como de alimento jurídicos por el conducto cerrado de las leyes.

Así ocurrió, como vamos a ver:

A) En Francia —como hemos visto— con la promulgación del *Code Civil*, aunque de momento no se modificó sustancialmente el modo de operar de jueces y tribunales de justicia para determinar el derecho, después produciría el cambio, a partir de cuando, al comienzo de la cuarta década del siglo, fue formulada la tesis de la escuela de la exégesis que se impuso rápida y totalmente. Esta

escuela partió de un pretendido dogma, el de la plenitud de la ley escrita. Esto conllevaba una considerable merma en la función de los jurisconsultos, que quedaba reducida, la mera exégesis de los textos de la ley.

Con ese presupuesto se imponía la simple aplicación de la ley al caso, una vez intelegida la norma escrita en ella. La interpretación, según esta escuela, no consiste sino en «captar el sentido de la ley en su aplicación a un caso particular»; para lo cual sólo se trata de «reconstruir el pensamiento del legislador, es decir, lo que quiere en tal caso». Debe descubrirse qué significa lo que en ella está escrito en una fórmula abstracta, que es preciso vivificar meditándola profundamente, pero ateniéndose a sus palabras si son claras.

En caso de no alcanzarse este entendimiento, y en base a la ficción de una voluntad inexpressada del legislador, se acude, con la máxima cautela, a los argumentos *a contrario; ubi eadem ratio, idem ius; a pari; a maiori y ad minus*. Si tampoco bastaren éstos, puede recurrirse a la *analogia legis* y a los principios generales inducidos del propio ordenamiento jurídico positivo. Naturalmente, se ha observado que el funcionamiento y eficacia de este método interpretativo radica «en el ingenio y sagacidad de quienes lo manejan»; por lo cual, en realidad, resulta «un procedimiento esencialmente subjetivo de construcción jurídica».

Determinado el significado de la norma legal, éste constituye la premisa mayor del denominado silogismo jurídico; su premisa menor son los hechos, y su obligada conclusión debe ser la sentencia. El verdadero jurista —se dijo— es un geómetra.

B) En Alemania la Escuela histórica del derecho surgió con la pretensión de constituir la más radical oposición: de una parte, al racionalismo abstracto del iusnaturalismo iluminista, así como a la *volonté générale* rousseauiana, y, de otra parte, a la codificación, representada por el *Code* de Napoleón. A todo ello contrapuso el derecho orgánicamente formado en cada pueblo, conforme a su propio modo de ser, producido por una necesidad interna según el «espíritu de ese pueblo» que tiene las costumbres como modo genuino de expresión.

Sin embargo, puede observarse que, desde un principio, esta escuela mantenía algo en común con aquello mismo a lo que se contraponía, a saber: la tendencia racionalista de concebir el derecho positivo como un sistema dotado de un radical inmanentismo, y un positivismo normativista, aunque creyera que éste surgía de la historia de cada pueblo. Tal vez resultara así como fruto de la mixtura de elementos —en ciertos aspectos contradictorios— en los que

se basaba y que formaron su concepción: algunos conservados del iusnaturalismo tardío alemán, otros infiltrados del inmanentismo formalista y del positivismo kantianos, otros del historismo Schelling y otros recibidos del conceptualismo naciente en Christian Wolff. Ya desde sus inicios –como muestra Alfred Dufour– mezclaría conceptos irracionales (totalidad orgánica, historicidad, particularismo nacional) y racionales (derecho científico, sistemática, racionalidad interna).

a) El mismo Savigny, ya en su programático artículo *La vocación*, explicaría, y lo refrendó en su *Sistema*, que, por la creciente complejidad de la vida común y consecuente especialización de las funciones, en un momento dado, la representación del espíritu del pueblo pasa de éste a la clase de los juristas doctos, que asumen la doble función de dirigir su formulación en leyes y su elaboración científica. En el método, trazado en el primer volumen del *Sistema*, se observan una serie de contraposiciones entre: el elemento histórico y el elemento científico; entre la función del jurista docto de elaborar el derecho y la del práctico de aplicarlo ya elaborado; entre la institución y la regla de derecho; entre las normas que forman la base del derecho en general, emanadas del espíritu del pueblo, y las reglas particulares que de ellas obtenemos por abstracción, y, finalmente, entre pueblo y Estado. Por otra parte, las fuentes del derecho –dice– siguen este proceso histórico: las costumbres constituyen la fuente básica, en la cual «hallan su conciencia y realidad el espíritu del pueblo»; la ley tiene por función traducirlas y completarlas, ayudando al progresivo desenvolvimiento del derecho positivo; y, con el desarrollo social y la especialización, aparece el derecho científico, elaborado por los juristas doctos.

La interpretación de las leyes –según también dice el volumen primero del *Sistema*– consiste en una «elaboración» del derecho, operada en dos fases: una, toma cada ley separadamente en sí misma, y, otra, todas las fuentes en su conjunto. Para ello, en la primera fase ha de seguirse un doble recorrido: Primero, deben reproducirse artificialmente las operaciones efectuadas por el legislador, descomponiéndolas para la adecuada inteligencia de la ley, que es su abstracción, y así recomponer el conjunto orgánico del sistema del cual cada ley muestra una sola faz. Después, por un recorrido inverso ha de procederse para efectuar su concreción al caso, es decir: así como el legislador ha obtenido la regla abstracta con la contemplación de la institución, en cambio el jurista –y más especialmente el juez– debe retornar mentalmente desde esta regla a la contemplación originaria en el terreno de la praxis de aquel tipo de relaciones concretas de la que aquélla se indujo. La dificul-

tad de efectuar esa doble remodelación categorial radica, según Larenz, en conseguir ese retorno sin padecer la influencia de la abstracción categorial a la que se había llegado en el primer proceso.

La segunda fase, o sea, la de interpretación de las fuentes consideradas en su conjunto, trata de integrar el derecho, en cuanto no se haya alcanzado con la interpretación de cada ley en particular, mediante tomar conciencia del sistema para comprender su armonía orgánica, que abraza «el conjunto vivo de las relaciones de derecho y de las instituciones que de ellas dimanar»; de modo tal que «el derecho positivo se complete a sí mismo». Pero, también aquí, se percibe la dificultad de lograr el engarce entre un modelo orgánico, vivido en la realidad jurídica, y el razonar lógico deductivo de la jurisprudencia de conceptos. Ciertamente que Savigny, como ayuda necesaria de la interpretación, propuso acudir a «intuición viva» del juez como «mediadora» entre la regla general abstracta y el juicio de lo singular y concreto.

Además, se ha señalado que también en este aspecto, en su desarrollo, la Escuela histórica alemana, y por obra de sus propios fundadores, a veces, cometió muy notables incongruencias. En efecto, como se observa.

1.º Es evidente que la historia es dinámica y el espíritu de pueblo, que en ella se desarrolla, es algo vivo, que fluye siguiendo el curso de la propia tradición; pero, sin embargo, tanto la rama romanista como la germanista de la Escuela, desdeñaron esa tradición. La primera volvió los ojos al derecho romano de la época clásica, preocupada por el hallazgo de la última interpolación o de la más exacta interpretación de tal texto de un jurisconsulto de aquella época, y descuidó toda la tradición del *ius commune* en Alemania; tampoco se ocupó de costumbres que aún se vivían en ella. Y la rama germanista clamó por retornar a un pretérito derecho germánico que, reconocía, no había llegado a cristalizar.

Aquí se aprecia una diferencia muy clara entre esta actitud de la Escuela histórica alemana y la práctica de los juristas de los denominados derechos forales o especiales españoles, que engarzaban sus propias tradiciones con las del *ius commune* y la del denominado derecho medieval cristiano de carácter consuetudinario, arraigado en sus usos vividos.

2.º Aunque la Escuela histórica, en su genuina orientación, había propugnado por una renovación jurídica mediante la participación del pueblo en la vida de la nación, a expensas del Estado, terminó por dar lugar que sus mismos jefes de filas incidieran en estos escándalos: Savigny accedió al ministerio prusiano de legislación, y en los Congresos de la rama germanista, presididos por

Jacob Grimm, se clamó por una codificación de los derechos civil y penal alemanes, aunque se dijera que ésta tenía el fin de imponer las ancestrales instituciones germánicas.

3.º Otra incongruencia se consumó al producirse «el tránsito, ineludible para el positivismo científico, desde el romántico espíritu del pueblo a la soberanía del especialista en derecho». Este paso lo culminó Puchta, con quien alcanzó su máxima formulación la dogmática conceptualista, o jurisprudencia formal de conceptos, que merece especial referencia, en otra perspectiva.

b) La jurisprudencia de conceptos, *Begriffsjurisprudenz*, liderada por Puchta, «convirtió plenamente la herencia iusnaturalista de la jurisprudencia de conceptos en principio metódico». En efecto, su *genealogía de los conceptos*, construida según las reglas de la lógica formal, a modo de una pirámide conceptual transparente —que tanto mirando de arriba a abajo como viceversa permite seguir la derivación de cada concepto, de escalón en escalón—, tuvo por cúspide, o sea por concepto supremo, el de derecho subjetivo, como un a priori filosófico-jurídico heredado del iusnaturalismo iluminista. El conceptualismo de Puchta desciende deductivamente desde este concepto supremo, abriéndose en abanico para formar su pirámide conceptual.

c) El primer Jhering, es decir, el que se mostró en los primeros volúmenes de *El espíritu del derecho romano* y en el artículo introductorio del «Anuario Jhering», seguiría el método inverso. Consistía éste, a semejanza de las ciencias naturales, en elevarse por la inducción desde los elementos más concretos de la vida del derecho. El mismo habla del empleo de lentes, de microscopios y del telescopio jurídico, a fin de perfeccionar la «historia natural del derecho»; distingue la «anatomía del organismo del derecho», que «tiene por objeto los elementos de este organismo y su acción recíproca», y la «fisiología del organismo jurídico», con «sus funciones de la vida». Propugnaba Jhering la tarea de descomponer las instituciones jurídicas particulares y las normas jurídicas a ellas relativas en sus elementos lógicos, y destilarlos; para, luego, reconstruir, por combinación, tanto en su interpretación de las normas jurídicas conocidas como por integración de otras nuevas. Con esos elementos, así obtenidos, trató de hallar la estructura del organismo jurídico, su sistema, que no ha de ser un orden artificial, sino que debe desprenderse del fondo mismo del objeto, a fin de facilitar la inteligencia de su estructura individual, o sea, la ordenación interna de la cosa misma. Así es como convierte las normas del derecho «a la categoría de elementos lógicos del sistema» y suministra «los reactivos simples de los hechos concretos de la vida, tan

numerosos como complicados», para con ellos detectar las «inagotables combinaciones que el casuismo más abundante de un código sería siempre mezquino ante las especies incesantemente renovadas», pero que cabe hallarlas «con un pequeño número de reactivos».

Así, con esta conceptualización, el método para la determinación del derecho, operando por una u otra vía en la jurisprudencia de conceptos, trata, mediante el denominado método de inversión, de hallar la naturaleza jurídica de cada relación. De ese modo, una vez calificada ésta jurídicamente, se deducen de ella cuáles son las normas aplicables a todo hecho calificable dentro de la relación abstracta calificada.

Los defectos de este método dimanaban tanto de la propia conceptualización como del empleo de ese método de inversión.

Por la conceptualización se mediatiza la visión de la realidad, que no se contempla directamente sino a través de una lente, que la deforma y colorea, o de un espejo, que la reduce a imagen plana, esfumándose de la vista su relieve. En cualquier caso, la infinita riqueza de variedades y matices, que la vida contiene, se reducen a un número mayor o menor de figuras geométricas de proporciones simétricas, que se superpone a aquella realidad. Esta visión –difuminada, empobrecida y mediatizada– pretende imponerse a aquella variedad, y trata de encajarla en unos conceptos que sólo definen las respectivas figuras generales conceptualizadas; y que –como ironizó después el mismo Jhering– «no soportan el contacto con el mundo real». Por lo menos, su formulación prescinde de todas aquellas particularidades que no se consideran dotadas de la suficiente generalidad para poder recogerlas en el concepto; y, asimismo, se pierden todas las que de ese modo no resultan completamente analizables. En cualquier caso, se disecca lo vivo. De ahí la inadecuación jurídica del método de inversión, e incluso su falta de corrección lógica por no recoger, ni en una ni en otra premisa, datos que podrían ser decisivos para subsumir la menor en la mayor y, por lo tanto, para la corrección lógica de la conclusión, pues ésta requiere que el término medio no tenga un radio mayor en la conclusión que en las premisas.

Pero, sobre todo, su mayor fallo es que razona con datos formales, en cuanto conceptuales y externos, y no en virtud de criterios de justicia, olvidando que –como dijo Biondi– el absurdo jurídico no es el absurdo lógico, sino lo injusto.

d) Con Bernhard Windscheid culminaría un nuevo tránsito, que llevaría del positivismo cientifista-conceptualista al positivismo conceptualista-legalista, dando así un cambio de sentido, al no

entender –como Savigny y Puchta– la razón del derecho en un sentido inmanente a las instituciones jurídicas y con su fuerza interna traducida en el conjunto de principios jurídicos básicos, según el espíritu objetivo de un pueblo en un período históricamente dado, sino que, dando el giro radical de ese sentido, los observaría en la «voluntad del legislador» subjetivamente determinada.

Así, el positivismo histórico-conceptual se convirtió en un positivismo-legalista, aunque racionalizado conceptualmente; es decir, mitigado por la fe en la razón objetiva.

Windscheid distingue dos formas de interpretación. La inferior, que constituye su primera fase, y trata de hallar psicológicamente la voluntad del legislador, si bien introduciendo una inflexión hacia la intención «presupuesta» por el objeto de la ley y por lo que racionalmente debió pretender el legislador. Ésta creía que puede aclararse por la inferencia de la siguiente fase interpretativa, o forma superior o científica de la interpretación, que «determina el verdadero concepto del derecho y de su todo jurídico». Con ello se completa la función correspondiente a la fase inferior, mediante el desarrollo de los conceptos contenidos en la norma jurídica y el análisis y la valoración de sus factores o elementos simples constitutivos de aquellos conceptos. «A la reconducción de una relación de derecho a los conceptos, en los cuales se funda, se la denomina –dice– “construcción de la misma”». Así, se parte del análisis conceptual de las normas; y a éste sigue la abstracción, la sistematización lógica y la construcción conceptual inmanente al propio sistema legislado. Naturalmente, también en este conceptualismo legalista, se emplea el método de inversión para la determinación concreta del derecho.

e) Las dos inflexiones, una objetiva y otra psicológica, que Windscheid dio a la interpretación serían desarrolladas por otros autores alemanes, que se apartaron del maestro unos en el primer sentido y otros en el otro.

e') Binding, Wach y Kolher formularon la «teoría objetiva de la interpretación», que estimaban perfectamente compatible con el conceptualismo. Según ella, el significado jurídicamente decisivo de la ley no debe ser el tenido en cuenta por su autor, sino el «objetivamente» inmanente en la ley. Éste es de naturaleza teológica en cuanto se halla en relación con el fin de la misma; no sólo sirve para interpretarla, sino también para desarrollarla, según sus principios, si es incompleta, y para rectificarla, si es defectuosa. De tal modo, ese sentido inmanente a la ley puede cambiar si han variado la situación y las relaciones existentes al crearse la norma.

e”) Bierling, en cambio, desarrollaría «la teoría psicológica del derecho», que considera no sólo lo querido por el legislador, sino también el «reconocimiento» de quienes deben cumplir lo legislado, mostrando con «un comportamiento duradero y habitual». Naturalmente, esta teoría tiene reflejo en que la interpretación de la ley, conducente a que debiera efectuarse teniendo en cuenta las concepciones de la vida y del derecho vigentes en el pueblo, ya sea en el momento de su promulgación o bien en el de su aplicación, según propugnarán después otras tesis.

## 7. PRIMEROS ESFUERZOS EN LA METODOLOGÍA JURÍDICA PARA SACAR LA DETERMINACIÓN DEL DERECHO DE SU CAUTIVERIO EN EL CAMPO EXCLUSIVO DE LAS LEYES: EL POSITIVISMO CIENTIFISTA Y EL POSITIVISMO JUDICIALISTA

En el mismo siglo XIX se produjeron algunas reacciones muy vivas contra el positivismo normativista, tanto en Alemania como en Francia. En ésta, concretamente, también contra el método de la exégesis, y, en aquélla, contra el propugnado por la jurisprudencia de conceptos.

Las causas de esas reacciones fueron originadas: de una parte, por los defectos observados en el método de esta escuela; de otro lado, por su comparación con el seguido tradicionalmente por los Tribunales de justicia y que continuaban practicándose solapadamente, y, en fin, por la penetración en el derecho de algunas nuevas direcciones metodológicas que habían surgido anteriormente, fuera del ámbito jurídico.

Las más importantes de estas nuevas corrientes metodológicas, surgidas fuera del derecho, fueron: la del *positivismo científico sociológico*, capitaneada por Auguste Comte, y la del empirismo de Dilthey.

Comte dirigió su método –según él mismo dice y repite– a demoler toda construcción metafísica o teológica, «basada en construcciones divinas o humanas, conservadoras o revolucionarias», fundadas en lo que él denominaba «lo arbitrario», y proponía la «sumisión racional a la única superioridad convenientemente comprobada de las leyes fundamentales de la naturaleza». La metafísica debía ser relevada totalmente por la sociología, como ciencia de los seres colectivos, que estudia los fenómenos sociales como las cosas, suponiendo que no son creación libre del hombre, sino que están sometidos a un determinismo parecido al que se da



en los fenómenos naturales respecto de las leyes físicas. Por eso, afirmó que las sociedades deben estudiarse de igual modo como los seres vivos en biología; habiendo de utilizarse para la investigación científica tres modos fundamentales: la observación, la experimentación propiamente dicha y el método comparativo.

Seguidor de Comte sería Emile Durkheim, también francés, que no sintió por el derecho la aversión que había mostrado su maestro, sino que redujo prácticamente toda la sociología a la sociología del derecho; pues éste era, para él, lo que hay de «más estable y preciso» en la organización social. Ya antes, en el campo del derecho, Summer-Maine había enfocado el derecho con una perspectiva positivista cientifista, y Herber Spencer combinó la tesis de Summer-Maine con la teoría biológica de Darwin.

Pero, quien más importancia ha tenido para la adopción de esta dirección metodológica en el derecho ha sido Eugen Ehrlich. Este autor, que se había definido, en 1903, dentro de movimiento del derecho libre, publicó, en 1913, sus *Fundamentos de sociología del derecho*, donde propugnó por que la ciencia del derecho buscara sus bases científicas en lo sociológico-jurídico. Estimó la sociología del derecho como la única «ciencia» posible acerca de éste, ya que no se queda en «palabras», sino que fija su mirada en los hechos que le sirven de base, y porque, «como toda auténtica ciencia trata de profundizar», mediante el método inductivo. Es decir, primero, observa los hechos y reúne experiencias, para «nuestro conocimiento de la esencia de las cosas, con el objetivo de “buscar las fuerzas propulsoras de las instituciones jurídicas”». Entendía que sólo posteriormente la jurisprudencia «forma la norma jurídica en base a la percepción de los hechos de la vida jurídica y de la generalización de las vivencias de esa percepción». Los métodos de la sociología del derecho los situó en el derecho vivo, no sólo en las sentencias judiciales, sino, muy especialmente: en el testimonio reflejado en los documentos negociales que lo muestran, en las relecturas del derecho vivido por el pueblo fuera de la acción legislativa, en el cual predomina la acción y la conciencia popular; situándolo todo en el contexto histórico y en el medio geográfico de ese derecho vivo.

En este siglo xx el neopositivismo lógico tampoco dejaría de incidir en algunas direcciones jurídicas, pero acabaría por perder el gran predicamento que en algún momento pareció alcanzar.

Otra tendencia metodológica, entre las surgidas fuera del derecho en el siglo pasado y que, durante el actual, han influido especialmente en determinadas corrientes jurídicas, ha sido el «pragmatismo», al parecer inspirado en el utilitarismo de Bentham y de

John Stuart-Mill. Este pragmatismo lo había iniciado el filósofo norteamericano Charles Sanders; lo desarrolló el lógico John Dewey, aplicándolo a la pedagogía, la ética y la política, y su gran propagandista, en el campo jurídico, fue William James. Este pragmatismo no busca una solución «intelectualmente objetivista», ni adecuaciones entre la idea y la realidad, sino que viene a ser «subjetivista y práctica», en el sentido de procurar «la ecuación de la idea con la acción, de la función pensante con el hábito de obrar»; y, por eso, «la crítica pragmática determina no el coeficiente efectivo de la realidad, sino el coeficiente eficaz de realización». El objeto del conocimiento interesa sólo por su valor práctico en el sentido de que resulte efectivo.

Entre los movimientos, con finalidades pragmatistas, que han tratado de aplicar al derecho unos métodos científicos ajenos al mismo son de destacar los surgidos por las derivaciones del denominado realismo jurídico norteamericano, que han aplicado al derecho no sólo el método de la economía política, sino, además, la perspectiva y las directrices de una u otra de las tendencias de esta ciencia, que han variado según cual sea la escuela seguida.

Deben incluirse entre esas corrientes que han impulsado una orientación economicista las de orientación tecnocrática, que han combinado el positivismo legalista con el cientifista (en lo cual, también en el siglo XIX, tienen como precursor al vizconde de Saint Simon) y que, en el XX, alternativamente, se han manifestado en varios gobiernos políticos del más diferente signo.

## 8. SUPERACIÓN METODOLÓGICA DEL PLANO DE LAS LEYES EN FRANCIA Y ALEMANIA

Los defectos observados en el positivismo legalista y en el método exegético provocaron en Francia reacciones como las mostradas en el «solidarismo» objetivo de Duguit, en la teoría de la institución de Hauriou y, muy especialmente, en el desarrollado de la *libre récherche scientifique* por François Géný, que resultó demoledora y decisiva. Géný reintegró la interpretación a su papel mediador entre el derecho y el hecho concreto; en ella reinsertó el papel esencial de la naturaleza de las cosas, entendida en su más amplia y comprensiva acepción clásica, e integró en la *nature des choses les données: naturel, historique, rationel e ideal*.

En Alemania se habían hecho esperar menos las duras críticas al positivismo jurídico y al formalismo conceptualista. Muy sonada fue la efectuada por el fiscal Von Kirschmann, en su famosa

conferencia pronunciada en Berlín el año 1847. En ella, contrapuso la jurisprudencia de su época a las verdaderas ciencias, que apprehenden su objeto, descubren sus leyes, crean conceptos hasta sus últimas implicaciones, examinan la afinidad y la conexión de las distintas formas y estructuras y las ensamblan en un sistema. En cambio a su juicio, el objeto de la jurisprudencia se había circunscrito a la ley positiva, y, por ello, venía a constituirlo «la ignorancia, la desidia, la pasión del legislador», hasta tal punto —dijo— que los juristas «se han convertido en gusanos que sólo viven en la madera podrida» que aquél les suministra.

El conceptualismo sería, más tarde, blanco de la penetrante ironía de Jhering, quien iniciaría otros caminos pero sin llegar a apartarse definitivamente de la senda dominante. Anduvo buscando y, tal vez, hubiera hallado lo que buscaba si hubiese topado antes, y no ya anciano, con la *Suma Teológica* del Aquinatense. Él mismo lo sugiere, en la carta dirigida al amigo que le envió un ejemplar de aquélla. En cualquier caso, sembró ideas que, después, fructificarían en otros juristas, como las del fin del derecho, de los motores del mismo, incluyendo los morales o éticos, de la utilidad social, de la idea del derecho y su sentimiento; de las condiciones de vida de la sociedad; del sentimiento, de la fuerza del pueblo y de su sentido de la justicia. No obstante, en *La lucha por el derecho*, partiendo de que el Estado es el medio para garantizar la fuerza del derecho, entremezcla esta necesaria prestación de eficacia externa con el poder de determinar su contenido objetivo, sin percatarse de que no hay razón para que quien le presta su fuerza y su apoyo, además, lo monopolice.

A finales del siglo XIX y comienzos del XX, Otto von Gierke sería una figura gigante, pero singular, en su lucha contra los excesos del formalismo conceptualista y, frente al positivismo normativista. Sin embargo, todas estas y otras reacciones no alcanzaron continuidad ni lograron constituir escuelas donde desarrollarse, hasta que finalmente se produjo primero, el movimiento del derecho libre y, especialmente después, cuando paulatinamente, desde fuentes y canales distintos que, no sin perder parte de su caudal, vendrían al final a confluír, con lo mejor de sus aguas, en la *Wertungsjurisprudenz*, o jurisprudencia estimativa.

El movimiento del derecho libre, capitaneado por Hermann Kantorowicz, partiría, de una parte, de la existencia de un derecho de origen no estatal, anterior y superior al emanado del Estado, y, por otro lado, de una severa crítica al método conceptualista: para, como conclusión, propugnar por un derecho judicial. Claro está que así vendría a constituirse un nuevo positivismo jurídico, aun-

que, Kantorowicz, como presupuesto, tuviera presente la magnífica formación y preparación jurídica de los jueces y magistrados alemanes de entonces.

Posteriormente, aparecerían otras tendencias en Alemania en pro del derecho judicial, que no sólo superaron el positivismo legalista, sino también el cientifista. Entre sus más significados representantes se hallan Joseph Esser y Wilhelm Kriele.

Son múltiples las fuentes, con características diferentes en sus aguas, que unas en virtud de su propia fuerza y, otras, filtradas, purificadas y enriquecidas, después de abandonada la concepción postkantiana de ciencia –reducida al modelo de las ciencias naturales, a las matemáticas y la lógica– han venido a confluir en la *Wertungsjurisprudenz*. Entre ellas deben destacarse las siguientes.

a) La más remota fue la de los propugnadores de la idea del «valor», que comenzaría a cultivarse en la filosofía del neokantismo alemán sudoccidental, escuela de Baden, iniciada por Windelband y seguida por Rickert. Esta escuela consideró los valores a modo de unos moldes mentales, apriorísticos, conformadores. Más tarde Lask, Reininger y Kraft la aplicaron al derecho.

b) Desde otro neokantismo, el de Marburgo, Rudolf Stammler partiría también de una perspectiva formal, aunque distinta. La idea del derecho, con validez general incondicionada, determinada por su fin, sería la forma mental que debe llenarse de contenido material, que ha de ser ordenado y condicionado por ella. Así, propugnaba por retornar a un derecho natural de contenido variable. Pero, esa idea del derecho no pasa de ser una aspiración de «poner una absoluta armonía en la totalidad de las voluntades ya definidas conceptualmente»; es decir, se trataba de «una “noción ideal”, que jamás se podrá ver realizada en su total alcance». Pretendía una depuración de la materia concreta, para la cual se requiere una «voluntad pura» –o sea limpia de intereses particulares y apetitos–, no «fenoménica», sino «neumónica», como se diría en términos kantianos. De ahí que, para la determinación del derecho, Stammler necesitó hacer pasar las reglas jurídicas por el tamiz del «derecho justo», para examinarlas críticamente y orientarlas a la solución de los casos concretos que se presenten en la práctica.

c) Otro cauce de penetración de los «valores» en el derecho lo constituyó la «fenomenología» de Edmund Husserl, que los consideró entre las esencias, «como puro ser en la conciencia», captadas del fenómeno que –según él– es el dato, lo «inmediato», lo que está «presente en la persona», en la conciencia. Su hallazgo requiere una «notitia intuitiva», obtenida con una «intuición eidética» de tipo platónico. Pero, a diferencia de las ideas, que Platón concibió

como realidades fuera de las cosas que el hombre trae de su vida ultraterrena, en cambio las esencias –según Husserl– son realidades ideales captadas por intuición inmediata del objeto, como formas inmanentes, a la vez, a las cosas y al pensamiento humano. El modo de lograrlo es: primero, la «reducción fenomenológica», que consiste en «poner entre paréntesis» todo lo que, en el contenido de la conciencia, se refiere al sujeto psicológico y a la existencia individual; y, después, la «reducción trascendental», que consiste en poner también entre paréntesis lo que no es correlativo a la pura conciencia para descubrir la condición que posibilita su intuición en todas las conciencias.

Adolf Reinach, en 1913, llevó al campo del derecho esa fenomenología husserliana de las esencias y los valores, considerados como objetos ideales pero tan reales como las casas y los árboles. Sin embargo, sólo les dió valor metodológico para la ciencia del derecho, no para la determinación concreta de éste; ya que Reinach nunca abandonó el positivismo legalista.

d) Otra nueva aportación a la teoría de los valores y, en general de las esencias, es la que efectuó Max Scheler, con su ética material. Este filósofo los consideró datos objetivos a priori, y no, como Kant, puras formas. Así, el valor es un *emotionaler apriorismus*. Su intuición es emocional, producida en la esfera del sentimiento y no sólo de la razón. Los valores, según Scheler, están dotados de un «objetivismo ético»; existe un mundo objetivo de valores o esencias de la vida moral, eternos, absolutos e inmutables, aunque se muestren históricamente a través de realizaciones incompletas y también históricamente variables. La historia los descubre pero no los crea. No obstante este objetivismo, Scheler no creyó posible establecer una jerarquía práctica de ellos que permitiera efectuar aplicaciones jurídicas.

En ciertos aspectos parece que Scheler retorna a Aristóteles; pero –como dice él mismo–, ambos presentan una diferencia metódica fundamental. El Estagirita, como el Aquinatense, abstrajo el «universal» del «ser» de las cosas; no así Scheler que por intuición emocional capta solo su «valor». De ahí, la razón por la cual esta tesis carece de una ordenación objetiva y concreta de los valores que sirva para la determinación del derecho.

e) Nikolai Hartmann efectuó un intento de jerarquizar los valores con su ontología –que es fenomenológica en tanto histórica, pero no metafísica–, mas tampoco alcanzó una solución apta para conseguir un resultado útil para las aplicaciones concretas a las realidades prácticas, debido sin duda a la naturaleza idealista de su axiología.

f) Cuando se agotaron las posibilidades del formalismo neokantiano, le relevó en el ámbito filosófico no sólo la fenomenología, sino también el neohegelianismo, a partir de la obra de Richard Kroner, *Von Kant vis Hegel*. En ella la noción hegeliana del concepto general-concreto histórico se utilizó en contraposición al concepto general-abstracto. Binder llevaría éste al campo jurídico con una finalidad práctica interpretativa: Aprender la norma jurídica en conexión con la realidad viva, con las relaciones empíricas y la idea del derecho, dentro del momento histórico inmediato. Considerados, de ese modo, los principios y las normas del derecho como conceptos generales-concretos en cada momento histórico, ya no cabe una subsunción lógico-formal del hecho en la norma para aplicarla por deducción silogística, sino su «concreción» o «concretización» –como dice Schönfeld–, consistente en realizar una praxis individualizadora, en una relación dialéctica entre la norma o pauta (sin perder de vista el principio del cual es concreción) y el hecho enjuiciado. Así se eleva el neohegelianismo por encima del positivismo normativista.

g) Un camino paralelo a éste, con resonancias leibnizianas, es el que siguió Wilhelm Sauer para dar realidad concreta a la «ley jurídica fundamental», según las «mónadas de valor». Con éstas se sobrepasa el orden jurídico positivo, dentro de la realidad sociológica vivida en cada momento en la comunidad de que se trate.

h) Así, maduras las circunstancias intelectuales, Gustav Radbruch abrió el neokantismo a los valores materiales. Con esto, convertiría el *dualismo* stammleriano –idea del derecho y materia jurídica, deber ser y ser, idea y naturaleza, juicio de valor y juicio de realidad– en su «trialismo», conseguido mediante el examen cultural de la realidad, de la *Natur der Sache* –naturaleza de la cosa– con «una referencia a los valores». Así, los valores vendrían a considerarse como una realidad cultural.

Pero, en 1935, Hans Welzel efectuó una crítica del neokantismo alemán sudoccidental, en el que seguía Radbruch. Con ella llegó a la conclusión de que la ciencia del derecho no debe configurar el objeto del conocimiento, sino observarlo como en «trozo óptico del ser», y que la interpretación no ha de ser una actividad conformadora desde ideas a priori, sino que debe captar la estructura óptica de la realidad, de cuya inteligibilidad, en cada caso, se trata.

i) A partir de ahí se vendrían produciendo sucesivas profundizaciones en la noción de naturaleza de la cosa, retornándola, desde el concepto nominalista y postcartesiano que la circunscribía a las cosas materiales –la *res extensa*, objeto de cálculo y racionaliza-

ción por la *res cogitans*— hasta reintegrarla a la plenitud de su perspectiva humana

Permítaseme aquí un inciso. No debemos olvidar que *rerum natura* y *sensum naturale* son correlativos; en virtud de lo cual, fue posible decir *ex facto ius oritur*, y aquélla pudo constituir el fundamento de la *aequitas*, como *rerum convenientia*. Vistas las cosas con esta perspectiva, se comprenden en ella sus cualidades, valores, causas formales y finales, y su configuración humana. También se incluyen en ella los hombres, con su inteligencia y espíritu, y los conjuntos sociales.

Ahora bien, mientras esta reapertura del derecho a la naturaleza de la cosa se observa claramente, por ejemplo, en Helmut Coing y en Karl Larenz, en cambio ni uno ni otro logran alcanzar la universalidad de la *rerum natura* clásica. Por ende, no llegan a integrar en ella los primeros principios éticos, que —como hemos visto— se hallan en el extremo de salida en la dirección de dentro a fuera de esa vía única de nuestro conocimiento que va de la mente a las cosas y de éstas a aquélla. Vía en la cual confluyen la *lumen mentis* y el *fulgor obiecti*. No es así en estos autores, sino que contemplan los primeros principios éticos y la naturaleza de la cosa (*Natur der Sache*) como entidades distintas, situadas en diferentes planos, aunque con una zona tangente en la que se solapan produciéndose, en ella, una interacción entre aquellos principios y esta naturaleza.

Arthur Kaufmann consideraría la naturaleza de la cosa como un *tertium* mediador entre la idea —con la norma que la expresa— y el hecho real, el *topos* entre ser y deber ser, punto metódico de unión entre realidad y valor, comportando un pensamiento analógico. Esta concepción de A. Kaufmann, que la estima como puente mediador, la criticaría Jan Schap, por considerar que presupone la separación entre un lado y el otro lado del puente, siendo así que el mundo «nunca es un puro mundo de hechos, sino siempre es un mundo de vida».

j) Todavía han confluído en la jurisprudencia estimativa ciertos autores movidos por un existencialismo moderado, como Fechner, Welzel y Mahioffer. Éstos, sin negar las esencias, afirmaron el primado de la existencia, valorativa, efectuando esta corrección a la antropología de Scheler y a la ontología de Hartmann; de modo tal que, respetando la estructura ontológica de la acción y de la actividad teleológica del hombre, integraron en definitiva lo valorativo y lo existencial, reivindicando el valor infinito del individuo.

k) El canal que jurídicamente fue, tal vez, el central entre aquellos que confluieron llevando sus aguas a la jurisprudencia

valorativa es el que arranca de la conferencia de Philipp Heck, pronunciada en Tubinga el año 1912, que constituyó la proclama de la jurisprudencia de intereses. Inicialmente Heck –en la que fue su *teoría genética de los intereses*– los consideró causalmente; pero, paulatinamente, se iría imponiendo otra consideración metódica valorativa de los intereses, que llegaría al predominio de una «teoría del juicio de valor de los intereses». De ahí, Muller-Herbach pasaría a mostrar la necesidad de tener en cuenta no sólo los intereses en su conjunto, sino también, por otro lado, las posibilidades vitales, que se dan, y la capacidad humana de poder. De ese modo iría operando la jurisprudencia del Tribunal del Reich y, en general, de los tribunales alemanes.

l) Sólo faltaba dar hacia adelante el paso decisivo que superara el positivismo legalista, que la jurisprudencia de intereses no había dado. Precisamente, lo daría la *Wertungsjurisprudenz*. Para ello hubieron unos mediadores que lo prepararon, como: Westermann, al señalar que los criterios de intereses representan consecuencias de la idea de justicia –y Rudolf Reinhart–, indicando que, para llevar este criterio en la práctica, es preciso interpretar y perfeccionar las normas positivas por encima del texto literal, de conformidad con su finalidad y sentido, teniendo en cuenta que las valoraciones abren el camino para el entendimiento de determinados principios ordenadores supralegales a los que han de adecuarse las normas.

Esta jurisprudencia estimativa, aun cuando también ha formulado una nueva metodología de la ciencia expositiva y explicativa sistemática del derecho, se ha centrado en la metodología de la determinación del derecho. En esta tarea no sólo ha superado la dogmática conceptualista y su método de inversión –sustituyendo su razonar lógico por conceptos por la ponderación tópica de tipos y series de tipos, y la subsunción silogista por la concreción teológica y axiológica–, sino que, asimismo, se ha despegado del plano del positivismo legalista, elevándose hasta la ponderación valorativa de la cosa, mediante las pautas de valor, y finalmente, hasta los principios ético-jurídicos, poniendo en relación siempre estos primeros principios y las normas legales.

En general, en la determinación concreta del derecho ha venido prevaleciendo la labor de conjugar todos estos elementos; que, con el debido respeto a la ley, se han empleado para complementar sus lagunas y corregir sus defectos. Así, se ha propuesto que en la determinación del derecho hayan de ascenderse sucesivamente los siguientes peldaños.



1.º La norma legal, flexibilizada mediante el empleo en ella de conceptos jurídicos indeterminados, de conceptos normativos o de fórmulas generales de libre apreciación.

2.º El desarrollo del derecho inmanente a la ley, para suplir sus lagunas y corregir sus defectos, mediante el empleo de los medios interpretativos tradicionales: extensivos, restrictivos o análogos, aparte de los empleados en caso de concurrencia o colisión de normas.

3.º Su interpretación, correctiva incluso, por «las normas de rango constitucional».

4.º La incidencia del «derecho superador de la ley», en el que entran en juego valores, ideas de justicia, equidad, responsabilidad moral, dignidad humana, respeto a la persona, etc., puestos en relación con la naturaleza de la cosa, las necesidades del tráfico, etc.

5.º Finalmente, el peldaño filosófico de los principios ético-jurídicos modeladores de la ley.

## 9. PERSPECTIVA HISTÓRICA DE LOS MEDIOS DE CONOCIMIENTO Y LOS MODOS DE INTERCOMUNICACIÓN ENTRE LOS DIFERENTES PLANOS METODOLÓGICO-JURÍDICOS

Antes, hemos observado de modo muy general, tanto los medios de conocimiento como los de intercomunicación entre los diversos planos metodológicos de los que ahora acabamos de repasar su contenido. Para concluir esta introducción nos queda por examinar rapidísimamente, en perspectiva histórica y de un modo sintético, cuáles han sido los predominantemente empleados en cada período.

En derecho romano arcaico y clásico la determinación de *quod iustum est* se basó principalmente en la formación o educación de los jurisconsultos, que se efectuaba de un modo parecido a como se hace con los artistas para practicar su arte respectivo. Es decir: de una parte, cultivando su sentimiento jurídico material de la justicia, o sea, su sentido de lo justo y todos sus ingredientes —emocional y cognoscitivo—; de otro lado, su capacidad para captar, en la realidad, el *ontos* de las cosas, su *mysterium rerum*, y el modo de saber expresarlo con el adecuado *verbum iuris*; y, en fin, su aptitud de ajustar armónicamente la realidad y el sentido de la justicia para determinar equitativamente lo más justo.

La intuición realista era el medio para alcanzar aquél conocimiento de las cosas; es decir, de la realidad que el jurisprudente

debe configurar justamente. Y esta intuición era enriquecida con la experiencia adquirida en los ejercicios educativos, en la práctica y con las experiencias de los predecesores, empleando siempre la *naturalis ratio* y la *prudencia iuris*.

Esa captación de la realidad en la *rerum natura*, mediante la *naturalis ratio*, debía tener como soporte cultural la *notitia* de las cosas divinas y humanas, con una *vera non fallor philosophia*, al servicio de la *iusti et iniusti scientia*.

Con el tiempo, en la *interpretatio* romana, además de esta intuición realista y aquel sentimiento jurídico material se empleó también el razonamiento. Pero, en éste, no utilizaron jamás el contemporáneamente denominado «método de inversión»; puesto que los romanos rechazaron de plano valor de premisa a toda definición –pues, *in iure civile periculosa est*– y a todas las reglas –ya que *non ex regula ius summatum sed ex iure quod est regula fiat*–. Los jurisconsultos romanos tenían un perfecto conocimiento de la lógica sentencial estoica, que utilizaron en la jurisprudencia cautelar pero no en la labor interpretativa que en sus *responsae* desarrollaban. Es muy significativo el texto de Salvio Juliano (*Dig. 9, 2, 51, 2*): «*iure civile contra rationem disputandi pro utilitate communi recepta esse*». Es decir, se habían aceptado soluciones «contra la lógica (*ratio disputandi*) por exigencia del sentido común (*utilitas communis*)»; pues, se buscaba principalmente la *aequitas*. Su razonar era más bien tópico; pero de una tópica realista en el sentido aristotélico, que trata de discernir las diferencias y las semejanzas entre las cosas, con todos sus matices, así como la más exacta adecuación a éstas de los diversos significados de las palabras, desde la fijación de la *quaestio iuris* hasta su razonada resolución.

Glosadores y comentaristas, en la Baja Edad Media, emplearon también un método dialéctico de confrontación de opiniones, parecido al seguido por Santo Tomás de Aquino. No olvidemos que la abstracción del universal en las cosas contiene en su seno todas sus posibles concreciones, pues –al hallarse realmente en el universal en potencia todo el singular abstraído íntegramente, que está en acto en las cosas de las que es abstraído aquél– no puede inversamente concebirse el universal sin contener su profusión y riqueza de contenido. Ocurre como en el concepto general-concreto de Hegel, con la diferencia de que éste general-concreto se halla en constante mutación históricamente.

Por todo ello, en aquél ni tampoco en éste, no caben los razonamientos a partir de definiciones expresadas en conceptos abstractos, que no recogen ni conceptualizan sino tan sólo aquello que es común a todas las cosas singulares comprendidas en el género o

especie definidos, perdiéndose así todo lo que es singular y específicamente concreto; y, por esa simplificación se prestan a las deducciones silogísticas –pero incorrectamente– los generales-abstractos, dada su generalidad. Contrariamente, tanto en los universales como en conceptos generales-concretos el razonamiento debe basarse en consideraciones tipológicas, por lo cual no se prestan al empleo de la lógica formal, sino al de una tópica realista que abarque la cosa de modo completo, como la aristotélica y la viquiana. Además, la consideración abstractiva de la cosa en sí misma debe complementarse enriqueciendo su conocimiento con el examen experimental o prudencial inducido de las consecuencias dimanantes de la misma cosa.

En cambio, el nominalismo de Ockham –al negar toda realidad a los universales y reducirlos a unos conceptos que formula la mente humana– el punto de partida del razonamiento lo deja privado de esa profusión de contenido real concreto y de su riqueza tipológica, a cambio de hacerlo traducible en definiciones generales simplificadoras aptas y adecuadas al razonamiento silogístico. Si, el conocimiento es eidético, como en Gregorio de Rimini, el empleo de la lógica formal resulta obligado. De ahí el abuso de los largos encadenamientos de silogismos, que criticaría Francisco de Vitoria, y de cuyo modo de razonar tanto denostaría Domingo de Soto.

Junto a la lógica material, en la Edad Media también se cultivó la tópica. Pero no esta tópica realista, sino una tópica referida a principios y reglas, que tuvo un gran desarrollo en el siglo XVI, aplicándose al derecho por buen número de autores, hasta que, finalmente, sería desplazada por la lógica cartesiana. No obstante, Leibniz retornaría a ella en la depurada forma del *ars combinatoria*, que emplea con un razonamiento «circular» que, envolventemente, va girando en torno al tema para ir completando su conocimiento. Así, Leibniz sistematizaría esa especie tópica –que ya tuvo precedente en Raimundo Lulio–, empleándola –igual que éste– como método de invención; basándolo en la relación del todo y de la parte, como un medio de pensamiento que ya había utilizado Cicerón, y teniendo su fundamento en la creencia de que existe una armonía universal, que debe utilizarse como hilo conductor.

También Giambattista Vico había dominado la tópica, pero en el razonar jurídico y al servicio de la equidad empleó una tópica realista, con sus *loci* para lograr la percepción total, directa y verdadera de las cosas en cuestión en todos sus aspectos y perspectivas; tópica a la que hacía seguir la crítica, siempre con el fin de profundizar en torno del conocimiento de la cosa.

En cambio, el empleo de la lógica formal, con sus cadenas de silogismos, fue favorecido por el idealismo cartesiano, al cual, en filosofía, seguiría Spinoza y, en derecho natural, Christian Wolff.

El método inductivo, complementado con el experimental iniciado en las ciencias naturales, trataría de llevarlo al derecho Francis Bacon; y, en su forma descompositivo-reconstructiva o analítica-hipotético-sintética, con una gran dosis de voluntarismo, especialmente en esa última fase, en el campo jurídico lo iniciaría Hobbes; lo seguirían Locke y Pufendorf, aunque éste combinadamente con el método deductivo, y, asimismo, Rousseau. Todos lo utilizaron arbitraria e inadecuadamente, según hemos repasado antes. En cambio, genuinamente –aunque no siempre con acierto en la elección de las fuentes–, lo planteó el Barón de Montesquieu en el ámbito histórico-sociológico.

En el siglo XIX la lógica formal fue utilizada como medio más adecuado para la subsunción del hecho en la ley, conforme pretendió la Escuela de la exégesis. Según ésta, la ley debe constituir la premisa mayor y el hecho la premisa menor del silogismo jurídico. Asimismo, la jurisprudencia de conceptos la empleó en su método de inversión. Pero se ha mostrado que la lógica formal no sirve desde el momento en que en el juicio jurídico se introducen elementos cualitativos, y porque los hechos se deben describir tipológicamente y no definir conceptualmente; no se trata de subsumir, sino de concretar o «concretizar» la justicia del caso.

A partir de ahí se viene comprobando que el razonar jurídico adecuado es dialéctico, de confrontación de opiniones, según ha sostenido Michel Villey. O sea, debe efectuarse –según ha expresado Luis Recasens Siches– de conformidad con el logos de humano, o lógica de lo razonable y de la razón vital e histórica, apoyándose en la experiencia jurídica.



# ¿Es aplicable en España el Proyecto de Pavía? (En torno a la noción de contrato europeo) (\*)

GABRIEL GARCÍA CANTERO

Catedrático Emérito de Derecho civil

SUMARIO: PRELIMINAR: *Planteamiento general y aproximación a la noción de contrato que subyace en el Proyecto de Pavía*: 1. Justificación de las *Disposiciones preliminares*. 2. Sobre la oportunidad de una definición del contrato europeo.—PARTE PRIMERA: *La noción de contrato en el Proyecto de Pavía*: Libro primero: Título primero: *Disposiciones preliminares*. 3. Significado general del precepto. 4. Consideraciones comparativas en orden a la noción del contrato europeo. 5. El contrato formalizado por actos concluyentes. 6. Significado general del precepto. 7. La autonomía contractual. 8. Los límites de la autonomía contractual. 9. Los contratos atípicos. 10. Significado general del precepto. 11. El régimen general de los contratos en el Proyecto de Código europeo. 12. La categoría de los contratos nominados e innominados. 13. Regulación analógica de los contratos innominados. 14. Significado general del precepto. 15. El precedente del C.c. italiano de 1942. 16. Aplicación analógica a determinados actos unilaterales. 17. Significado general del precepto. 18. Consideraciones comparativas. 19. La discusión por los académicos. 20. Consecuencias de la supresión de la causa como requisito esencial del contrato. 21. Sobre otras novedades del artículo 5. 22. La capacidad para contratar. 23. El consentimiento o acuerdo de las partes. 24. El contenido del contrato. 25. La forma de los contratos. PARTE SEGUNDA: *¿Es aplicable al ordenamiento español el concepto de contrato del Proyecto de Pavía?*: 26. Sobre el concepto de contrato. 27. Sobre los actos concluyentes. 28. Sobre la eliminación de la causa entre los requisitos esenciales del contrato europeo.

---

(\*) Trabajo realizado en el Proyecto BJU 2000-2001, dirigido por el autor, financiado por el Ministerio de Ciencia y Tecnología.

## PRELIMINAR

**Planteamiento general y aproximación a la noción de contrato que subyace en el Proyecto de Pavía**

El enunciado del título es deliberadamente amplio, resulta por lo tanto impreciso, y requiere algunas explicaciones. En el panorama contractual europeo se han presentado, como se sabe, dos Proyectos de esta naturaleza, el *Proyecto Lando* y el *Proyecto Gandolfini* también conocido como *Proyecto de Pavía*<sup>1</sup>. Sólo este último ha asumido la veste de un Código continental al modo clásico, de modo que su Parte general, de la que se han publicado varias ediciones<sup>2</sup>, con traducciones oficiosas de la versión francesa oficial, al italiano, alemán, inglés y español<sup>3</sup>, ofrece una regulación completa de la institución contractual, comenzando en sus Disposiciones Generales por establecer, con alcance vinculante, la noción de contrato; cuestión que, ciertamente, retuvo prolongadamente la atención de los académicos. Sucede que, algún tiempo después, un consolidado equipo investigador radicado en la Universidad de Zaragoza lleva algunos años trabajando sobre los problemas que se derivarían de una hipotética aplicación en España del Proyecto de Pavía, y el primer capítulo de dicho trabajo versaría, precisamente, sobre la aplicabilidad a nuestro ordenamiento de la noción de contrato contenido en aquél, singularmente en los artículos 1 a 5 del Anteproyecto, tema al que se ha dedicado precisamente este trabajo. Parece bastante difundida la convicción de la necesidad –incluso urgencia– de una base europea contractual común a la UE ampliada, aunque sin ignorar las fuertes resistencias que suscita en

---

<sup>1</sup> Puede verse VV. AA.: «La traducción española de la Parte General del Código europeo de contratos», *RJN*, octubre-diciembre 2002, pp. 299-396, con una presentación de quien firma el presente estudio. En el presente trabajo utilizaré habitualmente esta versión española, sin perjuicio de explicar las posibles diferencias con otras versiones a que luego aludiré.

<sup>2</sup> En 1998 se publica la 1.ª edición que puede considerarse privada, por carecer de ISBN, revisada el mismo año con iguales características. En 2002 se publica la 2.ª edición ya con ISBN, advirtiéndose en ella que se trata de la tirada parcial y anticipada de la 3.ª edición, publicada en 2002. La 3.ª edición revisada, corregida y aumentada, también es del año 2002.

<sup>3</sup> En adelante, las referencias se harán a la siguiente edición: *Code Européen des Contrats. Avant Projet* (Coordinateur Giuseppe GANDOLFI). Livre premier 1. Milano, Dottore A. Giuffrè. Editore. 2002. En este volumen se incluyen las versiones alemana (pp. 605-709), inglesa (pp. 713-803), española (pp. 807-907) e italiana (pp. 909-1010). La versión española en él contenida se ha realizado bajo la supervisión de los profesores De los Mozos y Luna Serrano, habiendo sido publicado también en *RGLJ*, 2001, fasc. 4. Hay otra traducción española parcial en la revista argentina *La Ley*, 1999, 2.6. También se anuncia una versión húngara.

algunos países y sectores, todavía apenas exteriorizados; por otra parte ambos Proyectos han sido entregados oficiosamente a la Comisión Europea, sin que de momento ninguno de ellos haya alcanzado más valor intrínseco que el de un documento privado y el de la autoridad de quienes lo formaron. Ello no obsta para que quien ha intervenido en la elaboración de uno de ellos, lo estime más útil y apropiado que el otro para el fin común que ambos persiguen; dicho con toda humildad, pleno respeto a las opiniones discrepantes, y a la mejor voluntad de colaboración en la empresa común que me anima.

Mi investigación tendrá dos partes claramente diferenciadas: 1.<sup>a</sup>) Parece conveniente contestar claramente a la pregunta sobre si existe, y cuál es, la noción europea de contrato que se alberga entre los 173 artículos del Proyecto Gandolfi ¿Existe un concepto unitario de contrato en el que se inspira el Proyecto de Pavía? ¿cómo y bajo qué criterios dogmáticos ha sido elaborado? ¿qué características técnico-jurídicas presenta? 2.<sup>a</sup>) Si resultara contestada en sentido afirmativo la primera interrogante —como me apresuro ya a anticiparlo ahora—, queda la parte más ardua, a saber si la adopción de tal Proyecto, en el punto relativo a la noción de contrato, obligaría a realizar cambios tan fundamentales en nuestro Derecho contractual, que el sacrificio que ello requeriría, no compensaría acaso las posibles ventajas de su adopción; pero también cabe que pueda concluirse que se trate de algo actualmente asumible y, hasta cierto punto, avanzado ya por nuestra reciente doctrina civilista. Es sabido que en los últimos años del siglo pasado la materia contractual ha sido objeto, entre nosotros, de amplios desarrollos doctrinales, con aplicación constante y muchas veces acertado del método comparativo, por lo cual la novedad del Proyecto Pavía vendría a resultar, incluso, relativa<sup>4</sup>.

Si nos fijamos en la materia a que se dedican los cinco primeros artículos del Proyecto se impone la conclusión de que sus autores han ido directamente al grano, sin perderse en circunloquios innecesarios ni en cuestiones de menor entidad: a la vista de las opciones posibles (omitir el tema, adscribirse a alguna definición contenida en un Código europeo ya consagrado, o elaborar un concepto propio) se ha elegido esta última. En efecto, se trata en el título I dedicado a las *Disposiciones generales*, de la definición del contra-

---

<sup>4</sup> Empiezan a elaborarse entre nosotros tesis doctorales sobre materia contractual con atención, incluso intensa, a eso que convencional aunque incorrectamente suele calificarse de *Derecho civil o contractual europeo*. En algún caso se llega a confrontar, con acierto, las soluciones que al tema en cuestión ofrecen ambos Proyectos. Es, a mi juicio, el buen camino que, sería aconsejable, profundizar en el futuro.



to, del principio de la autonomía contractual, de las reglas generales y particulares aplicables a los contratos, de las reglas aplicables a los actos unilaterales y de la capacidad de contratar y elementos esenciales del contrato. Digno de destacarse me parece, asimismo, la sobriedad con que la materia se regula; no debe olvidarse que parece estar lejana todavía la redacción de un futuro C.c. europeo<sup>5</sup>, de modo que era inevitablemente grande la tentación de comenzar aludiendo, de alguna manera, a esas cuestiones generales que a todos preocupan sobre los sujetos y la capacidad de obrar de las personas físicas y jurídicas incluidas en la Parte General. Sin perjuicio de hacer ulteriormente observaciones críticas, resulta evidente que, sin ánimo elusivo, se ha afrontado el riesgo de dar una noción o definición del contrato que, por antonomasia, podremos calificarlo de *contrato europeo*. Pero ello no dispensa de analizar las distintas fases que se han seguido.

## 1. JUSTIFICACIÓN DE LAS DISPOSICIONES PRELIMINARES DEL PROYECTO

En este breve y conciso título del Proyecto Pavía<sup>6</sup>—en comparación con la extensión media de los restantes títulos—, se incluye la regulación de hasta cinco materias diferentes, cuya justificación y oportunidad no siempre resulta, sin embargo, igualmente uniforme ni coincidente. Parecía obligado, en primer término, ofrecer una definición del contrato (art. 1.1) (pese a la discusión que ello suscitó, y a la que luego aludiré), y no menor oportunidad parecía aconsejar el realizar una clara y definida declaración sobre el principio general de la autonomía contractual (art. 2.1). que, como era

---

<sup>5</sup> Se ha hecho clásica la obra colectiva de VV. AA.: *Towards a European Civil Law*, 2.ª edición (Nijmegen-The Hague-London-Boston 1998), con nutrida bibliografía sobre todo extranjera. Más completa es la perspectiva española que brinda CÁMARA LAPUENTE: «Un Derecho privado o un Código Civil para Europa: Planteamiento, nudo y (esquivo) desenlace», en el volumen colectivo que también coordina, *Derecho Privado Europeo* (Madrid 2003) pp. 47 ss., con información al día (p. 95-106, ¡también en lengua española!), y mayor amplitud del panorama contemplado de iniciativas europeas, todo ello le permiten unas conclusiones muy matizadas.

<sup>6</sup> Como se sabe, se trata de un Anteproyecto que—en el momento de dar la última redacción a este artículo (diciembre 2003)— sigue teniendo sólo valor privado, aunque ha sido presentado ya en las instancias comunitarias, las cuales lo han incorporado a su archivo informático. He optado, sin embargo, como digo en el texto, por calificarlo y referirme a él, a lo largo de este trabajo como *Proyecto europeo de contratos*, o, más brevemente, *Proyecto de Pavía*, o *Proyecto Gandolfi*, o, simplemente, Proyecto (Proy.) y ello tanto por razones de brevedad como por acomodarme al uso que se hace actualmente en la doctrina europea de la expresión *Proyecto Lando*, de parecidas características.

obligado, resulta inspirador y vertebrador de todo el Proyecto, dado que en este punto no se justificarían diferencias entre los Códigos nacionales hoy en vigor y el que se proyecta. Merece igualmente alabanza, en principio, la fuerza expansiva de la presente regulación contractual europea para reglamentar en el futuro ciertos supuestos de actos unilaterales (art. 4). En cambio, menos concluyente parece la inserción en este lugar de los restantes preceptos contenidos en los artículos 1.2, 2.2, y 5 del mismo título. A este respecto hay que reconocer que tampoco hay claridad en los Códigos, y en la doctrina, a la hora de perfilar las categorías de los contratos típicos y atípicos, nominados e innominados; de la primera categoría el Proyecto trata en el artículo 2.2, y de la segunda lo hace el artículo 3, siendo oportuno recordar que en el tráfico también hay contratos que, simultáneamente, son atípicos e innominados, y, asimismo, contratos nominados pero igualmente atípicos (por ejemplo, el de *factoring*). Pero quizá las mayores reservas doctrinales pueden proceder de la un tanto sorprendente inclusión de la capacidad y elementos esenciales del contrato dentro de las disposiciones preliminares, mientras que, no menos sorprendentemente, la forma de aquél se ha relegado nada menos que al título IV (cabría preguntar: la forma *ad substantiam* ¿no resulta igualmente elemento esencial del contrato? y, en el supuesto de serlo ¿bastaría con la mera alusión a la misma contenida en el artículo 5.4 del Proyecto?).

## 2. SOBRE LA OPORTUNIDAD DE UNA DEFINICIÓN DEL CONTRATO EUROPEO

El tema fue objeto de amplio y profundo debate entre los académicos, cuya síntesis parece conveniente transcribir<sup>7</sup>:

«La oportunidad de una definición (del contrato) fue puesta en duda por algunos académicos mediante una serie de argumentos sustancialmente similares. El Grupo inglés considera como *circular* cualquier definición, remitiéndose al § 305 BGB, y sugiere la utilización eventual de la fórmula del artículo 1101 C.c. francés, subrayando que se trata de un acuerdo que compromete en el plano jurídico. Esto parece necesario en atención a la previsible y aceptable renuncia de la *consideration* (como requi-

---

<sup>7</sup> *Code européen des contrats. Avant-Projet* (Coordinateur G. Gandolfi), Livre premier, I, 3.ª edición (Milano 2001) pp. 115 ss. En adelante la cita se abreviará con el nombre del Coordinador y autor de los diferentes *Rapports introductifs* y la página correspondiente.

sito esencial del contrato), en la que los *common lawyers* ven una prueba de la seriedad de la intención de asumir compromisos jurídicos. Por el contrario, tal exigencia no aparece evidente a los ojos del Grupo español, para quien la *juridicidad* de la relación deriva implícitamente de la situación concreta, pues, después de todo, cabe deducirla de las expresiones utilizadas, del comportamiento de las partes y de las circunstancias: esto depende de la práctica social según la cual, a los acuerdos de este tipo, se conceden, o no consecuencias jurídicas. Por su parte Stranard y Vigneron afirman simplemente que formular una definición resulta estéril, mientras que el último autor citado invoca el famoso brocardo latino *omnis definitio periculosa est.*»

«Otros por el contrario optan por redactar una definición. Así Deskarolis muestra su preferencia por el texto del *Contract Code*, lo mismo que Antunes Varela, quien aprueba la alusión a la ley como fuente de efectos jurídicos (*which the law recognizes*) contenida en aquélla; sin embargo, se pregunta si no sería bueno elaborar el texto de la regla de modo que se evite que en tal noción se incluyan los acuerdos particulares entre cónyuges, de alcance patrimonial, que se utilizan actualmente de modo habitual por causa de las reformas nacionales del derecho de familia. El Grupo español prefiere el texto italiano, si bien propone añadir a la expresión *rapport juridique* la palabra *obligatoire*. En opinión de Sortais la definición de contrato dada por el Código McGregor parece aceptable a todos, salvo que se trata de una definición extensa y se aplica más bien a lo que, siguiendo una terminología más rigurosa, se denominaría *convention*; añade que el término *contrato* constituye una especie dentro del género *convención*, y, precisamente, lo propio del contrato es engendrar obligaciones.»

Por mi parte observo que mientras el contrato no se define en el BGB, ni en los Códigos que en el mismo se inspiran (CSO, C.c. griego de 1940, C.c. portugués de 1966) parece que el argumento de mayor peso para adoptar en el texto una definición de contrato, estriba en la necesidad práctica de evitar los sobreentendidos a la hora de aplicar las normas del nuevo Código en cada uno de los países de la U.E. En efecto, no es posible hacer *tabula rasa* de las concepciones doctrinales vigentes en cada territorio—hasta ahora criterio prevalente, en cada país, en materia contractual—, y aunque aquí nos enfrentaríamos a un importante problema *ex post* (es decir, el del método más adecuado para aplicar la normativa europea por juristas educados en distintas tradiciones jurídicas), no cabe pasar por alto la inicial reacción lógica de los Tribunales y de los operadores jurídicos de cada país, en presencia de lagunas en el nuevo Código europeo (con mayor razón si, por ejemplo las dudas recaen sobre la concepción del contrato), y que se resolverían casi inevitablemente con el recurso a la propia tradición jurídica, pese al riesgo de hacer fracasar el propósito

unificador<sup>8</sup>. Existe, por tanto, una razón pragmática, pero de peso, a la que pueden añadirse otras de tipo teórico: como se sabe, la dogmática de las obligaciones y contratos ha alcanzado en diversos países europeos, después de la Segunda Guerra Mundial, cotas apreciables, y los académicos no han sido insensibles a tal progreso.

Para profundizar en la primera parte de mi investigación me parece oportuno utilizar un riguroso método exegético.

## PARTE PRIMERA

### La noción de contrato en el Proyecto de Pavía

## LIBRO PRIMERO<sup>9</sup>

### TÍTULO PRIMERO

#### Disposiciones preliminares

##### ARTÍCULO 1. DEFINICIÓN

1. El contrato es el acuerdo de dos o más partes destinado a crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica de la que pueden derivarse obligaciones y otros efectos incluso a cargo de una sola parte.

2. Salvo lo previsto en las disposiciones siguientes, el acuerdo puede establecerse también mediante actos concluyentes, positivos u omisivos siempre que sea conforme a una voluntad precedentemente manifestada, a los usos o a la buena fe<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> Es un argumento de GANDOLFI, *op. cit.*, p. 118.

<sup>9</sup> La técnica utilizada en el Proyecto es la clásica y, además, resulta preferible a otras (por ejemplo, la seguida por el Nuevo C.c. holandés que parece tener seguidores entre nosotros). El libro se divide en títulos, conforme a criterios lógicos y dogmáticos habitualmente usados; cada título lleva su enunciado que, por lo general, responde a su contenido; en algún caso, debido a la extensión de la materia, el título se subdivide en secciones (como en el tít. VI). En cuanto a los artículos se ha seguido la difundida costumbre de añadir un *ladillo* o enunciado que describe brevemente el contenido.

<sup>10</sup> Indico a continuación las diferencias que presenta la versión española supervisada por De los Mozos-Luna con la que se sigue en el texto, que ha sido realizada por miembros del GIZ (Grupo de Investigación de Zaragoza) indicándose a continuación en subrayado las variantes y entre corchetes aquélla:

*Art. 1. Definición. 1. El contrato es el acuerdo de dos o más partes destinado a crear, modificar o extinguir una relación jurídica de la que pueden derivarse [que puede com-*

### 3. SIGNIFICADO GENERAL DEL PRECEPTO

Se trata de una norma básica o fundamental por ofrecer una verdadera definición –más que descripción– comprometida y comprometedora, de lo que el Grupo de Pavía entiende por contrato. El género próximo es el *acuerdo* y su finalidad consiste en crear, regular, modificar o extinguir una –o varias– relaciones jurídicas. A las personas intervinientes se les califica correctamente de *partes*, admitiéndose tanto el contrato bilateral como el plurilateral. Además de los efectos obligatorios se deja abierta la posibilidad de que el contrato produzca efectos reales, como ocurre en algunas legislaciones nacionales, y como en efecto prevé más adelante el artículo 46. El acuerdo contractual puede establecerse de modo expreso, y, sin duda, tácito; pero la novedad radica en la explícita aceptación del acuerdo obtenido a través de actos concluyentes, incluso omisivos, siempre que aparezcan respaldados por una voluntad precedentemente manifestada, por los usos o costumbres, o por la buena fe.

### 4. CONSIDERACIONES COMPARATIVAS

Es opinión generalizada que este Proyecto debe mucho a la aplicación del método comparativo, lo que, sin duda, corresponde a la realidad de lo ocurrido en su elaboración, bastando la consulta de los diferentes *rappports introductifs* elaborados por el Coordinador Profesor Gandolfi para convencerse de ello. Advuértase que los países destinatarios de aquél pertenecen mayoritariamente a los sistemas del *Civil Law*, es decir al grupo de los países europeos romano-germánicos, si bien con una importante presencia (Gran Bretaña e Irlanda) de países del *Common Law*. De hecho el C.c. italiano de 1942 y el *Contract Code* de McGregor sirvieron de tex-

---

portar] obligaciones y otros efectos, *incluso a cargo de una sola parte* [aun a cargo de una sola de ellas] 2. *Salvo lo previsto en las disposiciones siguientes, el acuerdo puede establecerse* [se forma] *también mediante* [a través de los] *actos concluyentes, positivos u omisivos* [activos u omisivos], *siempre que sea conforme* [sean conformes] *a una voluntad precedentemente manifestada* [expresada], *a los usos o a la buena fe.*

Las diferencias son, por lo general, de expresión o de matiz, salvo la forma verbal *sea* en singular, del apartado 2, que en el texto original claramente se refiere al acuerdo y no a los actos concluyentes.

En cuanto a la expresión *actifs ou omisifs* del texto original ha parecido más elegante la versión no literal de *positivos u omisivos*, en vez de la literalidad de *activos u omisivos*.

tos-base en todas las discusiones. Parece conveniente confrontar el Proyecto con otros Códigos de nuestra área o sistema jurídico.

Invocado con frecuencia en las discusiones, resulta obligado mencionar aquí el art. 1101 C.c. francés:

*Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose.*

La notoria influencia gala en el C.c. italiano de 1865 no se tradujo, sin embargo, en una mera reproducción de la definición o descripción del contrato en el artículo 1098:

*Il contratto è l'accordo di due o più persone per costituire, regolare o sciogliere fra loro un vincolo giuridico.*

Tampoco fue mera reproducción de alguno de estos textos el artículo 1254 C.c. español que resulta, en cierto modo, más fiel al modelo francés que al italiano, aun salvando distancias respecto de ambos ya que renuncia a definir lo que es el contrato y se contenta con describirlo:

*El contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio.*

Por su directa inspiración en el C.c. de Napoleón resulta interesante el artículo 1906 C.c. de la Louisiana, cuya versión actual es la siguiente:

*A contract is an agreement by two or more parties whereby obligations are created, modified or extinguished.*

El texto se ha revisado en 1984, eliminándose el final del artículo que traducía literalmente el mismo final del precepto francés.

Un modelo relevante a la hora de redactar el texto aprobado ha sido el artículo 1321 C.c. italiano de 1942, cuyo texto reza así:

*Il contratto è l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale.*

También se cita reiteradamente en el *rapport introductif* el *Contract Code*, cuyo artículo 1 dispone a este respecto:

*A contract is an agreement between two or more persons which the law recognises as creating, altering or extinguishing rights and duties.*

A mi juicio, conviene mencionar asimismo el artículo 2 del último texto, que constituye una aclaración o explicación de bajo qué requisitos el *agreement* constituye, o no, un contrato:

*Every agreement is a contract except where:*

- (a) *the terms of the agreement are too uncertain*
- (b) *the persons making the agreement do not intend to be legally bound by it, or*
- (c) *the agreement lacks the necessary formal characteristics*<sup>11</sup>.

Asimismo, las circunstancias concurrentes en su elaboración aconsejan prestar atención al artículo 213, título 5, libro 6, C.c. holandés de 1993, cuyas versiones oficiosas, francesa e inglesa, inserto a continuación:

*1. Le contrat s'entend au présent titre comme l'acte juridique multilatéral par lequel une ou plusieurs parties s'obligent envers une ou plusieurs autres.*

*(1. A contract in the sense of this title is a multilateral juridical act whereby one or more parties assume an obligation towards one or more other parties.)*

A la hora de redactar la definición del artículo 1.1 del Proyecto no se ha seguido la generosa sugerencia del Grupo inglés de tomar por base el artículo 1101 C.c. francés, pues –a mi juicio, con acierto–, se ha prescindido del término equívoco *convention* sustituyéndolo por *acuerdo*, término recogido, sin embargo, en el artículo 1321 C.c. italiano de 1942, e implícito en el *agreement* del *Contract Code*; asimismo no se ha caído en el error –en que incurre nuestro artículo 1254 C.c.– de confundir el objeto de la obligación (dar, hacer o no hacer alguna cosa), con el objeto del contrato cuya finalidad es crear, regular, modificar o extinguir una o varias relaciones jurídicas; en este sentido el artículo 1.1 Proyecto resulta preferible al artículo 213 C.c. holandés, demasiado vago y genérico al referirse meramente al hecho de obligarse o de asumir una obligación, y también exclusivamente ceñido al concepto galo de *acto jurídico*. También parece acertada la eliminación del carácter *patrimonial* de las relaciones u obligaciones que podrían surgir del contrato europeo, requisito que, sin embargo, subsiste como nota muy característica en el texto italiano.

---

<sup>11</sup> Ulteriores requisitos de validez de los contratos en Derecho inglés son explicados sumariamente por MCGREGOR en el breve comentario que acompaña a estos artículos en la obra *Contract Code* (Milano, 1993) pp. 1-3.

Por las razones expuestas, hay razones para emitir un inicial juicio favorable a la definición contenida en el artículo 1.1 del Proyecto de Pavía.

## 5. EL CONTRATO FORMALIZADO MEDIANTE ACTOS CONCLUYENTES

La formación del contrato en general no es objeto de este trabajo; aquí procede únicamente comentar el artículo 1.2 que contempla una modalidad de expresarse el acuerdo o consentimiento contractual, pero cuya ubicación podría considerarse, en cierto modo, desplazada. Sin embargo en el *rapport introductif* se encuentra para ello una explicación suficiente<sup>12</sup>:

«Por lo que se refiere al problema de la consistencia ontológica del contrato, a la vista de su actual fisonomía efectiva, parece oportuno tener en cuenta que la fórmula italiana (del contrato) está influida todavía por la idea tradicional del contrato como acuerdo que nace de una cooperación volitiva, como doble aportación psicológica a la configuración de la relación jurídica, e igualmente, y sobre todo, bajo la consideración de su contenido. La definición del *Contract Code* aparece como análoga, pero es seguida y completada por la precisión contenida en su artículo 11 sobre la manera de concluir el contrato. No podría ignorarse, por lo tanto –y en tal sentido hay una recomendación del Grupo inglés– que en la sociedad actual, y sin duda en medida cuantitativamente dominante, se han impuesto formas de conclusión del contrato en las que la posibilidad de elegir de una de las partes, a menudo la más débil, se ha reducido claramente hasta el punto de que los distintos legisladores se han visto incitados a adoptar disposiciones especiales para la tutela de tales sujetos, consumidores o usuarios. En tales supuestos, aunque no sólo en ellos, la perfección del contrato, en lugar de efectuarse a través de declaraciones, se realiza sobre la base de meros comportamientos. Parece por tanto necesario relacionar esta diferente manera de perfeccionar el contrato –atendidos los usos en vigor en la práctica– con las exigencias de la buena fe, salvaguardando los límites que impone esta última. Con esta precisión se pretende asimismo considerar la exigencia que deriva del artículo 11 del *Contract Code*.»

En realidad se hace aplicación de una idea antigua que el Coordinador había mantenido de modo reiterado a lo largo del proceso

---

<sup>12</sup> GANDOLFI *op. cit.*, pp. 119 ss.



de elaboración del Proyecto y que se había expresado en páginas anteriores<sup>13</sup>:

«En la hipótesis de considerarse oportuno definir el contrato, se había propuesto además en el *rapport introductif* al Coloquio de Pavía de 1993 (Gandolfi) que se tuviera en cuenta en la misma definición la manera en que hoy día se perfeccionan en la realidad gran número de contratos, es decir no a través de una doble participación volitiva mediante la cual ambas partes concurren para determinar el contenido, sino por simple adhesión –incluso a través de meros comportamientos–, respecto de ofertas, a menudo permanentes, dirigidas al público que se beneficia de ellas. A este propósito se ha observado (G.B. Ferri) que pueden considerarse celebrados acuerdos incluso a través de simples comportamientos, aunque sea de manera exclusivamente adhesiva, como ocurre en las *faktische Verträge*. Al menos conviene integrar en la definición misma del contrato una indicación en esta dirección (salvo lo relativo al silencio de lo que se tratará *infra*).»

A mi juicio, la importante novedad que supone el artículo 1 radica en la incorporación a la noción técnica de contrato, por vía indirecta, de las denominadas relaciones contractuales de hecho, aunque sometiénolas a determinados requisitos<sup>14</sup>. El tema se incardina en la fase de aceptación de una oferta contractual, sin que los hechos puedan estimarse como de aceptación tácita; pertenece al fenómeno de la contratación en masa y, probablemente, bajo condiciones generales impuestas por el oferente; supone además, que tal comportamiento tiene –de algún modo– carácter recepticio, por lo cual ha llegado –o ha podido llegar–, a conocimiento de aquél.

El artículo 1.2 es más bien restrictivo o, si se quiere, muy prudente, a la hora de aceptar esta innovación. Es una regla que deja a salvo las disposiciones en contrario del propio Proyecto; debe tratarse de *actos concluyentes*, es decir inequívocos, cuya interpretación no suscita duda alguna, si bien pueden consistir también en una conducta omisiva por parte del contratante a quien van a imputarse los efectos del contrato que se presume perfeccionado. A mi juicio, no basta con la concurrencia de los anteriores requisitos, sino que lo fundamental es que tales actos concluyentes se enmarquen en alguno de los tres escenarios que la norma describe: *una voluntad precedentemente expresada*, y tal voluntad tanto puede ser manifiesta como tácita (por ejemplo, el hecho de entrar en un supermercado y tomar un carrito

<sup>13</sup> GANDOLFI *op. cit.*, pp. 117 ss.

<sup>14</sup> Postura que contrasta con la de quienes reenvían el estudio de este caso a la teoría de las fuentes de las obligaciones (así DíEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, I, 5.ª edición (Madrid, 1996) pp. 134 ss.

predispuesto para uso de los clientes; quien carga en el mismo mercancías que están ofrecidas al público, realiza una compraventa por actos concluyentes, sin necesidad de ninguna declaración, aunque hasta el momento de pasar por caja puede desistir según la legislación consumerista); *usos o costumbres*, de carácter normativo y que deben probarse en su caso; por último, se invoca la *buena fe* (se trata de la buena fe objetiva que impone reglas de conducta). El texto francés del Proyecto de Pavía resulta inequívoco: *l'accord se forme aussi*; es decir, en este caso la norma ordena que también hay contrato en sentido técnico, incluíble, por lo demás, en el supuesto descrito en el artículo 1.1<sup>15</sup>.

Por todo ello resulta pertinente la cita del artículo 11 del *Contract Code*, a cuyo tenor, y bajo el epígrafe *de method of making agreement*, se dice literalmente: *An agreement may be inferred from the written statements, the oral statements or the conduct of the parties, or from any combination of these*<sup>16</sup>. El consentimiento contractual, según esta regla, se infiere o se deduce del comportamiento de las partes, bien sea por sí solo, bien en relación con otros acuerdos verbales o escritos. En mi opinión, tal regla resulta oportuno desarrollarla, condicionarla y limitarla, tal como, efectivamente, se hace en el Proyecto de Pavía.

Queda en pie la cuestión de si la regla contenida en el artículo 1.2 del Proyecto está, en cierto modo, desplazada, debiendo incluirse más bien en el título II; efectivamente, el artículo 24 Proyecto trata específicamente de los actos concluyentes, dejando a salvo lo dispuesto en las disposiciones precedentes (o sea, el artículo 1.2). De suyo pertenece a las formas de expresarse el consentimiento contrac-

---

<sup>15</sup> No faltan autores españoles que han admitido la posibilidad de formación del contrato por actos concluyentes, aunque sea englobándolos dentro de la declaración tácita. Así RIVERO HERNÁNDEZ, en *Lacruz et alii, Elementos etc*, II-1.º, 3.ª edición Dykinson (Madrid, 2003) p. 389. escribe: «A diferencia de lo que ocurre en el caso de la declaración expresa, el comportamiento a través del que se puede expresar objetivamente la intención del establecimiento de una vinculación o, en general, de unos determinados efectos jurídicos no se lleva a cabo por su autor en función de su percepción por otras personas. – En puridad no cabría, por no tener carácter recepticio en cuanto tal, una exteriorización de la voluntad contractual, de carácter tácito, ya que en tal caso habría que deducir de los hechos que configuran el comportamiento (*facta concludentia*) la decisión del sujeto y no puede basarse en simples conjeturas la coincidencia de la voluntad de la otra parte contractual para llegar al acuerdo. Lo que ocurre es que hay ocasiones en que, *en cierto contexto relacional, un determinado modo de comportarse puede ser considerado socialmente como si se tratara realmente de una declaración contractual, aunque el sujeto del mismo ni sea consciente de esta valoración ni, desde luego, quiere hacer partícipes del mismo a otras personas*. Así ocurre a veces con ciertas actitudes o hechos concluyentes de las personas (S. de 28 febrero de 1990) y así puede ocurrir con el silencio.» Del texto transcrito (cuyo subrayado es mío) parece deducirse la aceptación de los hechos concluyentes como forma de perfeccionar un contrato, al menos cuando se deriva de usos o costumbres.

<sup>16</sup> Véase el breve comentario, casi una glosa, de MCGREGOR, *op. cit.*, p. 7.

tual, pero al tratarse de una auténtica novedad, y vistas las resistencias doctrinales a aceptar las denominadas relaciones contractuales fácticas, pienso que había razones objetivas que aconsejaban situarla en lugar destacado, como efectivamente se ha hecho.

## ARTÍCULO 2. AUTONOMÍA CONTRACTUAL

1. Las partes pueden libremente determinar el contenido del contrato, en los límites impuestos por las reglas imperativas, las buenas costumbres y el orden público, fijadas en el presente Código, en el derecho comunitario o en las leyes nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea, siempre que las partes no persigan únicamente el fin de dañar a otro<sup>17</sup>.

2. Dentro de los límites del apartado anterior, las partes pueden celebrar contratos no regulados en este Código, y, en particular, a través de la combinación de diferentes tipos legales, y la unión de varios actos<sup>18</sup>.

## 6. SIGNIFICADO GENERAL DEL PRECEPTO

De los dos apartados que contiene el precepto, el primero representa una regla de alcance supracivil que está presente en todos los ordenamientos de los países occidentales sea cualquiera la norma que la cobija, mientras que el segundo supone una aplicación de aquélla en orden a la creación por los particulares de los contratos atípicos.

En cuanto al primer apartado, como es habitual en las legislaciones nacionales la norma declara un principio general y sus limitaciones, con una formulación que puede considerarse clásica. También se declaran vigentes las limitaciones a la autonomía contractual que derivan del Derecho comunitario y de los Derechos

<sup>17</sup> Se indican entre corchetes las diferencias con la versión de DE LOS MOZOS-LUNA: «1. Las partes pueden determinar libremente [libremente determinar] el contenido del contrato, dentro de [en] los límites impuestos por las normas [reglas] imperativas, las buenas costumbres y el orden público, tal como se establece en este [fijados en el presente] Código, en el Derecho comunitario o en las leyes nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea, con tal [siempre] que las partes no persigan con ello únicamente perjudicar a tercero [únicamente el fin de dañar a otro].» Las variaciones señaladas con el subrayado no son sustanciales sino meramente de estilo.

<sup>18</sup> La redacción que aquí se ha propuesto para el apartado 2 difiere formalmente, casi en su totalidad, en cuestiones accidentales y en algún punto sustanciales, por ello se reproduce entre corchetes la versión de DE LOS MOZOS-LUNA: [2. En los límites del párrafo precedente, las partes pueden concluir contratos que no se hallen sometidos a la regulación del presente Código, en particular a través de la combinación de tipos legales diferentes a la conexión entre diversos actos.]

nacionales; de ello resulta una acumulación o superposición de restricciones a la autonomía contractual, sin que se elimine ninguna; al mismo nivel se colocan los contratos celebrados en perjuicio de tercero, lo que, en cierto modo, podría considerarse como una novedad. En el segundo apartado se contempla una de las manifestaciones de aquella autonomía contractual, de singular alcance en el tráfico, consistente en la facultad de crear nuevos tipos contractuales al margen de los que prevé el Código.

## 7. LA AUTONOMÍA CONTRACTUAL

No es posible recoger aquí el gran debate doctrinal que se inició en el siglo XIX, ni las vicisitudes que experimentó dicho principio a lo largo del siglo XX, sea por causa de conflagraciones de alcance mundial o por revoluciones nacionales de efectos más o menos persistentes y extensos. La autonomía contractual es un principio jurídico que supera las fronteras del Derecho civil para incardinarse en las Constituciones—especialmente, las promulgadas después de la Segunda Guerra Mundial—, y figurar últimamente en textos internacionales y en los Tratados fundacionales de la Unión Europea. La desaparición del régimen soviético, simbolizada en la caída del muro de Berlín, ha traído y reforzado, para la Europa unificada, renovados vientos de liberalización económica que no podían dejar de ser recogidos en el Proyecto<sup>19</sup>.

Quizá por ser obvio lo anterior, la discusión de este artículo por los académicos no fue demasiado amplia, reduciéndose, en realidad, a la comparación entre los siguientes textos legales:

Artículo 1322 C.c. italiano de 1942: *Le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti*

<sup>19</sup> Me parece certera la excelente cita que encuentro en RIVERO HERNÁNDEZ, en *Lacruz et alii, Elementos*, II-1.º, 3.ª edición Dykinson (Madrid, 2003) p. 338.

«La autonomía sigue siendo esencial porque la Ley o la Administración no podrían pretender regular los múltiples aspectos de la vida humana que se resuelven contractualmente, y en los que toda otra solución supondría una merma sustancial de la libertad; ni aun aquéllas conseguirían los resultados sociales o económicos que consigue, por término medio, la iniciativa individual. Con todas sus taras y necesidades de corrección, el contrato sigue siendo hoy el vehículo de la división del trabajo; la clave de la economía en los países de mayor nivel de vida; el instrumento príncipe de las relaciones económicas entre los hombres, las cuales se establecen en vista de la complementariedad de las economías individuales y de las exigencias del intercambio de bienes y servicios; el tejido conectivo de la vida de los negocios; el medio práctico de actuar las más variadas finalidades; el artificio indispensable para satisfacer las necesidades económicas del individuo o de la empresa, comprendiendo un complejo de intereses contrapuestos o al menos no coincidentes, y sirviendo en definitiva —*el contrato*: no cada contrato individual— a los intereses comunes. Es, sin duda, el último reducto de defensa del individuo, y cualquier régimen político que respete al individuo tendrá que respetarlo, en la medida en que ayuda al desarrollo de la individualidad.»

*dalla legge e dalle norme corporative.—Le parti possono anche concludere contratti che non appartengano ai tipi aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico.*

Artículo 1255 C.c. español: *Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público.*

«De los Mozos mostró su preferencia por la redacción del texto español y propuso que sustituyera al primer apartado del texto italiano, formulando reservas, al igual que el Grupo español, sobre el segundo apartado. Carbonnier considera que debe reconocerse la competencia de cada Estado nacional para definir el orden público y las buenas costumbres. Oppo estima que debe encontrarse una fórmula que garantice la conformidad de los contratos con los valores ético-sociales en los que cada sistema se inspira, y en la que, al margen de la reprobación del fraude de ley y del fraude de los acreedores, se manifieste también una reprobación del acto de emulación; invoca el artículo 41.2 Constitución Italiana y propone que se precise que el contrato no sólo no debe contradecir las reglas imperativas del Código europeo, sino tampoco las del estado en donde el contrato se perfecciona y se cumple, y asimismo que no debe perjudicar ni a los terceros ni a los acreedores. Gandolfi reconoce que el artículo 1322 apartado 2 C.c. italiano responde a influencias del corporativismo de la época, y que el clima actual de libertad exige que la autonomía contractual no se sujete a control para verificar si los fines perseguidos por las partes merecen protección por la norma<sup>20</sup>.»

## 8. LOS LÍMITES DE LA AUTONOMÍA CONTRACTUAL

Resulta que la autonomía contractual, en cuanto principio general del Derecho contractual europeo, estará limitado: *a)* por las normas imperativas; *b)* por las buenas costumbres; y *c)* por el orden público; se entiende que tales límites pueden proceder, a su vez, 1) de este Código europeo; 2) del derecho comunitario; y 3) de las leyes nacionales de cada uno de los Estados miembros de la UE. No parece necesario profundizar aquí en el estudio pormenorizado de cada uno de ellas pues su concepto está generalmente admitido en la doctrina extranjera y española<sup>21</sup>; por otra parte, expresa el máximo respeto a la facultad de cada Estado de fijar, ahora y en el futuro, el contenido de su propio orden público económico.

<sup>20</sup> GANDOLFI, *op. cit.*, p. 121.

<sup>21</sup> Vid. por todos DIEZ-PICAZO, *op. et vol. cit.*, pp. 128 ss.

En cambio, requiere alguna explicación la limitación que deriva de la frase final del primer apartado. Parece que alude a los contratos exclusivamente celebrados en perjuicio o daño de tercero, no siendo suficiente que de la celebración de aquél resulten algunas consecuencias desfavorables para otros sujetos, no buscados ni queridos por ninguno de los contratantes. Esta regla deriva de una propuesta de Oppo con base en el artículo 41.2 Const. ital. según el cual *l'iniziativa economica privata [...] non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, [e] alla dignità umana*, texto que casi literalmente hace suyo Gandolfi<sup>22</sup>. En mi opinión podría configurarse como un supuesto de abuso del derecho a la autonomía contractual cuya sanción consistiría en la nulidad absoluta del contrato y en la indemnización de daños y perjuicios causados al tercero. Requeriría que ambas partes contractuales incorporasen a su acuerdo el propósito claro y directo de causar perjuicio a terceros, una categoría de los cuales –los acreedores– ya aparecen protegidos en este Proyecto de Pavía por el mecanismo de la inoponibilidad del artículo 154.1 letra c), si bien no resulta claro si tal remedio se aplicaría, asimismo, en los demás casos de perjuicios ocasionados a otra clase de personas, en lugar de la nulidad absoluta del contrato que he propuesto<sup>23</sup>.

## 9. LOS CONTRATOS ATÍPICOS

Este segundo apartado del artículo 2 podría constituir un artículo independiente por su gran significado en la realidad económico-social de la Europa del siglo XXI. Sin embargo, la redacción elegida parece querer plasmar, en primer término, que se trata de una consecuencia del ejercicio por los particulares de la autonomía que les reconoce el apartado primero. En este contexto, Gandolfi<sup>24</sup> expresa su preocupación por favorecer la formación de nuevos esquemas contractuales útiles a las relaciones negociales. En la redacción de este apartado, se tuvieron presentes de modo especial el ya transcrito apartado 2 del artículo 1322 C.c. italiano

---

<sup>22</sup> GANDOLFI, *op. cit.*, p. 122.

<sup>23</sup> En nuestra doctrina puede verse el fundamental trabajo de GULLÓN BALLESTEROS, «En torno a los llamados contratos en daño de tercero», *RDN*, 1958, p. 111 ss. Últimamente DIEZ PICAZO, *op. et vol. cit.*, pp. 445 s.

<sup>24</sup> GANDOLFI, *op. cit.*, p. 122.

de 1942, y, a propuesta de Antunes Varela, el artículo 405 C.c. portugués de 1966, cuyo texto es el siguiente:

1. *Dentro dos limites da lei, as partes têm a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos, celebrar contratos diferentes dos previstos neste código ou incluir nestes as cláusulas que lhes aprouver.*

2. *As partes podem ainda reunir no mesmo contrato regras de dois ou mais negócios, total ou parcialmente regulados na lei.*

No plantea grandes problemas interpretativos el apartado del Proyecto que comento, ya que, además de recordar los límites generales de la libertad contractual enumerados en el primer apartado, se enuncia en términos de gran generalidad, el principio de libertad de creación de los contratos atípicos. No parece, sin embargo, que sean limitativas las dos formas ofrecidas al intérprete para determinar el régimen aplicable a tales contratos; creo más bien que se le brindan *ad exemplum* el de la combinación<sup>25</sup> y el de la absorción, pero resulta evidente que los tribunales y los operadores del derecho podrán utilizar otros métodos, como en cada país está ya utilizando la jurisprudencia<sup>26</sup>. En mi opinión, tampoco obstará aquella formulación para aceptar el concepto de *tipicidad social*, ampliamente difundido en nuestra doctrina, según el cual la práctica totalidad de contratos atípicos que funcionan en nuestra realidad aparece dotada previamente de una sólida tipicidad reconocida por la costumbre e, incluso, por la legislación fiscal o administrativa. Por otra parte, se alude a esta modalidad de tipicidad en el artículo 137.1 del Proyecto (refiriéndose a la *noción social de contrato*) al objeto de declarar la inexistencia contractual<sup>27</sup>.

<sup>25</sup> En el artículo 215, libro 6, del nuevo C.c. holandés encontramos una norma favorable a esta teoría: *Lorsqu'un contrat se conforme à la description de plusieurs espèces particulières de contrats prévues par la loi, les dispositions relatives à chacune d'elles lui sont concurremment applicables, sauf dans la mesure où ces dispositions ne sont pas facilement conciliables ou que leur portée, en rapport avec la nature du contrat s'oppose à l'application.*

<sup>26</sup> En la jurisprudencia de la Sala 1.ª de nuestro T.S. se han identificado, entre otros, los siguientes contratos atípicos: distribución y exhibición de películas, corretaje, agencia, racionalización de empresa, promoción de ventas, información, ofertas y negociaciones (llamado también contrato de colaboración), reserva hotelera, colocación de aparatos automáticos, colaboración industrial, arrendamiento turístico, vitalicio, etc. (cfr. la referencia jurisprudencial de RIVERO HERNÁNDEZ en *Lacruz et alii*, 1994, *op. et vol. cit.* p. 513 n. 1; en la edición de 2003 [p. 496] los supuestos jurisprudenciales suben al texto, y se adicionan con algunos ejemplos más del año 1996, como apuestas, franquicia, solar por obra, aparcamiento –pero hoy está tipificado por ley–).

<sup>27</sup> En nuestra doctrina, puede verse: DUALDE, *La materia contractual única* (Homenaje a Clemente de Diego) (Madrid, 1940) pp. 25 ss. JORDANO BAREA, «Los contratos atípicos», *RGLJ*, 1953, II, p. 51 ss. CASTRO LUCINI, «Los negocios jurídicos atípicos», *RDN*,

### ARTÍCULO 3. REGLAS GENERALES Y PARTICULARES APLICABLES A LOS CONTRATOS

1. Los contratos, tengan o no una denominación propia en este Código, quedan sometidos a las reglas generales objeto del presente libro.

2. Las reglas relativas a los contratos que tienen denominación propia en el presente Código se aplican por analogía a los contratos que no la tienen<sup>28</sup>.

## 10. SIGNIFICADO GENERAL DEL PRECEPTO

Probablemente y debido, en parte, a un arrastre histórico, se recoge en este artículo la referencia a la vieja categoría de los contratos nominados e innominados, al objeto de establecer el régimen aplicable a toda clase de contratos. En consecuencia, a todos ellos se les aplican las reglas generales establecidas en el Código Además, a los contratos innominados se les aplicarán, por analogía, las reglas establecidas para los nominados.

## 11. EL RÉGIMEN GENERAL DE LOS CONTRATOS EN EL PROYECTO DE CÓDIGO EUROPEO

La regla se inspira directamente en el artículo 1323 C.c. italiano de 1942, a cuyo tenor:

*Tutti i contratti, ancorchè non appartengano ai tipi aventi una disciplina particolare, sono sottoposti alle norme generali contenute in questo titolo.*

El Proyecto contribuye así, mediante esta norma, a desempeñar una función que puede considerarse que ha sido decisiva durante los dos últimos siglos para el actual desarrollo de la economía europea; tarea, como es sabido, que fue iniciada por el Código de Napoleón, cuyos autores, con notable perspicacia, aprovecharon los estudios de Domat y Pothier sobre las fuentes romanas de los

---

núms. 85-86, pp. 7 ss.; DE CASTRO, *El negocio jurídico* (Madrid, 1967) p. 205 ss.; RIVERO HERNÁNDEZ en *Lacruz et alii*, edición 1994, *op. et vol. cit.*, pp. 481 ss.

<sup>28</sup> Hay práctica identidad en la versión española del presente artículo; en el primer apartado se suprime la expresión ... *que son* (objeto)...; en el segundo párrafo se añade *presente* (Código).



contratos, y elaboraron una doctrina o parte general de los contratos, que, con leves variantes, han mantenido los Códigos posteriores. Este Proyecto además ha tenido en cuenta que, de ser aprobado, sería la primera norma civil de alcance verdaderamente general aplicable a los países de la U.E., por lo cual ciertas instituciones (por ejemplo, el derecho de la persona)<sup>29</sup> que figuran ahora en la Parte General, o en el Libro I de los Códigos civiles en vigor, han de regularse íntegramente (por ejemplo, la prescripción y la caducidad: artículos 134 ss.) dentro de este Proyecto, o, al menos, por referencia o alusiones al mismo (así ocurre con la emancipación o la declaración de incapacidad: artículo 5). Ello justifica, sin duda, la afirmación de que esta Parte general de los contratos viene a representar, hoy en día, la formulación más completa de cuantas existen en el actual derecho europeo legislado. Basta con repasar el contenido del Proyecto:

- Título I: Disposiciones preliminares.
- Título II: Formación del contrato.
- Título III: Contenido del contrato.
- Título IV: Forma del contrato.
- Título V: Interpretación del contrato.
- Título VI: Efectos del contrato
- Título VII: Cumplimiento del contrato.
- Título VIII: Incumplimiento del contrato.
- Título IX: Cesión del contrato y de las relaciones que nacen del mismo.
- Título X: Extinción del contrato y de las relaciones que nacen del mismo.
- Título XI : Otras anomalías del contrato y sus remedios.

Obsérvese el desarrollo sistemático de la materia que abarca desde el nacimiento del contrato, pasando por su contenido y forma, así como la importante fase interpretativa de aquél para fijar su significado real; es amplia la regulación de los efectos del contrato, tomando postura ante el debatidísimo tema sobre la admisión o no de los efectos reales del mismo; son igualmente amplias las reglas sobre cumplimiento e incumplimiento de los contratos, que permiten igualmente encontrar solución para la problemática que con mayor frecuencia se debate ante los tribunales; moderna es, asimis-

---

<sup>29</sup> Véanse los meritorios esfuerzos de M.<sup>a</sup> PAZ GARCÍA RUBIO, en sus colaboraciones sobre *Los sujetos de la relación jurídica privada en el Derecho Comunitario. La persona física, y Persona jurídica sin ánimo de lucro*, en VV. AA., *Derecho Privado Europeo* (coord. S. Cámara Lapuente), *cit.*, pp. 237 ss. y 261 ss., aunque olvida el Proyecto de Pavía.

mo, la postura que se sostiene a propósito de las diferentes formas de cesión del contrato y de las posiciones de acreedor y deudor; los dos últimos títulos se refieren a la extinción normal y anormal del contrato. Se trata, en su conjunto, de 173 artículos, el último de los cuales de modo significativo hace referencia al arbitraje, ya que uno de los principios inspiradores del mismo es el de salvar el contrato, evitando, en la medida de lo posible, acudir a los tribunales.

Todavía cabe hacer otra constatación: se han traído a esta Parte general de los contratos algunas cuestiones cuya regulación se realiza actualmente, en los Códigos en vigor, dentro de los contratos en particular (por ejemplo ciertos modos de determinar la cosa y el precio que, habitualmente, suelen incluirse en la venta); ello permitirá *descargar* en el futuro la regulación de tales contratos y, por otro lado, *revalorizar* dichas reglas cuya aplicación general podrá verse ahora con otra perspectiva.

## 12. LA CATEGORÍA DE LOS CONTRATOS NOMINADOS E INNOMINADOS

El artículo 3, bajo el epígrafe genérico de *reglas generales y particulares aplicables a los contratos*, presupone la distinción clásica entre contratos *nominados* e *innominados*. El concepto podría evidentemente sustituirse por el de *contratos típicos y atípicos*, sin que se alterara prácticamente el resultado final perseguido por la norma, aunque parece que, en la práctica, la gran mayoría de contratos atípicos gozan ya de una *tipicidad social* que, al menos, les proporciona en el tráfico un *nomen*.

El origen del artículo 3 del Proyecto parece situarse en el párrafo 1.º del artículo 1107 C.c. francés<sup>30</sup>, cuyo texto es el siguiente:

*Les contrats, soit qu'il aient une dénomination propre, soit qu'ils n'en aient pas, sont soumis à des règles générales que sont l'objet du présent titre.*

El texto fue adoptado literalmente por el artículo 1103 párrafo 1.º C.c. italiano de 1865:

*I contratti, abbiano o no abbiano una particolare denominazione propria, sono sottoposti a regole generali, le quali formano l'oggetto di questo titolo.*

<sup>30</sup> A propuesta del Grupo español (GANDOLFI, *op. cit.*, p. 123).

Pero la dicción literal no pasó al vigente artículo 1323 C.c. italiano, como tampoco lo había asumido, en su momento, el C.c. español.

Como se sabe<sup>31</sup>, el tema de los contratos innominados es objeto actualmente de vivas discusiones reflejada en la abundante doctrina romanista producida en torno al mismo, y va unida a la ausencia en Roma de una categoría general de contrato. Sólo en la Compilación justiniana se sienta el principio de que si dos personas se ponen de acuerdo en orden a realizar una prestación a cambio de otra, y una de ellas realiza la suya, surge para la otra la obligación de cumplir la contraprestación. Los juristas clásicos tratan de amparar convenientemente el acuerdo no reconocido como tal contrato, y, para ello, buscan el marco de una figura contractual típica, de un contrato con *proprium nomen* o *propria appellatio*; famosas son las discusiones surgidas en torno a la permuta y a la *aestimatio*, figuras a las que se unen, en calidad de innominados en el Derecho justiniano, el precario y la transacción.

En la doctrina civilista española actual ha dejado de destacarse como categoría contractual propia la de los contratos nominados e innominados, equiparándola, en la práctica, a la de contratos típicos y atípicos<sup>32</sup>. Dado que la gran mayoría de los contratos atípicos están dotados, según se ha dicho, de *tipicidad social*, las dificultades de regulación pueden plantearse, en la práctica, respecto de los atípicos innominados<sup>33</sup>.

### 13. REGULACIÓN ANALÓGICA DE LOS CONTRATOS INNOMINADOS

«No hubo en este punto coincidencia entre los académicos; para De los Mozos<sup>34</sup>, en el caso de un contrato innominado que deriva de dos o más contratos típicos, parece novedoso imponer el recurso a la analogía, cuya aplicación puede resultar imposible; en cambio Stranard<sup>35</sup> considera oportuno la sumisión de un contrato mixto al régimen del contrato nominado con el que se relaciona la

<sup>31</sup> Sigo a IGLESIAS, *Derecho romano*, 6.ª edición (Madrid, 1972), p. 451 ss.

<sup>32</sup> Vid. RIVERO HERNÁNDEZ, *op.*, ed. *et vol. cit.* p. 484.

<sup>33</sup> Debe observarse, respecto de los contratos innominados que, con frecuencia, las partes atribuyen alguna denominación al acuerdo consensuado, si bien la doctrina jurisprudencial en fase interpretativa reitera que es irrelevante el *nomen* atribuido por las partes pues *los contratos son lo que son*; lo que, sin embargo, no obsta a que las partes hayan acertado en su calificación y a que ésta sea aceptada por los tribunales.

<sup>34</sup> GANDOLFI, *op. cit.*, p. 122.

<sup>35</sup> GANDOLFI, *op. et loc. cit.*

prestación en discusión; Gandolfi<sup>36</sup>, por su parte, llama la atención sobre el hecho de que la jurisprudencia italiana ha hecho uso del criterio analógico para regular las nuevas formas contractuales de origen extranjero.»

Del artículo 3 apartado 2 del Proyecto no se deriva, al parecer, una inicial obligación del intérprete de aplicar la analogía, sino que, más bien, su redacción parece apuntar, o al último criterio legal de regulación de estos contratos, o, al menos, a ser uno que puede utilizar el intérprete. En presencia de un contrato innominado y atípico, cabe proponer la siguiente jerarquía de normas: en primer lugar, además del régimen legal imperativo (artículo 3.1 Proyecto), habrá de aplicarse la *lex privata* o régimen pactado por los contratantes (como se sabe es frecuente que el pacto sólo contenga una normativa parcial); si el contrato innominado posee tipicidad social, será posible acudir, además, a usos y costumbres, o, incluso, a la normativa fiscal o administrativa; en último término se impondrá la analogía, en primer lugar la *analogía legis* y, en último término, la *analogía iuris*<sup>37</sup>. No resulta, por tanto, inadecuada la remisión a la analogía en este precepto, sobre todo si se tiene en cuenta, además, que el Proyecto carece de normas propias sobre aplicación del método analógico en general.

#### ARTÍCULO 4. REGLAS APLICABLES A LOS ACTOS UNILATERALES

Salvo disposición contraria de este Código, o comunitaria, o en vigor con carácter imperativo en los Estados miembros de la Unión Europea, las reglas siguientes relativas a los contratos deben aplicarse, en tanto sean compatibles, a los actos unilaterales realizados con vistas a la estipulación de un contrato o en el desarrollo de la relación que de aquél deriva, aunque tengan por finalidad provocar su extinción o invalidación<sup>38</sup>.

<sup>36</sup> GANDOLFI, *op. cit.*, p. 124.

<sup>37</sup> Vid. RIVERO HERNÁNDEZ, *op.*, ed. *et vol. cit.* p. 486.

<sup>38</sup> Se indican entre corchetes las diferencias con la traducción de De los Mozos-Luna: *Salvo disposición contraria de este Código, o comunitaria, o en vigor con carácter [como regla] imperativo[a] en los Estados miembros de la Unión Europea, las reglas siguientes relativas a los contratos deben aplicarse [ser observadas] en tanto [en cuanto] sean [ellas] compatibles, respecto de [en relación a] los actos unilaterales realizados con vistas [que tengan lugar en orden] a la estipulación de un contrato, o en el desarrollo [curso] de la relación que de aquél [de él] deriva, aunque tengan por finalidad [aun cuando tengan por fin] provocar su extinción o invalidación.*

Las numerosas diferencias advertidas, como se observa, son, por lo general, de estilo.

#### 14. SENTIDO GENERAL DEL PRECEPTO

Este artículo muestra la fuerza expansiva, digna sin duda de loa, con la que se quiere dotar al presente Proyecto de modo que los actos unilaterales –por tanto, carentes de requisitos y, en consecuencia, no aptos para originar contratos por sí mismos– se regirán analógicamente por las reglas generales de los contratos. En ausencia de una Parte general de Obligaciones que contemplara esta hipótesis, se considera razonable que, con las debidas cautelas, se ordene aplicar a los mismos las reglas contractuales.

#### 15. EL PRECEDENTE DEL C.C. ITALIANO DE 1942

Su origen próximo aparece en el artículo 1324 C.c. vigente, cuyo texto, bajo el epígrafe de *Norme applicabili agli atti unilaterali*, dispone:

*Salvo diverse disposizioni di legge, le norme chi regolano i contratti si osservano, in quanto compatibili, per gli atti unilaterali tra vivi aventi contenuto patrimoniale.*

«Hubo una enmienda de supresión del precepto. por parte de Antunes Varela<sup>39</sup>, basada en que los actos unilaterales poseen naturaleza y estructura diversa de los contratos (es sintomático el ejemplo de las promesas unilaterales), por lo cual resulta conveniente no incluir tal norma en un código de contratos, que no debería aplicarse a los actos unilaterales. En su lugar propone una regla similar a la del artículo 406 C.c. portugués de 1966. En cambio, el Grupo español y Stranard se pronuncian por su mantenimiento en el Proyecto; De los Mozos, invoca por su parte, el riesgo de que, al aceptar la norma, esta introducción del Códigopodría resultar demasiado pesada. Gandolfi opina que las objeciones desaparecen si sólo se toman en consideración los actos unilaterales que se insertan en un contrato en fase de cumplimiento o para su extinción; por otra parte invoca la corriente doctrinal que trata de encontrar apoyos normativos a la generalización del *Rechtsgeschäft*; en todo caso concluye que habría que eliminar la precisión contenida en el precepto italiano relativa a los *atti tra vivi aventi contenuto patrimoniale*.»

---

<sup>39</sup> GANDOLFI, *op. cit.*, p. 124.

## 16. APLICACIÓN ANALÓGICA A DETERMINADOS ACTOS UNILATERALES

La aplicación del régimen contractual a los actos unilaterales se rodea de prudentes cautelas, ya que aquéllos deben haber surgido con motivo u ocasión de la celebración de un contrato (por lo tanto, no cuando nacen de modo autónomo e independiente de cualquier relación contractual), o en el curso del desarrollo del mismo, incluso aunque su objeto sea extinguir o invalidar aquél. Por otra parte, en la doctrina y jurisprudencia italianas no parece que el artículo 1324 C.c. en vigor haya suscitado, hasta ahora, una abundante casuística<sup>40</sup>.

### ARTÍCULO 5. CAPACIDAD DE CONTRATAR Y ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO

1. Salvo disposición contraria que fije un límite de edad inferior, el contrato puede ser concluido por una persona física que ha cumplido dieciocho años, o bien que esté emancipado y haya obtenido las autorizaciones requeridas por su ley nacional.

2. El contrato celebrado por un menor no emancipado, por una persona declarada legalmente incapaz o que, incluso con carácter transitorio, no está en condiciones de comprender o de querer, es susceptible de ser anulado conforme al artículo 150.

3. Los elementos esenciales del contrato son:

- a) El acuerdo de las partes.
- b) El contenido.

4. Una forma particular sólo será necesaria en los casos y para los fines indicados en este Código<sup>41</sup>.

## 17. SIGNIFICADO GENERAL DEL PRECEPTO

Con diversas formulaciones un precepto similar se reitera en todas las codificaciones europeas aunque con un contenido varia-

---

<sup>40</sup> Cfr. CENDON, *Codice annotato, civile II* (Torino, 1995) p. 456 ss.

<sup>41</sup> Se indicarán entre corchetes las diferencias que ofrece la versión de DE LOS MOZOS-LUNA:

1. *Salvo disposición contraria que fije un límite de edad inferior, el contrato puede celebrarse* [ser concluido] *por una persona física que ha cumplido* [tenga] *dieciocho años* [cumplidos], *o bien que esté* [haya sido] *emancipada* [o] *y haya obtenido las autorizaciones requeridas por su ley nacional.*

2. *El contrato celebrado* [concluido] *por un menor no emancipado, por una persona declarada legalmente incapaz, o que, incluso con carácter* [aun a título] *transitorio, no*

do. Se trata de los llamados *requisitos esenciales*, o *condiciones exigidas para la validez*, que debe reunir el contrato europeo para producir efectos conforme a este Proyecto. Aparte de su colocación sistemática —que suscita algunas reservas según antes expuse—, destaca este precepto tanto por lo que expresa —y el modo de expresarlo— como sobre lo que omite; en particular por consagrar la eliminación del requisito de la causa y, paralelamente, de la *consideration* del derecho de la *common law*. No sin fundamento puede calificársele, por este motivo, de revolucionario.

## 18. CONSIDERACIONES COMPARATIVAS

### A) Códigos que exigen la causa como requisito del contrato:

El punto de partida está representado por el artículo 1108 C.c. francés a cuyo tenor:

*Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention:*

*Le consentement de la part qui s'oblige;*

*Sa capacité de contracter;*

*Un objet certain qui forme la matière de l'engagement;*

*Une cause licite dans l'obligation.*

El texto pasó, con algunas variantes, al artículo 1104 C.c.it. 1865:

*I requisiti essenziali per la validità di un contratto sono:*

*La capacità di contrattare;*

*Il consenso valido dei contraenti;*

*Un oggetto determinato che possa essere materia di convenzione;*

*Una causa lecita per obbligarsi.*

Con relación al francés, el texto italiano en el primer apartado sustituye *convention* por *contratto*; altera el orden de los dos primeros requisitos; modifica levemente *le consentement de la part qui s'oblige* por una fórmula más precisa: *il consenso valido dei contraenti*; en el tercer requisito traduce *engagement* por *convenzioni*, lo que quizá no resulta del todo correcto; tampoco es del todo exacto traducir *une cause licite dans l'obligation* por *una causa lecita*

---

está en condiciones [condición] de entender [comprender] o de querer, es susceptible de ser anulado conforme al [conforme lo dispone el] art. 150.

Hay identidad literal en el apartado 3.

4. *Una forma particular sólo será necesaria en los casos y para los fines incluidos en este Código.* [No es necesaria una forma particular más que en los casos y a los fines indicados en las reglas del presente Código.]

Ninguna de las modificaciones recogidas pueden considerarse esenciales.

*per l'obligarsi*. Estas diferencias redaccionales han contribuido no poco a alimentar, en buena parte, y por muchos años, la polémica causalista y anticausalista en los países romanistas europeos.

Todavía más rotundo en su formulación resulta ser el artículo 1261 C.c. español:

*No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1.º Consentimiento de los contratantes. 2.º Objeto cierto que sea materia del contrato. 3.º Causa de la obligación que se establezca.*

Se aparta del modelo latino en el punto relativo a prescindir formalmente como requisito de la capacidad para contratar, si bien, en cuanto al resto, sigue con bastante fidelidad a ambos Códigos<sup>42</sup>.

En todo caso, el precepto que ha estado de modo especial muy presente en las discusiones del Grupo de Pavía, ha sido el artículo 1325 C.c. italiano de 1942:

*I requisiti del contratto sono: 1) l'accordo delle parti; 2) la causa; 3) l'oggetto; 4) la forma, quando risulta che è prescritta dalla legge sotto pena di nullità.*

Sabido es que en el Derecho inglés uno de los elementos esenciales del contrato es la *consideration*, que algunos autores continentales han aproximado y hasta parificado con la *causa* de los códigos latinos; aunque la doctrina más reciente muestra cautela ante tal equiparación; se dice que la noción de *consideration* incorpora dos ideas, la recompensa por un beneficio atribuido, y la tutela de la confianza<sup>43</sup>. En todo caso, en el *Contract Code* se propone su eliminación<sup>44</sup>.

B) *Códigos que no exigen la causa como requisito del contrato:*

Por regla general falta en estos cuerpos legales un artículo similar a los transcritos que enumeren los diferentes requisitos esencia-

---

<sup>42</sup> No es posible reseñar aquí puntualmente la discusión causalista en nuestra doctrina. Una descripción imparcial del estado actual en CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, III, 16.ª edición (rev. por G. García Cantero) (Madrid, 1992) pp. 635-646. Una sugestiva visión crítica en Díez-PICAZO, *Fundamentos etc.*, cit. I, 5.ª edición (Madrid, 1995) pp. 215-245. Una exposición muy pormenorizada de RAMS ALBESA, en LACRUZ *et alii*, *Elementos*, II-1.º, 3.ª edición (Barcelona, 1994) pp. 440-478, y sustancialmente reproducida, sin atribución de autor, en edición de Dykinson, rev. por RIVERO HERNÁNDEZ (Madrid, 2003) pp. 414-450.

<sup>43</sup> Así últimamente *vid.* ALPA, *La «consideration»* en la obra colectiva *Atlas de Derecho privado comparado* (trad. esp. de Fernández Campos y Verdura Server) (Madrid, 2000), pp. 181 ss.

<sup>44</sup> MCGREGOR, *op. cit.*, p. 3.



les del contrato; lo normal es que la regulación se disperse en diversos preceptos, los cuales suelen tener en común la ausencia de causa como requisito esencial del contrato. Así ocurre en el All.BGB, en el BGB, en el CSO de 1911, en el C.c. griego de 1940, en el C.c. portugués de 1966 y en el nuevo C.c. holandés de 1993.

## 19. LA DISCUSIÓN ENTRE LOS ACADÉMICOS

El tema de la supresión o conservación del requisito de la causa ha dado origen a buen número de intervenciones por parte de los académicos de Pavía, que juzgo ilustrativo recordar<sup>45</sup>.

«En el *Rapport introductif* de Gandolfi, presentado en la reunión de octubre, 1993, ya se propuso su supresión, con aceptación mayoritaria. Posteriormente se adhirió el Grupo español, refiriéndose también al requisito de la *consideration* en el derecho inglés, dado que la proximidad de ambos conceptos y su razón de ser, pueden deducirse de antecedentes más o menos lejanos (por ejemplo, en los escolios de los Basilianos en los que la causa consiste en la *datio* o en el *factum* que originan la obligación de la contraparte), y la enunciación por Domat de la doctrina típicamente jusnaturalista de la *cause de l'obligation*. Por otro lado, se observa además que el objetivo, útil en sí mismo, perseguido mediante la doctrina de la *cause illicite* no exige necesariamente conservar el concepto mismo de causa, ya que puede enfrentarse el tema siguiendo otra vía, como lo demuestra el § 138 BGB. Por su parte Antunes Varela observa que si se conserva la causa entre los elementos esenciales del contrato, habrá que precisar que ésta consiste en “la función económico-social que el contrato está destinado a cumplir”, debiendo aprovecharse la ocasión para eliminar la confusión surgida a propósito de la *causa*, aludiendo unas veces a la causa de la obligación, otras a la causa del contrato, o, por último, a la causa de la atribución (*Vermögenszuwendung*) como en el caso del enriquecimiento sin causa (§ 812 BGB). En cuanto a la regla contenida en el artículo 1325 C.c. italiano de 1942, propone sustituir la expresión *condiciones requeridas*, por *elementos esenciales*, y añadir a la palabra *forma* el calificativo de *especial*.»

«Oppo en su ponencia individual estima no esencial la conservación del elemento de la *causa*, dado que es posible encontrar otra vía para asegurar la conformidad del contrato con los valores de base del contrato. No se trata de deducir a la luz de la tradición lo que constituye la causa tal como está recogida en el artículo 1325 C.c., sino más bien de verificar la función efectiva que ha cumplido y cubre actualmente en el sistema italiano,

<sup>45</sup> GANDOLFI, *op. cit.*, pp. 126-131.

y las reacciones que suscita; ello permitiría evaluar su alcance y utilidad.»

«Por su parte Ferri invoca otras dos razones para prescindir del requisito de la causa en nuestro Proyecto. De una parte, porque en el C.c. vigente se ha separado de la idea de *causa de la obligación*, convirtiéndose sustancialmente en un elemento del contenido del contrato. Además, al expresar la función económica y social del contrato, ha terminado por crear en la doctrina italiana una inoportuna superposición con la temática del *tipo contractual*.»

«Giorgianni observa que el concepto objetivo de causa, por diversas razones, resulta hoy controvertido. Ha empleado algún tiempo en adquirir contornos precisos con base en el C.c. de 1942; no faltan autores que todavía siguen hablando de dos conceptos de causa (del contrato y de la obligación), mientras que la jurisprudencia, para resolver la exigencia de situaciones concretas, se ve precisada a referirse a causa del contrato, de la obligación o de la prestación. No pocas perplejidades emblemáticas subsisten sobre la utilidad de la noción objetiva de causa, entendida como función económico-social del contrato, adoptada con el fin de controlar la conformidad de la convención concreta respecto de las finalidades perseguidas por el sistema. Tal control puede ejercerse ya sobre el contenido concreto de los contratos sinalagmáticos; además, en los contratos unilaterales, dado que la prestación se caracteriza por el fin indicado por la parte que la ha prometido, la causa adquiere necesariamente una significación subjetiva, que deriva del fin perseguido por el sujeto, al margen de una significación objetiva, que deriva de la existencia de la relación que justifica la prestación misma. Estas consideraciones, entre otras, han reforzado la tesis anti-causalista, basada en la idea de ser necesario volver a la causa de la obligación, o de la prestación o de la atribución patrimonial. Resulta muy significativo que la *Corte di Cassazione* italiana en pleno, haya afirmado en 19 sentencias conformes de los años 70, emitidas el mismo día, que sin rechazar el concepto abstracto y objetivo de la causa, en tanto que función que deriva directamente de la ley para cada contrato-tipo, se debe admitir que, en este caso, la causa *debe tener una función concreta y objetiva, que corresponde a una de las funciones típica y abstractamente determinadas*.»

«Según Gandolfi<sup>46</sup> hay que considerar qué efectos concretos ha producido, o está en condiciones de producir, el concepto de causa. Así, en primer lugar, impide la existencia del contrato abstracto, y, a decir verdad, las aplicaciones más significativas del concepto, además de las relativas a la ilicitud del contrato y al fraude de ley, conciernen a los contratos en que la causa no aparece ni siquiera de modo implícito: como si se prevé que una de las partes “cede” a otra la propiedad de un bien, pero sin precisar si ello tiene lugar para realizar una donación, una venta, una permuta, una *datio in solutum*, etc. La consecuencia de la nulidad en

<sup>46</sup> GANDOLFI, *op. cit.*, pp. 128 ss.

tal caso se justifica por la jurisprudencia porque la ausencia de una causa “no permite identificar el fin específico que cualifica la transferencia, impidiendo por ello el control de la licitud o ilicitud de la operación jurídica a la luz del sistema en vigor”. Se recuerda la interpretación que la Relación Ministerial sobre el C.c. ha realizado sobre el inciso final del artículo 1322 C.c. de 1942, en cuyos términos “un Código fascista, inspirado en las necesidades de solidaridad, no podría ignorar la noción de causa sin prescindir de lo que debe constituir el contenido socialmente útil del contrato”. Hoy se piensa que la referencia al adjetivo *fascista* lo era por un prurito de conformismo, no sentido en realidad. En todo caso, la verificación de si el contrato en concreto tiene el fin de realizar intereses que merecen ser protegidos por la ley, es demasiado vaga, y susceptible de permitir abusos y actos arbitrarios, por lo cual no puede imponerse a los operadores y a los ciudadanos de la Unión Europea un concepto tan poco determinado, carente de un parámetro cierto de referencia que justifique su conservación.»

#### Prosigue Gandolfi<sup>47</sup>:

«Ha lugar a plantearse si tal control sobre el hecho de saber si los intereses perseguidos por los contratantes merecen ser protegidos por la ley, no podrá llegar a constituir un límite *surnoise* a la autonomía privada, de alcance imprevisible de suerte que podría condicionar una eventual evolución de las técnicas y de los modos de actuar que los operadores económicos tienden a elaborar en sus relaciones de negocios. Si la ilicitud podría deducirse del contenido de un acto abstracto, no parece justificado no reconocer que éste es admisible. Ello puede equivaler al rechazo de la tradición romana clásica en la que la *stipulatio*, un contrato abstracto, constituye la figura más consistente de contrato, contemplado como instrumento propio para realizar los intereses más variados, y precisamente su forma verbal servía para protegerlo de los riesgos que podrían derivarse de su naturaleza abstracta. La estructura formal de la *stipulatio*, y al mismo tiempo su abstracción contribuían a que fueran aplicables a un número indefinido de hipótesis: promesas de dar, hacer o no hacer, de cualquier género; donación, constitución de dote; garantía personal; promesas de *usuræ*; una larga lista de acuerdos relativos al proceso. De este modo, en el mundo romano que había pasado de una economía agraria a una intensa economía mercantil, la *stipulatio* fue el tipo de *negotium* al que se acudía con mayor frecuencia, a causa de su estructura dúctil, que moderaba las consecuencias de la tipicidad, y cuya evolución postclásica no representó una crisis, sino una justa adaptación a necesidades diferentes.»

«Sea de ello lo que sea, y más allá de la eventualidad de que el *negotium* abstracto pueda en el futuro adquirir cierto relieve en los intercambios, puede observarse que el hecho de exigir a cada con-

<sup>47</sup> GANDOLFI, *op. cit.*, pp. 129 ss.:

trato la presencia y, por tanto, la mención de una causa –si ello no obedece a verificar la licitud, ello puede hacerse por otras vías–, parece superfluo desde el momento en que, como lo ha observado la doctrina, todo contrato persigue necesariamente un fin, o, dicho de otro modo, tiene una función, y, en suma, una causa. Desde este punto de vista la regla del artículo 1120 C.c. italiano de 1865 según el cual *il contratto è valido quantunque non ne sia espressa la causa*, aparece conforme a la lógica.»

«A la luz de todas las observaciones que preceden –concluye Gandolfi–, parece oportuno concluir en el sentido de eliminar la causa entre las condiciones requeridas, o, mejor, entre los elementos esenciales del contrato (conviene acoger así la sugerencia hecha por Antunes Varela). A modo de reciprocidad es preciso buscar otra vía para tener la posibilidad de verificar la licitud del contrato y su no oposición a las opciones jurídicas fundamentales.»

## 20. CONSECUENCIAS DE LA SUPRESIÓN DE LA CAUSA COMO REQUISITO ESENCIAL DEL CONTRATO EUROPEO

El debate transcrito *in extenso* permite valorar el alcance de la supresión de la causa. Cabe decir, en principio, que este aspecto entrañaría la novedad probablemente más llamativa –si se quiere, hasta la más «escandalosa»– en caso de que el Proyecto entrase en vigor en España, manteniendo dicha supresión<sup>48</sup>. Añadiré que ninguno de los civilistas españoles que aprobamos la solución del Proyecto nos proponíamos que, en el futuro, la contratación civil entre nosotros derivase mayoritariamente por cauces de inmoralidad o ilicitud. Disponemos hoy de una abundante bibliografía, en varios idiomas, sobre el significado de la causa en los contratos, y estamos convencidos no ya de que el Proyecto Gandolfi se ha afiliado, sin más, al bando anticausalista, sino de la necesidad de depurar y perfilar la función de la causa en los contratos, al objeto de que su imprescindible papel vaya a seguir cumpliéndose, aun-

<sup>48</sup> Ello significaría enfrentarse a una doctrina bien arraigada que aparece sólidamente fundamentada en DE CASTRO, *El negocio jurídico* (Madrid, 1967) pp. 257 ss.; hasta llegar a la rotunda negativa, a la admisibilidad del negocio abstracto en el Derecho español (así DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos etc., op. et vol. cit.* pp. 239 ss.; o la posición algo más matizada de RAMS ALBESA, en LACRUZ, *Elementos, op., et vol. cit.*, edición 1994, pp. 440 ss.; y, en el plano monográfico, la resuelta postura causalista de CLAVERÍA GOSALBEZ, *La causa del contrato* (Bologna, 1998), p. 16, quien al explicar el destinatario de su obra llega a escribir: «¡Y debería valer (su lectura) para que los lectores de países cuyos Ordenamientos no sean causalistas lamenten tal hecho!».

que sea sustitutoriamente, en el futuro. Sobre ello hay base en el mismo texto, y así según el artículo 140.1, letra *a*), del Proyecto hay nulidad absoluta cuando el contrario resulta contrario al orden público, o a las buenas costumbres, o a una regla imperativa establecida para tutelar un interés general, o para salvaguardar situaciones de importancia social primaria; la formulación de la nulidad a través de varios conceptos jurídicos conscientemente indeterminados permite deducir razonablemente que cualquier ilicitud o inmoralidad contractual tendría en ellos acogida. Según el artículo 143.1 esta nulidad resulta no susceptible de confirmación, de aplicación de la nulidad parcial, ni de conversión; por tanto puede calificarse de nulidad insanable.

## 21. SOBRE OTRAS NOVEDADES DEL ARTÍCULO 5

Este precepto aparece dividido en cuatro apartados, los dos primeros relacionados con la capacidad de los contratantes, y los otros dos con los denominados elementos esenciales del contrato.

La regulación de la capacidad para contratar no forma parte de los elementos esenciales del contrato, aunque algunos Códigos se ocupan de esta materia dentro de la doctrina general del contrato. En el presente caso la cuestión resultaba más imperiosa, dado que, como he advertido, no existe a nivel europeo una regulación vinculante de la persona en general, ni de la mayoría de edad o de la emancipación. Los dos apartados del artículo 5 dedicados a esta materia son escuetos, pero, a mi juicio, suficientes.

La normativa de los elementos esenciales del contrato en el artículo 5 del Proyecto resulta singularmente concisa y simplificada, reduciéndolos —en último término— a sólo dos, el acuerdo y el contenido. La remisión que se hace a la forma esencial en los contratos podría considerarse criticable, ya que hace revivir las dudas anteriormente suscitadas sobre la oportunidad de la colocación sistemática del precepto ahora examinado. Obsérvese que el artículo 140.1.*b*) considera elemento esencial del contrato a la forma aludida en el artículo 5.4, sin que, en consecuencia, se adviertan las razones para no haberla regulado junto a los demás en el propio artículo 5. Por otro lado, tampoco encuentro una respuesta convincente que explique la inclusión de este último en el título de las disposiciones preliminares (salvo la razón puramente pragmática de agrupar en el título inicial las materias no fácilmente albergadas en otro).

## 22. LA CAPACIDAD PARA CONTRATAR

Las reglas contenidas en los apartados 1 y 2 del artículo 5 se relacionan de alguna manera con los artículos 137.2.a), 143.2, 144.2, 146.2, y, de modo especial, con el 150; este último en virtud de lo dispuesto en el apartado 2, del que pueden deducirse unas reglas generales sobre la capacidad contractual de los menores y las consecuencias jurídicas de su actuación, bajo el régimen del Proyecto.

Resulta concisa, aunque suficientemente adecuada, la explicación que sobre este punto ofrece el *Rapport introductif*<sup>49</sup>, argumentando que si bien la capacidad de contratar no constituye un elemento constitutivo del contrato, sino más bien una condición de validez (*presupposto*), resulta indispensable, como exigencia de certeza, consagrarle una mención en el Código (y este artículo parece el marco apropiado<sup>50</sup>). La finalidad es determinar una edad por encima de la cual tal capacidad corresponde sin ninguna duda a toda persona física, sin perjuicio de remitirse —conforme a las propuestas de los Grupos inglés, italiano y alemán, así como las de De los Mozos, García Cantero, Stranard y Vigneron— a la competencia de los Estados para admitir una edad inferior respecto de ciertas relaciones, y de regular la emancipación y la declaración de incapacidad.

En consecuencia, establece el Proyecto que pueden celebrar el contrato europeo: 1.º) Las personas físicas que han cumplido dieciocho años (adviértase que no alude a los *mayores de edad* probablemente en previsión de que en algún país comunitario la mayoría se fije a una edad superior), 2.º) Los menores emancipados que han obtenido las autorizaciones requeridas por su ley nacional (hay que entender que se incluyen aquí tanto los contratos que se autoriza a realizar por sí misma a la persona emancipada como aquellos que requieren un complemento de capacidad de esta última). En cuanto a los menores no emancipados, así como los incapacitados y las personas que, por cualquier causa, incluso transitoria, carecen de la capacidad natural de entender y de querer, se rigen por los criterios bastante amplios del artículo 150, ya aludido. Sin entrar aquí en su comentario, obsérvese que la sanción de los contratos que infringen esta regla de capacidad consiste en la anulabilidad, sometida a un plazo de prescripción de tres años, que empieza a correr a partir del día en que ha cesado la incapacidad (art. 148.3); y que no se da anulabilidad si de este contrato sólo derivan ventajas para el incapaz (art. 150.1 *in fine*).

<sup>49</sup> GANDOLFI, *op. cit.*, p. 130.

<sup>50</sup> La indicación es de GANDOLFI. *Vid.*, sin embargo, las observaciones que hago en el párrafo anterior.

Obsérvese, por último, que esta norma de capacidad está pensada de modo inmediato y directo respecto de las personas físicas, aunque alguna norma, por vía de ejemplo, se refiere a la capacidad contractual de una sociedad anónima antes de su inscripción [art. 137.2. letra *a*)]. Es muy posible que los autores del Proyecto no hayan querido interferir, de modo lateral u oblicuo, en el régimen de las sociedades mercantiles.

### 23. EL CONSENTIMIENTO O ACUERDO DE LAS PARTES

En este punto no hay novedad, pues el consentimiento de los contratantes, es decir, como con terminología clásica, aunque ya superada, expresa nuestro artículo 1262 párrafo 1.º, *el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato*, viene a constituir la esencia del contrato; el eje vertebral de todos los sistemas jurídicos que aceptan como uno de sus pilares el contrato, es el *accordo* o el *agreement*, es el resultado de intercambiar los consentimientos cuya coincidencia constituirá, más adelante, el objeto de la actividad interpretativa. Dado que el Título II trata ampliamente de la formación del contrato, de sus diferentes etapas y de los modos de alcanzarse aquél, no procede profundizar aquí en el tema, el cual, por lo demás, es objeto de amplio tratamiento en las diferentes doctrinas.

Aquí el *Rapport introductif* se contenta con una brevísima alusión<sup>51</sup>:

Por lo que hace referencia al *acuerdo de las partes*, parece que no se plantea ninguna cuestión controvertida después de la precisión realizada en los artículos 1.2 y 2.4.

### 24. EL CONTENIDO DEL CONTRATO

Se trata de una innovación formal de cierto interés dogmático, pues consiste en sustituir la habitual referencia al objeto por el contenido del contrato, lo cual se justifica en los siguientes términos<sup>52</sup>:

«En cuanto al *contenido*, basta decir que tal expresión es más apropiada que la expresión tradicional de *objeto*, que ha planteado

<sup>51</sup> GANDOLFI, *op. cit.*, p. 131.

<sup>52</sup> GANDOLFI, *op. et loc. ultim. cit.*

serias objeciones en la doctrina, sobre todo porque recurriendo a aquélla –como observa Carbonnier– se pone en relación con el contrato mismo, lo que en el fondo constituye el objeto de la obligación. Por otra parte, el legislador italiano ha recurrido al término *contenido* en el artículo 1322<sup>53</sup> para mencionar el objeto de las disposiciones *convencionales*. Como observa Bianca, hay que diferenciar de estas últimas las disposiciones *legales* que concurren para completar la relación contractual, y a las que alude el mismo precepto.»

El Proyecto ha sido rigurosamente fiel a esta enumeración de elementos esenciales del contrato, y así el Título III trata precisamente del *contenido del contrato* (arts. 25 a 33), regulando los requisitos del contenido (útil, posible, lícito, determinado o determinable), deteniéndose con especial detalle en el contenido lícito y no abusivo, determinado o determinable, además de las cláusulas implícitas y de una breve referencia a las condiciones generales de los contratos.

## 25. LA FORMA DE LOS CONTRATOS

Dice el artículo 5.4 del Proyecto que: *una forma particular sólo será necesaria en los casos y para los fines indicados en este Código*. La justificación de esta regla es la siguiente<sup>54</sup>:

«En cuanto a la *forma*, su mención por separado tiene en cuenta la observación de Antunes Varela, quien sugiere no incluirla en la lista de los elementos esenciales porque la forma solemne es un elemento excepcional y no normal. Por lo demás, resulta incontestable que la palabra *forma* es equívoca, ya que –como se dice tradicionalmente– todo contrato por el solo hecho de existir tiene una forma propia (conforme a cierto modo de interpretar el principio *forma dat esse rei*). Los diferentes problemas relacionados con la forma se examinan más tarde.»

En mi opinión, parece que se ha experimentado cierta vacilación a la hora de regular la forma de los contratos, pues si, por un lado, se alude a ella entre los elementos esenciales del contrato, y tal parece ser la concepción implícita del Proyecto, por otro, se hace una remisión al Título IV, que tiene precisamente por objeto exclusivo el de regularla. Aunque pudiera alegarse en su descargo

<sup>53</sup> *Le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge e dalle norme corporative.*

<sup>54</sup> GANDOLFI, *op. cit.*, p. 131.



que parecidas dudas parecen haber acometido también a los autores de los Códigos anteriores. En el C.c. francés la forma no se menciona entre los requisitos esenciales del contrato, y se trata de ella, en su caso, al regular cada uno de los contratos en particular. En el C.c. italiano de 1865, aunque se inspira en el francés, sin embargo el artículo 1314 (incluido en la prueba de las obligaciones), enumera, bajo pena de nulidad los contratos que deben redactarse en documento público o privado. El C.c. español, aunque tampoco incluye la forma entre los requisitos esenciales del contrato en el artículo 1261, dedica, sin embargo, tres importantes preceptos a la forma, los artículos 1278, 1279 y 1280, cuya interpretación doctrinal y jurisprudencial es de la máxima importancia práctica<sup>55</sup>. Los artículos 11 a 17 del CSO recogen una doctrina general sustantiva sobre la forma de los contratos en este país. Con rigurosa técnica, los artículos 1350 a 1352 C.c. italiano de 1942 tratan de la forma del contrato, a continuación de la regulación del contrato, debiendo subrayarse que el artículo 1325 sí que incluye a la forma entre los requisitos del contrato. En el *Contract Code*, el artículo 2 declara, significativamente, que *every agreement is a contract except where[...] c) the agreement lacks the necessary formal characteristics*; en consecuencia, el artículo 61 determina que *an agreement is not a contract where is not in the form which a statute or custom makes mandatory for a contract to come into existence but otherwise an agreement is a contract in what ever form it is made*<sup>56</sup>.

La conclusión de este *excursus* comparativo es que las vacilaciones antes señaladas se comprenden a la vista de la falta de unanimidad entre los distintos sistemas, aunque el Proyecto parece haberse encaminado, en esta materia, por una vía adecuada.

---

<sup>55</sup> Sobre la forma contractual *vid.* interesantes indicaciones históricas y bibliográficas en CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral III* (16.ª edición al cuidado de GARCÍA CANTERO) (Madrid, 1992) pp. 584-594, y también una exposición ceñida al derecho positivo y a la jurisprudencia, en p. 646-548; también DELGADO ECHEVERRÍA, en LACRUZ, *et alii*, *op.*, vol. 3.º (Barcelona, 1994) pp. 428-435 (en la edición de Dykinson, Madrid, 2003, pp. 404-410, se reproduce sustancialmente el texto anterior, sin atribución de autoría y con actualizaciones bibliográficas, jurisprudenciales y legislativas, estando encomendada la rev. a RIVERO HERNÁNDEZ); DÍEZ-PICAZO, *op.*, vol. *et* edición cit. pp. 247-265, con amplio tratamiento sobre la documentación del contrato).

<sup>56</sup> MCGREGOR, *op. cit.*, pp. 31 ss., observa que en el moderno derecho inglés la regla general es la libertad de forma, justificándose los preceptos transcritos por el deseo inicial de acercarse al derecho escocés siguiendo el proyecto inicial, luego fracasado.

## PARTE SEGUNDA

**¿Es aplicable al ordenamiento español el concepto de contrato del Proyecto de Pavía?**

## 26. SOBRE EL CONCEPTO DE CONTRATO

En primer lugar, hay que pronunciarse sobre si el artículo 1.1 del Proyecto que define el contrato como *acuerdo de dos o más partes destinado a crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica de la que pueden derivarse obligaciones y otros efectos, incluso a cargo de una sola parte*, sería asumible por nuestra doctrina. En principio, creo que sin grandes esfuerzos, encajaría sin dificultad en la concepción de Díez-Picazo<sup>57</sup>, aunque debe advertirse que, en general, la moderna doctrina civilista española, casi sin excepción, se ve abocada a realizar un *excursus* histórico más o menos amplio que arranca del Derecho romano, llega a la codificación y después de un análisis más bien escueto del artículo 1254 CC se complace en profundizar sobre las modificaciones que en la noción de contrato está produciendo la legislación intervencionista, singularmente la dictada para proteger a los consumidores. En este punto conviene advertir que el Proyecto de Pavía da por supuesta dicha legislación intervencionista (singularmente a través de los Reglamentos y Directivas de la Unión Europea, no siempre coherentes entre sí, y, con frecuencia, objeto de derogaciones expresas o tácitas), y, asumiéndola, trata de recuperar el concepto de contrato resultante o emergente.

En todo caso, no puede decirse que predomine en nuestra doctrina una rígida concepción monolítica del contrato, no faltando autores que usan ampliamente el método comparativo<sup>58</sup>, diferenciando otros, a este respecto, como Castán Tobeñas<sup>59</sup>, las concepciones amplia (seguida por el BGB y el C.c.italiano de 1865),

---

<sup>57</sup> Díez-PICAZO, *Fundamentos, etc.*, cit. 5.ª edición (Madrid, 1996) pp. 121 ss. Lo que no obsta a que este autor subraye enérgicamente que el fenómeno contractual aparece por doquier e invade todas las zonas del ordenamiento jurídico, pudiendo calificarse de un *Oberbegriff* o supraconcepto, ostentando carácter general dentro del Derecho privado, si bien no desecha un concepto más restringido que lo reduzca a aquellos negocios jurídicos bilaterales que inciden sobre relaciones de carácter patrimonial.

<sup>58</sup> Así, PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, II-1.º (Barcelona, 1954) pp. 35 ss., y más brevemente en la 2.ª edición (Barcelona, 1978) pp. 31 ss. Cita expresamente los Códigos civiles de Francia, Italia, vigente, Chile, Argentina y Venezuela.

<sup>59</sup> CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, 16.ª edición (rev. y puesta al día por G. García Cantero) (Madrid, 1992) pp. 515 ss.

estricta (que el autor ve recogida en el C.c. francés y en la antigua doctrina española) e intermedia (acogida a su juicio por el art. 1321 C.c. italiano de 1942) del contrato; aunque pueda registrarse cierta convergencia de opiniones actuales a favor del contrato como fuente de relaciones patrimoniales, nunca se trata de concepciones excluyentes, sin que falten las sensatas posturas escépticas que relativizan el valor de la propia distinción<sup>60</sup>.

Decir que el contrato europeo crea, regula, modifica o extingue relaciones jurídicas<sup>61</sup> no suscitaría, en mi opinión, serias reservas en la doctrina española, y menos todavía si se añade que tales relaciones jurídicas pueden consistir en obligaciones y *otros efectos* como serían en nuestro ordenamiento la transmisión de los derechos reales cuando se efectúa la *traditio*<sup>62</sup>.

## 27. SOBRE LOS ACTOS CONCLUYENTES

Sin embargo, no cabe afirmar lo mismo respecto del artículo 1.2; como sabemos, su existencia se debe a que, al redactar el Proyecto, se quiso realzar señaladamente una de las maneras de perfeccionar el contrato europeo mediante actos concluyentes, sin perjuicio, además de aludir a ello, de modo específico, en el Título II, Sección 2.<sup>a</sup>,

<sup>60</sup> Véase GARCÍA CANTERO, en CASTÁN TOBEÑAS, *op. vol. et ed. cit.* pp. 517 ss., recogiendo las opiniones de HERNÁNDEZ GIL, Díez-PICAZO, ESPÍN, COSSIO, ALBALADEJO, DORAL GARCÍA y M.<sup>a</sup> del CARMEN GETE-ALONSO CALERA.

<sup>61</sup> A este respecto, dice Díez-PICAZO, *op. et vol. cit.* p. 123: La relación contractual no es el acto, ni la norma en que el contrato consiste, sino la situación en que las partes se colocan después de haber celebrado el contrato, es decir, la situación que crean, modifican o extinguen.

<sup>62</sup> Sorprende que en el Proyecto Lando no figure una clara definición de lo que en sus principios se entiende por contrato, con el evidente riesgo de que, a la hora de ser eventualmente aplicado por los Tribunales de cada país miembro de la UE, surjan dudas e incertidumbres que fácilmente desembocarían en aplicar por jueces y abogados como propia la concepción contractual de su específica tradición jurídica nacional. Con ello la unificación del Derecho contractual se alejaría en vez de acercarse. Probablemente lo más parecido a una definición –o, quizá, descripción en la línea de nuestro art. 1254– sea el artículo 2101 PECL, *Condiciones para la conclusión del contrato*, «(1) Se concluye un contrato si: a) Las partes tenían la voluntad de quedar jurídicamente vinculadas y, b) han alcanzado un acuerdo suficiente sin ningún otro requisito. (2) Un contrato ni necesita ser concluido o probado por escrito ni está sujeto a ningún otro requisito de forma. El contrato puede probarse por cualquier medio, incluida la prueba de testigos». Ello puede deberse a que la concepción del contrato que resulta del artículo 2101 PECL es mucho más anglosajona que europea continental, como afirma Díez-PICAZO [Díez-PICAZO, Encarna ROCA TRÍAS y MORALES, *Los principios de derecho europeo de contratos* (Madrid, 2002), p. 128]. En las discusiones sobre el tema en relación con el Proyecto de Pavía, los juristas anglosajones se inclinaron por una definición del contrato siguiendo el modelo del C.c. francés. Cabe concluir, al menos, por el dudoso acierto y utilidad de imponer en su día a los países continentales un modelo contractual que les resulte, en general, históricamente ajeno.

al tratar de la celebración del contrato, artículo 24<sup>63</sup>, y así se ha desplazado una norma singular al artículo 1.2 estableciendo que *el acuerdo puede establecerse también mediante actos concluyentes, positivos u omisivos, siempre que sea conforme a una voluntad precedentemente manifestada, a los usos o a la buena fe*<sup>64</sup>.

En primer lugar, advierte Díez-Picazo<sup>65</sup> que la categoría de las *relaciones contractuales de hecho* es arbitraria; las producidas por un contacto social pertenecen en rigor a la problemática de la formación de los contratos y se trata de deberes generales de conducta impuestos por la buena fe entre las partes que realizan tratos sin que pueda darse en tal caso una verdadera relación contractual, si bien presenta alguna autonomía con la denominación de prestaciones del tráfico en masa, donde la obligación surge de un comportamiento que no puede valorarse como declaración de voluntad. En la misma dirección se hace notar, en sede de los modos de expresarse la voluntad contractual<sup>66</sup>, que si bien en puridad no cabría, por no tener carácter recepticio en cuanto tal, una exteriorización de la voluntad contractual de carácter tácito, ya que en tal caso habría que deducir de los hechos que configuran el comportamiento (*facta concludentia*) la decisión del sujeto y no puede basarse en simples conjeturas la coincidencia de la voluntad de la otra parte contractual para llegar al acuerdo; sin embargo, hay ocasiones en que, en cierto contexto relacional, un determinado modo de comportarse puede ser considerado socialmente como si se tratara realmente de una declaración contractual, aunque el sujeto del mismo ni sea consciente de esta valoración ni, desde luego, quiere hacer partícipes del mismo a otras personas; así ocurre con ciertas actitudes o hechos concluyentes de las personas (STS de 28 de febrero de 1990<sup>67</sup>), y así puede ocurrir con el

<sup>63</sup> Cuyo texto es el siguiente: *El contrato se perfecciona mediante actos concluyentes cuando todos los requisitos del contrato a estipular resulten de los mismos, teniendo en cuenta igualmente los acuerdos y relaciones previas, la eventual emisión de catálogos de precios, de ofertas públicas, reglas legales, disposiciones reglamentarias y costumbres. La norma deja a salvo lo previsto en las disposiciones precedentes*, por lo tanto, también lo dispuesto en el artículo 1.2. Obsérvese que no hay total coincidencia entre este último y el transcrito artículo 14, pareciendo razonable integrar ambas normas. Por lo cual los actos concluyentes pueden resultar del silencio, siempre que la voluntad contractual se haya producido precedentemente, o derive de los usos o de la buena fe, a los que se adicionan los acuerdos y relaciones previas como puede ser el envío de catálogos.

<sup>64</sup> Como se dijo anteriormente, la *conformidad* (en singular) debe darse entre el acuerdo y alguno de los puntos de referencia que se indican, ya sea una voluntad precedentemente manifestada, los usos o la buena fe.

<sup>65</sup> Díez-PICAZO, *op. vol. et ed. cit.* p. 135.

<sup>66</sup> Así, RIVERO HERNÁNDEZ, en LACRUZ *et alii*, *Elementos, etc. cit.*, II-1.º pp. 389 ss.

<sup>67</sup> Se dice en el FD1.º: «Estamos ante unos actos concluyentes en el tráfico, y no sólo ante una simple apariencia, que afectan y vinculan a la Compañía aseguradora que no puede en consecuencia eludir sus responsabilidades, beneficiándose de lo favorable (abonos efectivos y no rechazados) y repudiando lo malo (desembolso por cobertura del siniestro)».

silencio. Siguiendo a Betti, afirman que un determinado comportamiento puede significar habitualmente en el ámbito social en que se desarrolla una toma de posición respecto de intereses económicos que afecten a la esfera jurídica ajena en su interferencia con la propia; en tales supuestos el comportamiento vale como declaración, puesto que genera la confianza ajena y su protagonista debe responsabilizarse del mismo<sup>68</sup>.

Cabe concluir que la regla contenida en el artículo 1.2 del Proyecto tiene algunos apoyos, no siempre claros, en la actual doctrina española y más ampliamente en la doctrina jurisprudencial. No podría decirse que constituye una regla absolutamente extraña a nuestro ordenamiento.

## 28. SOBRE LA ELIMINACIÓN DE LA CAUSA ENTRE LOS REQUISITOS ESENCIALES DEL CONTRATO EUROPEO

Constituye, sin duda, como advertí antes, el *plato fuerte* en el *menú* confeccionado por la Academia de Jurisconsultos Europeos

---

tro)». En realidad se trata de un contrato de seguro de daños, de formación progresiva, en el que el asegurado había suscrito la proposición de seguro y junto con un talón nominativo lo había entregado al Agente de Seguro, quien lo entregó a su vez en la sucursal, ingresando el talón en la c.c. de la Compañía. Aunque la sentencia habla de actos concluyentes, en realidad se trata de actos expresos de manifestación de la voluntad contractual, a los que corresponde una conducta inequívoca de la aseguradora.

<sup>68</sup> En tal sentido, se mencionan las SSTS de 5 de julio de 1960, 25 de enero de 1961, 29 de enero de 1965, 13 de abril de 1982, 28 de enero de 1983, 28 de abril de 1986, 11 de junio y 22 de diciembre de 1992.

En el caso contemplado en la última s. se trataba de la acción resolutoria de un contrato de arrendamiento de local de negocio por cesión incontestada; la acción se desestima en ambas instancias y lo es, a su vez, el recurso de casación. El supuesto no es, propiamente, de nacimiento de un contrato por actos concluyentes, sino del consentimiento previo del arrendador a la cesión del contrato por el arrendatario; tal consentimiento es una declaración de voluntad no contractual pero similar a las contractuales, a la que el TS aplica la misma doctrina de los actos concluyentes. En el FD2.º se pasa del consentimiento tácito a los *facta concludentia*, estableciéndose una doctrina bastante clara: *En orden a la eficacia del consentimiento en relación con las cuestiones planteadas en este litigio tiene declarada la STS de 8 de febrero de 1984 que «fuera de aquellos casos en que la Ley exige una declaración expresa, el consentimiento en los negocios jurídicos puede ser prestado en forma tácita; pero en todo caso la declaración de voluntad emitida indirectamente ha de resultar terminante, clara e inequívoca, sin que sea lícito deducirla de expresiones o actitudes de dudosa significación, sino, por el contrario, reveladora del designio de crear, modificar o extinguir algún derecho»; en tanto que la STS de 26 de mayo de 1986, con cita de otras varias, afirma que es «evidente que la reglamentación negocial de intereses puede exteriorizarse a través del comportamiento, y que existirá declaración de voluntad tácita cuando el sujeto, aun sin exteriorizar de modo directo su querer mediante palabra escrita u oral, adopta una determinada conducta basada en los usos sociales y del tráfico, la cual ha de ser valorada como expresión de la voluntad interna, en definitiva se trata de los hechos concluyentes (facta concludentia)*

de Pavía; a primera vista, de muy difícil digestión que obligaría, sin más, a arrojar la toalla y a reconocer que el artículo 5.3 del Proyecto cuando dispone que: *Los elementos esenciales del contrato son:* a) *el acuerdo de las partes*; b) *el contenido*, representa un obstáculo infranqueable para que lograra pacífica vigencia en el ordenamiento español. Ni en nuestra doctrina encontramos un autor contemporáneo significativo que acepte la eliminación de tal requisito esencial del contrato, tal como se deriva de los artículos 1261-3.º y 1274-1277 C.c. español, ni parece previsible que la Sala 1.ª del TS español cambie de orientación en este punto<sup>69</sup>. Se nos podría imputar, a quienes asentimos a la redacción actual del artículo 5.3 del Proyecto el haber optado por la solución más fácil (dado que en este punto los Códigos europeos no eran unánimes, y, por otro lado, nadie había aclarado autorizadamente las relaciones entre causa y *consideration*, se sorteaba el obstáculo eliminando el requisito de la causa, por lo demás sólo mantenida en los Códigos de filiación latina); y hasta tacharnos de oportunistas por aprovechar una aparente *bajada de guardia* por parte de los *common lawyers* para suprimir un requisito, hasta cierto punto embarazante en todas las legislaciones que lo exigen de modo expreso, o acaso de haberlo hecho poco meditadamente (la supresión no se ha discutido directamente y en profundidad, por separado, en cada uno de los países latinos).

Es verdad que sobre la causa de la obligación, la causa del contrato y la causa de la atribución se había dicho todo, o casi todo, en la doctrina europea continental<sup>70</sup> del siglo XX, tanto sobre su aparición en el Derecho Romano, con significado harto diferente del actual, como sobre su elaboración medieval hasta llegar a la doctrina del Derecho Natural y de la doctrina francesa representada por Domat y Pothier, bifurcándose en la codificación en dos sistemas, el latino representado por el *Code* y sus seguidores, que elevan la causa a requisito esencial del contrato, y el germánico del BGB, que omite hablar de la causa en el contrato y en el negocio jurídico, para relegarla a la teoría de la causa de la atribución. No parecería

---

dentia), y, como tales, inequívocos que sin ser medio directo del interno sentir lo da a conocer sin asomo de duda, de suerte que el comportamiento puede ser tácito cuando al comportamiento de las partes resulta implícita su aquiescencia».

<sup>69</sup> Véase el pormenorizado estudio de ALBALADEJO, *Derecho civil*, I, 9.ª edición (Barcelona, 1995) pp. 278 ss. En general, todos los autores se apoyan en la doctrina jurisprudencial y critican sus contradicciones.

<sup>70</sup> Con referencia a la fecha de su publicación, hay una selecta bibliografía europea no sólo sobre la causa en general sino sobre cada uno de sus aspectos en DE CASTRO, *El negocio jurídico* (Madrid, 1967) pp. 163 ss., 205, 217, 243 ss., 289, 314, 321 y 333. Fundamentalmente española es la citada por DIEZ-PICAZO, *op. ed. et vol. cit.*, pp. 215 ss.

inexacto decir que *de lege data* todo está ya investigado en materia de causa, siendo normal que la doctrina de cada país se reafirme en el sistema causal propio, legal y jurisprudencial, y aspire a que lo compartan los restantes, lo mismo que resulta comprensible cierto escepticismo<sup>71</sup> derivado del cansancio que nace de reiterar lo que se presenta como inconvencional, y hasta un relativismo que, en último término, contribuiría a superar el *impasse*<sup>72</sup>. Ha de reconocerse que mantener el requisito de la causa es un medio de tranquilizar la conciencia de los operadores del derecho que han visto siempre en ella un eficaz filtro que impide el acceso al tráfico de aquellos contratos que no merecen ser protegidos por el ordenamiento.

Lo que ocurre es que el escenario en el que se ha discutido el Proyecto de Pavía es *de lege ferenda*, y sus soluciones nos interpelean de otro modo a los juristas europeos que, como se planteaban en el siglo pasado: Si usted pudiera elegir para su país una nueva normativa contractual, ¿estaría dispuesto a prescindir de la causa?, ¿y si los demás países latinos renuncian igualmente a dicho requisito? Más todavía, ¿si Gran Bretaña e Irlanda *pro bono unitate* abandonan igualmente el requisito de la *consideration*? ¿Ha caído en la cuenta de que hace más de un siglo que el BGB y los Códigos que le han imitado no exigen la causa como elemento esencial del contrato, y en ninguno de esos países se ha resquebrajado su sistema jurídico contractual?

Por otra parte, no ha de olvidarse que el artículo 5.3 ha de ponerse en relación con múltiples normas del Proyecto que, de alguna manera, cumplen la función de la causa en las legislaciones latinas<sup>73</sup>. Ciertamente, ningún precepto expreso de

<sup>71</sup> Hace más de treinta años que SANCHO REBULLIDA, «Notas sobre la causa de la obligación», en el C.c. *RGLJ*, noviembre 1971, p. 663, escribió: «El concepto de causa ha sido una de las inversiones más pródigas de la doctrina civil; en relación con él, todo está oscuro y todo es discutido: desde su existencia como elemento independiente hasta su utilidad práctica; desde su referencia —el negocio jurídico, el contrato, la atribución patrimonial, la obligación— hasta su carácter subjetivo u objetivo; se discute su consistencia, su ámbito, su función, etc. Hay autores para quienes la causa, junto con la declaración de voluntad, son los dos únicos elementos esenciales del negocio jurídico; y hay tesis anticausalistas, autores que niegan la existencia del elemento (separado del objeto o del consentimiento) y, por tanto, la utilidad del concepto».

<sup>72</sup> «Si examinamos las reglas generales del contrato —y, en su caso, las del negocio jurídico— en el C.c. alemán o en el suizo, observaremos que ni entre los requisitos del contrato ni entre sus elementos se menciona éste de la causa. ¿Es que hay dos distintos conceptos del contrato, uno para los Derechos alemán y suizo, como acuerdo de consentimientos sobre un objeto, y otro en los ordenamientos latinos, incluyendo esa exigencia adicional de la causa?» [LACRUZ *et alii*, *Elementos etc.*, cit. II-1.º, 3.ª ed. rev. por RIVERO HERNÁNDEZ (Madrid, 2003), p. 414. El texto se reiteraba en la edición de 1994, cuya revisión se atribuyó a RAMS ALBESA, p. 440].

<sup>73</sup> Sigo a DE CASTRO, *op. cit.*, pp. 166 ss., cuando analiza las funciones atribuidas a la causa, tanto respecto al negocio jurídico como a la relación negocial; asimismo a DÍEZ-PICAZO *Fundamentos etc.* vol. y edición cit. pp. 215 ss. cuando habla de la

aquél veda o, por el contrario, reconoce expresamente el negocio jurídico abstracto en sentido puro; en mi opinión personal sería difícil que tal contrato atravesara el control del artículo 137.1 en materia de inexistencia<sup>74</sup>; pero, de franquearlo, tal negocio abstracto tendría que superar los obstáculos derivados de la nulidad absoluta del artículo 140, y, en particular, los representados por el artículo 140.1.a)<sup>75</sup>. En último término, el Proyecto llega a prever una colisión entre el Derecho estatal y el europeo en materia muy específica aplicable probablemente a este caso, y su solución –dando la primacía al primero– viene dada por el artículo 140.3: *En caso de conflicto entre las normas de la Unión Europea y las de sus Estados miembros, prevalecerán estas últimas cuando sean de utilidad social nacional y, en particular, sean conformes a los principios constitucionales fundamentales relativos a los principios de igualdad, solidaridad social y tutela del ser humano en vigor en cada uno de los Estados*<sup>76</sup>. La regulación de los contratos atípicos está, por otro lado, prevista expresamente en el artículo 2.2 del Proyecto sin invocación expresa de la causa. En cuanto a los negocios con causa inmoral o ilícita, estimo que pueden someterse a los artículos 30 sobre el contenido lícito y no abusivo del contrato, al artículo 53 sobre las condiciones ilícitas y al artículo 140 sobre la nulidad absoluta por contrariedad a las buenas costumbres. La simulación recibe un tratamiento, a mi juicio exhaustivo, en los artículos 153.2.a) y 155; el desequilibrio de las prestaciones tiene un interesante régimen en el artículo 30.3, la lesión, lo encuentra por su parte en el artículo 156, etc.

En resumen, la fórmula técnica ideada por el Proyecto de Pavía para que la doctrina no siga, en el futuro, embarrancada en interminables discusiones a propósito del requisito de la causa contractual me parece ingeniosa y defendible. Como se ha visto, en los casos extremos el negocio sin causa podría

---

pluralidad de conflictos típicos de intereses que en la teoría de la causa tienen el centro de gravedad de su solución normativa (así, la admisión del negocio abstracto, la tipicidad y atipicidad de los contratos, los contratos con causa inmoral e ilícita, la simulación como problema causal, la aplicación de la regla *causa data causa non secuta*, y otras cuestiones tales como el equilibrio de las prestaciones, la lesión, rescisión, base del negocio, etc.)

<sup>74</sup> Norma, sin duda, original que dispone: *No hay contrato cuando no existe un hecho, un acto, una declaración o una situación que puedan ser reconocidos exteriormente y reconducidos a la noción social de contrato.*

<sup>75</sup> *Cuando sea contrario al orden público, a las buenas costumbres, a una norma imperativa que tenga por objeto la protección del interés general o la salvaguardia de situaciones de importancia social primaria.*

<sup>76</sup> La norma ofrece una barroca redacción aunque no cabe excluir que se aplique a la nulidad absoluta del contrato puramente abstracto conforme a una legislación estatal.



regirse por la ley codicial estatal, y, en los demás, las soluciones alternativas vienen a cumplir la función que aquélla cumple en las legislaciones latinas. Desde una perspectiva española el inicial rechazo al Proyecto en este punto debiera dar paso a una serena reflexión<sup>77</sup>.

---

<sup>77</sup> No he utilizado en esta exposición como argumento favorable el hecho de que tampoco el *Proyecto Lando* requiere una causa como requisito esencial del contrato. Así lo he hecho porque, en mi opinión, cada proyecto contractual europeo debe fundarse en sus méritos intrínsecos y no en la coincidencia o similitud con el otro (que podría estar igualmente equivocado). Una postura más bien favorable al *Proyecto Lando* en este punto se encuentra en FAJARDO FERNÁNDEZ, *Forma, objeto y causa (Consideration)* en VV. AA. *Derecho privado europeo* (coord. Cámara Lapuente) (Madrid 2003) p. p. 410 ss. Este autor se limita a mencionar de pasada el artículo 5.3 del Proyecto de Pavía, sin profundizar en su análisis. Véase la amplia explicación de DIEZ-PICAZO *et alii*, *Los principios del Derecho europeo de contratos*, *op. cit.*, pp. 174-177.

# El régimen jurídico de las innovaciones en la propiedad horizontal

**ESTHER GÓMEZ CALLE**

Profesora Titular de Derecho civil  
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO. 1. *Introducción.*—2. *Nuevas instalaciones, servicios o mejoras requeridos para la adecuada conservación, habitabilidad, seguridad o accesibilidad del inmueble, según su naturaleza y características.*—3. *Nuevas instalaciones, servicios o mejoras no requeridos para la adecuada conservación, habitabilidad o seguridad del inmueble, según su naturaleza y características:* 3.1 El coste de la innovación y su repercusión en la obligación de contribuir a su pago de acuerdo con el artículo 11.2 LPH. 3.2 El acuerdo preciso para introducir la innovación a los efectos del artículo 11.2 LPH. 3.3 La incorporación a la innovación por el disidente.—4. *En particular, las obras de accesibilidad.*—5. *El consentimiento del propietario afectado por la innovación.*—6. *El obligado al pago de la innovación.*—7. *Bibliografía.*

## 1. INTRODUCCIÓN

1. *Establecer el régimen jurídico general aplicable a las innovaciones de los inmuebles en propiedad horizontal, sea en los elementos comunes, sea respecto de los servicios generales con que los mismos cuentan, y tanto si son necesarias como si son útiles o simplemente suntuarias, es el objeto del artículo 11 LPH*<sup>1</sup>. Las innova-

---

<sup>1</sup> La STS 14.7.1992 (RJ 6293) (de la que fue ponente el Excmo. Sr. Martín-Granizo Fernández), diciendo hacerse eco de la doctrina, describe las innovaciones como «aquellas

ciones pueden comportar alteraciones físicas en el inmueble (como cuando consisten en una nueva instalación que las precise) o no (habrá servicios, de orden personal por ejemplo, cuya introducción no requiera obra alguna). Asimismo, y como podremos ver, no tienen por qué comportar una modificación del título constitutivo.

Sin perjuicio de la interpretación *a contrario* que cabe hacer de los dos primeros números del artículo 11 LPH, ambos apartados contemplan directamente las nuevas instalaciones, servicios o mejoras *no requeridos* para la adecuada conservación, habitabilidad, seguridad y accesibilidad del inmueble, según su naturaleza y características. No obstante, hay que tener en cuenta que, tras la reforma de la LPH por la Ley 8/1999, de 6 de abril, otras normas de la Ley especial (en particular, de su art. 17) contemplan y someten a un régimen diferente al del artículo 11.2 la introducción de servicios comunes de interés general y de determinadas innovaciones, lo que ha reducido sensiblemente el ámbito de aplicación del artículo 11.2 LPH.

Por otra parte, la reciente Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, ha incorporado al artículo 11 un nuevo número 3, que contempla específicamente las llamadas *obras de accesibilidad*, y, con ello, las innovaciones tendentes a facilitar o mejorar la accesibilidad del inmueble, en parte ya reguladas desde antes en el artículo 17.1.<sup>a</sup> LPH.

2. Lo que sea o no preciso para la *adecuada* conservación, habitabilidad, seguridad o accesibilidad del inmueble (la alusión a esta última cualidad ha sido introducida por la citada Ley 51/2003) se mide por referencia a la *naturaleza y características* del mismo, lo que obliga a ponderar las concretas circunstancias de cada caso. La referencia está justificada, pues no cabe duda que lo que en un inmueble puede considerarse simplemente útil o incluso superfluo, en otro puede estimarse necesario, dadas sus características; un ejemplo de ello lo ofrecían los servicios de vigilancia o la instalación de un ascensor, supuestos que en principio ya no están en el ámbito del artículo 11 LPH<sup>2</sup> porque, en virtud de la Ley 8/1999,

---

obras que alteran la situación preexistente de las cosas bien como estado de hecho bien de derecho, lo cual, proyectado sobre la PH, conduce a considerar como tales incluso aquellas obras que aun cuando dirigidas a la conservación del inmueble provocan un cambio en su estructura, sustancia, forma o destino de los elementos y partes comunes del mismo, siendo en todo caso conveniente e incluso en ocasiones necesarias para el más adecuado uso y disfrute del inmueble»; el Supremo apunta después las diversas formas de las innovaciones, distinguiendo en particular las «simplemente convenientes o necesarias» de las de lujo, e insiste en que necesidad y utilidad pueden coincidir cuando de innovaciones se trata.

Esta sentencia se halla comentada por MORO ALMARAZ, en *Poder Judicial*, núm. 29, 1993, pp. 133 ss., refiriéndose en particular al concepto de innovación en las pp. 138 ss.

<sup>2</sup> Tan sólo si su introducción no comportase modificación alguna del título constitutivo ni de los estatutos, cabría considerar sometidos dichos supuestos al artículo 11 LPH: *vid. infra*, epígrafe 3.2 de este estudio.

pasaron a contemplarse expresamente en el artículo 17.1<sup>a</sup>.II LPH<sup>3</sup>, pero cuya necesidad o no para la adecuada seguridad o habitabilidad del inmueble depende claramente de las concretas circunstancias de éste, tal y como, por otra parte, se ve en los casos resueltos por los tribunales bajo la normativa anterior a la citada reforma, y a los que en seguida aludiré.

La referencia a la naturaleza y características del inmueble ha sustituido a la que el antiguo artículo 10 LPH (precedente del actual art. 11) hacía al *rango* del mismo, antes de la reforma por Ley 8/1999. Al amparo de esta alusión al rango del inmueble, los tribunales tomaron en consideración tanto datos de orden objetivo, como, a veces también, circunstancias personales de los dueños de los departamentos, dependiendo su concreción del tipo de innovación en cuestión. Así, tratándose de la contratación de un servicio de vigilancia, se tomaron en cuenta la extensión y configuración de la finca, el grado de inseguridad ciudadana en la zona, la incidencia de la implantación de un sistema de vigilancia en la cesación de los hechos delictivos, antes habituales<sup>4</sup>, e incluso el nivel de las personas que formaban parte de la comunidad y su categoría profesional<sup>5</sup>; en relación con la introducción del servicio de portero automático, se consideraron atendibles la situación, condición y emplazamiento del edificio<sup>6</sup>; y para la instalación de un ascensor se valoró la altura del inmueble en relación, en su caso, con la inviolabilidad de alguno de sus ocupantes<sup>7</sup>. En la actual referencia a la

<sup>3</sup> La instalación de ascensor también puede quedar subsumida, en determinadas circunstancias, en el párrafo tercero del artículo 17.1.<sup>a</sup> LPH (*vid.* al respecto PÉREZ UREÑA, «La instalación novedosa...», pp. 409 y 410). Así lo apuntan, en relación con edificios habitados por personas de avanzada edad y con distintas discapacidades, las SSAP Guadalupe 4.7.2001 (AC 2001, 2155) y 22.1.2003 (JUR 2003, 45090) y SAP Asturias 27.3.2002 (AC 2002, 585), entre otras. En el mismo sentido, sólo que en relación con casos a los que aún no era aplicable la reforma de la LPH de 1999, cabe citar la STS 22.9.1997 (RJ 6820) y la SAP Madrid 11.2.2002 (JUR 2002, 132022); que aún fuera aplicable la antigua versión del artículo 16 LPH es importante, dado que en ella, si bien se regulaba la supresión de barreras en términos similares a los del actual artículo 17.1.<sup>a</sup>III –aunque exigiendo un mayor *quórum*–, en cambio, faltaba cualquier referencia explícita a la instalación del servicio de ascensor. Es precisamente la existencia, en la versión reformada en 1999, de esta referencia explícita en el segundo párrafo del artículo 17.1.<sup>a</sup> LPH, lo que lleva a la SAP Burgos 25.9.2001 (AC 2001, 2443) a sostener, en contra de lo apuntado en las sentencias de las Audiencias antes citadas, que la procedencia del ascensor se rige exclusivamente por ese párrafo segundo, al ser ésta norma especial que excluye la aplicación del párrafo tercero del artículo 17.1.<sup>a</sup>; esto es, que, en todo caso, debe acordarse por los dos tercios de los propietarios que representen los dos tercios de las cuotas, en lugar de por mayoría de propietarios y cuotas.

<sup>4</sup> SSAP Sevilla 5.7.1994 (AC 1994, 1236) y 16.2.1995 (AC 1995, 866).

<sup>5</sup> SAP Madrid 3.4.1993 (RGD 1993, p. 7399), relativa a la contratación de un servicio de vigilancia y limpieza de un garaje.

<sup>6</sup> SAP Cantabria 8.5.2000 (JUR 2000, 210738).

<sup>7</sup> *Vid.* la STS 22.9.1997 (RJ 6820), en la que el hecho de que en el inmueble viviera una persona con grave minusvalía se tiene en cuenta, no sólo para subsumir el acuerdo

naturaleza y características del inmueble hay quien ha visto la culminación del proceso de objetivación del concepto de «rango» del inmueble, lo cual debería suponer el abandono de la consideración de criterios subjetivos <sup>8</sup>; otros autores <sup>9</sup>, en cambio, no creen que nada sustancial haya variado, dado que el rango seguirá siendo una de las características a ponderar del edificio; eso sí, en la doctrina parece dominar la tesis de que es preciso *atender exclusivamente a criterios objetivos*.

De otro lado, la generalidad o vaguedad del adjetivo *adecuada* y de los sustantivos *naturaleza* y *características* empleados en el artículo 11.1 LPH –inevitable, por otra parte– hace que en ocasiones no sea nada fácil delimitar las innovaciones requeridas conforme al artículo 11.1 de las que no lo son. *V. gr.*, el cambio de las tuberías de plomo por otras de un material que no deje rastro de metal en el agua potable, ¿sería una innovación requerida para la seguridad del inmueble o, por el contrario, una mejora útil?; la instalación de gas ciudad en un edificio que sólo cuenta con gas butano, o la transformación de una parte del patio de la casa que está sin utilizar en aparcamientos para los vecinos en una zona en la que es muy difícil aparcar, ¿pueden considerarse innovaciones precisas para la habitabilidad del inmueble?; un último ejemplo –resuelto ya por el artículo 17.1.<sup>a</sup> II LPH– lo ofrecía la instalación de ascensor en fincas carentes de él y en las que no habitaran personas con discapacidades físicas, caso que planteaba, antes de la reforma de la LPH por Ley 8/1999, la duda acerca de cuántas plantas había de tener el edificio para que pudiera justificarse la necesidad del elevador desde la perspectiva de la habitabilidad del inmueble <sup>10</sup>.

No abundan todavía los pronunciamientos judiciales sobre esta materia y la interpretación que merecen los nuevos términos legales. Dado que el TS aún no ha podido manifestarse al respecto, conviene considerar las resoluciones de las Audiencias Provinciales. Así, especialmente significativa resulta la SAP Zaragoza

---

en el (antiguo) segundo inciso del artículo 16.1.<sup>o</sup> I LPH (precedente del actual artículo 17.1.<sup>o</sup> III), sino también para justificar, a los efectos del (antiguo) artículo 10 (hoy 11) y del consiguiente reparto de los gastos, que la innovación era necesaria y requerida para la adecuada habitabilidad del inmueble, «ya que se trata de un edificio de cuatro plantas y la normalidad de su disfrute por todos los inquilinos así lo impone». *Vid.* en sentido similar la SAP La Coruña 8.9.1998 (AC 1998, 1659).

<sup>8</sup> Así, *v. gr.*, ECHEVERRÍA SUMMERS, *Comentarios*, p. 326, y, parecidamente, DOMÍNGUEZ LUELMO, *La reforma*, pp. 243 y 244, PASTOR ÁLVAREZ, *La realización*, p. 53, nota 85, y VV. AA., *Las Comunidades*, p. 128.

<sup>9</sup> Como, por ejemplo, ESTRUCH y VERDERA, *La Junta*, pp. 153 y 154, o FUENTES-LOJO, *La Ley*, p. 356.

<sup>10</sup> A este respecto son bastante ilustrativos los datos normativos que aporta PÉREZ UREÑA, en «La instalación novedosa...», pp. 400 a 402.

za 6.6.2003 (JUR 2003, 172774), que toma claro partido a favor de la consideración de las circunstancias objetivas del inmueble; según la misma, una vez desterrada la expresión «según su rango», el artículo 11.1 LPH nos sitúa «ante un concepto claramente objetivo que debe atender a criterios eminentemente técnicos y arquitectónicos, no cabe aludir al entorno o ubicación del inmueble, ni menos a la condición social de los moradores de éste...»<sup>11</sup>. A los mismos criterios alude también la SAP Navarra 14.12.2000 (JUR 2001, 65661), conforme a la cual «las innovaciones necesarias son las encaminadas a conservar el edificio con arreglo a los progresivos adelantos de la arquitectura y tecnología de uso más frecuente en casas similares», siendo por ello compatibles con la aplicación de soluciones nuevas a los problemas que plantee el edificio; en la misma línea, la SAP Vizcaya 27.5.2002 (JUR 2002, 223204) (relativa, al igual que la anterior, a la rehabilitación de la fachada) mantiene que el empleo de una técnica constructiva y unos materiales más acordes con los tiempos actuales y superiores a los empleados originariamente no convierte en una mejora (no requerida) la obra que sea necesaria para garantizar la habitabilidad de la edificación<sup>12</sup>.

## 2. NUEVAS INSTALACIONES, SERVICIOS O MEJORAS REQUERIDOS PARA LA ADECUADA CONSERVACIÓN, HABITABILIDAD, SEGURIDAD O ACCESIBILIDAD DEL INMUEBLE, SEGÚN SU NATURALEZA Y CARACTERÍSTICAS

1. Como innovaciones necesarias a la vista de las concretas circunstancias del caso se han considerado, por ejemplo, aparte de los casos ya citados de instalación de ascensor o portero automáti-

---

<sup>11</sup> Con este argumento se negó que la mejora de los patios de entrada de un edificio de dos años de antigüedad fuera una obra necesaria, por más que su estado no guardara relación con la calidad de las viviendas, o con otros inmuebles del entorno.

Sin embargo, dicho entorno se apunta como uno de los datos a tener en cuenta por la SAP Vizcaya 17.9.2002 (AC 2002, 1958), si bien que circunscribiéndolo a los inmuebles similares al del caso; así, se mantiene que la instalación de un ascensor en una casa de siete plantas de una céntrica zona urbana, «en las que casi todas las de su entorno y de su antigüedad y las nuevas, de similares características, tienen incluido dicho servicio», constituye una «obra necesaria para que el inmueble reúna la habitabilidad que la época actual considera mínima en viviendas de parecidas características».

<sup>12</sup> La misma idea se apunta en otras sentencias, como la SAP Madrid 16.10.2002 (JUR 2003, 62665) (también sobre rehabilitación de fachada); según la misma, la mejora ha de suponer una innovación «que implique una reforma no necesaria, o incluso adecuada, a tenor de la evolución de la construcción a lo largo del tiempo».

co y contratación de un servicio de limpieza y/o vigilancia <sup>13</sup>, la colocación de puertas correderas y de un vallado para el cerramiento de un complejo <sup>14</sup>, la sustitución del sistema de calefacción <sup>15</sup> o de los antiguos elementos comunes de la misma <sup>16</sup>, la impermeabilización del tejado <sup>17</sup>, la rehabilitación o impermeabilización de la fachada <sup>18</sup>, el asfaltado de una carretera de acceso a una urbanización <sup>19</sup>, o el adecentamiento o reparación del portal o las escaleras cuando hay proporción entre los materiales originales y los empleados <sup>20</sup>.

2. Del artículo 11.1 LPH *a contrario* resulta que estas innovaciones *pueden ser exigidas por cualquiera de los propietarios* <sup>21</sup>, lo que está perfectamente justificado dado su carácter necesario para el inmueble <sup>22</sup>. Ahora bien, los propietarios no están

<sup>13</sup> A propósito de éste último *vid.*, aparte de las sentencias ya citadas, la SAP Pontevedra 15.4.1998 (AC 1998, 4864); y respecto de la instalación de ascensor, la SSAP Burgos 25.9.2001 (AC 2001, 2443) y 5.11.2001 (AC 2002, 113), SAP Oviedo 21.11.2001 (AJA núm. 518, ref. 518/19), SAP La Rioja 14.3.2002 (JUR 2002, 139850), SAP Asturias 27.3.2002 (AC 2002, 585), SSAP Barcelona 30.4.2002 (JUR 2002, 185609), 11.6.2002 (JUR 2002, 210874) y 23.12.2002 (JUR 2003, 107790), y SSAP Guadalajara 4.7.2001 (AC 2001, 2155) y 22.1.2003 (JUR 2003, 45090).

<sup>14</sup> STS 31.3.1995 (RJ 2796).

<sup>15</sup> *Vid.* la STS 19.1.1982 (RJ 306), respecto de un supuesto en el que el defectuoso estado de las primitivas calderas de carbón y la imposibilidad de encontrar otras parecidas justificaba la necesidad de sustituirlas por un nuevo sistema de calefacción de gasóleo; también la STS 17.6.2002 (RJ 5222).

<sup>16</sup> *Vid.* la STS 23.10.1995 (RJ 7103), en un caso en que el cambio venía impuesto por las disposiciones administrativas vigentes.

<sup>17</sup> SAP Madrid 24.4.2001 (JUR 2001, 189137).

<sup>18</sup> STSJ de Navarra de 29.6.1995 (RJ 5929), SAP Navarra 14.12.2000 (JUR 2001, 65661), SAP Vizcaya 27.5.2002 (JUR 2002, 223204) y SAP Madrid 16.10.2002 (JUR 2003, 62665). Según esta última, «la rehabilitación de fachadas no ha de conceptuarse como obra de mejora en principio, aunque ello tenga por objeto la mejor apariencia del edificio, ya que cuando se trata de que éste conserve o recupere la apariencia originaria ello ha de entenderse como inherente a la adecuada conservación del mismo...»; tampoco se puede considerar –de acuerdo con esta sentencia– «que sólo las obras imprescindibles para la conservación estricta del edificio han de reputarse como obras no encuadrables en el [antiguo] Artículo 10 de la LPH...».

<sup>19</sup> SAP Ávila 16.7.1998 (AC 1998, 1547).

<sup>20</sup> SAP Bilbao 3.2.1983 (citada por FUENTES-LOJO, *La Ley*, p. 357), SAP Cantabria 14.2.2002 (JUR 2002, 101726) y SAP Valladolid 20.2.2003 (JUR 2003, 85218).

<sup>21</sup> No pueden exigirlas a la comunidad quienes usen y disfruten de un piso o local por un título distinto (*v. gr.*, arrendamiento, usufructo o habitación), sin perjuicio de que puedan hacer valer frente a aquél de quien derive su título los derechos que resulten de la relación mediante entre ambos (*vid.* en particular los arts. 1554.2.º CC y 21 LAU para los casos de arrendamiento).

<sup>22</sup> El artículo 11 LPH no contempla innovaciones en la finca que puedan ser necesarias o útiles exclusivamente para uno de los copropietarios, ni, en consecuencia, legítima a ninguno de ellos para exigirlas. Así lo destaca la STS 27.12.1983 (RJ 7006), en un caso en el que uno de los propietarios había, entre otras cosas, abierto un hueco en la pared mediana para comunicarla con su piso y una buhardilla; la demanda de la comunidad exigiendo el cierre del hueco, aparte de otros pedimentos, fue estimada; en su recurso de casación contra la sentencia de instancia, el demandado adujo violación del (anterior) artículo 10.I (hoy, 11.I) LPH, porque, no perjudicando la obra al edificio ni a ningún copropietario, entendía que podía impetrarse ante los tribunales la autorización de la comunidad. El

individualmente legitimados para realizar por sí solos la innovación, siendo esta decisión competencia de la junta. Ni siquiera las reparaciones urgentes pueden ser verificadas unilateralmente por los condueños<sup>23</sup>, que deben limitarse a comunicárselas al administrador (art. 7.1.II LPH); es éste quien puede disponerlas, dando inmediata cuenta de ellas al Presidente o, en su caso, los propietarios [art. 20.c) LPH], y es a la junta a quien corresponde aprobar la ejecución de todas las obras de reparación de la finca, sean ordinarias o extraordinarias [art. 14.c) LPH].

Una vez que uno o varios propietarios exigen una nueva instalación o servicio al amparo del artículo 11.1 LPH, la junta habría de tomar el correspondiente acuerdo conforme a las reglas previstas al efecto en el artículo 17 LPH. El problema surge si no se da el *quórum* preciso para la adopción del acuerdo, porque entonces hay que preguntarse si cabe exigir judicialmente la innovación que sea requerida por la naturaleza y características del inmueble<sup>24</sup>. Parece que así habrá de ser cuando se trate de obras necesarias para el adecuado sostenimiento y conservación del inmueble subsumibles en el supuesto de hecho del artículo 10 LPH; entonces la comunidad está obligada a realizarlas

---

Supremo rechaza el motivo destacando que «el artículo 10... no puede amparar la apertura del hueco, dado que viene referido únicamente a nuevas instalaciones, servicios o mejoras dirigidas o encaminadas a mejorar las condiciones de habitabilidad del inmueble, en orden a su utilidad o comodidad, pero siempre atinente a las cosas comunes del inmueble, pero no a aquellas que se orientan a lo que siendo elemento común trata de privatizarse, en beneficio exclusivo de un copropietario, que al entrañar... una modificación del título constitutivo, requiere la unanimidad de los propietarios...».

<sup>23</sup> Así lo subrayan las SSTS 18.6.1986 (RJ 3572) y 24.2.1996 (RJ 1590); esta última sentencia enumera las obras no permitidas a los propietarios y tras incluir entre ellas «incluso las reparaciones urgentes en el edificio», añade: «tampoco puede, ni siquiera “exigir”, y cuando menos ejecutar por su cuenta, obras consistentes en nuevas instalaciones, servicios o mejoras no requeridos por la adecuada conservación y habitabilidad del inmueble “según su rango”; luego sí le cabe “exigir” esas innovaciones cuando lo requieran esas conservación o habitabilidad... según su artículo 10.1º...»; nótese que, en este último caso, el Supremo se abstiene de decir que las obras puedan ser ejecutadas por su cuenta por los propietarios. *Vid.* también VV. AA., *Comunidades*, p. 214.

*Cfr.* artículo 395 CC, respecto de la comunidad de bienes, a cuyo respecto puede consultarse MIGUEL GONZÁLEZ, *Comentario*, pp. 1078 a 1080.

<sup>24</sup> Entiende que sí ECHEVERRÍA SUMMERS, *Comentarios*, pp. 324 y 325; FUENTES-LOJO (*La Ley*, p. 359), para quien estos acuerdos han de adoptarse por mayoría, estima que, en su defecto, cabría acudir al procedimiento de equidad previsto en el último párrafo del artículo 17.3.º LPH; PASQUAU LIAÑO («La protección...», p. 1063), por su parte, admite que las innovaciones pueden precisar la unanimidad –así, las que afecten al título constitutivo o a los estatutos–, en cuyo caso la oposición de un solo propietario impide la nueva instalación, «salvo que... sea necesaria para “la adecuada conservación y habitabilidad del inmueble, según su rango” (arg. art. 10 de la LPH, “a contrario”)» (hoy, art. 11.1).

CARRASCO PERERA (*Comentarios*, pp. 508 y 509) parece ir en otra línea al afirmar que «ni tan siquiera cabe deducir de la expresión legal (ni existen pronunciamientos jurisprudenciales que lo abonen) del artículo 11.1 que *cualquier* propietario pueda exigir al margen de la regla de la unanimidad que se instalen los servicios o mejoras que son requeridos para la adecuada conservación del inmueble» (y comporten una alteración del inmueble o los elementos comunes).



(art. 10.1 LPH) (y, consiguientemente, todos sus integrantes obligados a costearlas), por lo que, aparte de podersele exigir indemnización de los daños y perjuicios derivados de su incumplimiento, y de que la autoridad municipal puede llegar a ordenar la ejecución subsidiaria de las obras por los técnicos municipales <sup>25</sup>, el cumplimiento de dicha obligación ha de poderse exigir ante los tribunales por cualquier copropietario en caso de que la junta se oponga a ello o no haga nada al respecto (quizá por considerar que las obras no son necesarias: v. art. 10.4 LPH) <sup>26</sup>; no bastará entonces con impugnar el acuerdo de no actuar adoptado por la junta, pues aunque el mismo fuera declarado nulo no se alcanzaría la finalidad pretendida, que es que la comunidad lleve a cabo las obras necesarias de conservación; para esto debe haber una explícita condena judicial. Lo mismo ocurriría si el acuerdo en cuestión fuera impugnado conforme al artículo 18.1.b) LPH, por resultar gravemente lesivo a los intereses de la comunidad en beneficio de uno o varios copropietarios (v. gr., no se acuerda el cambio del sistema de calefacción con que cuenta el edificio, pese a ser ya completamente obsoleto, porque se encarga de su mantenimiento la empresa de uno de los condueños).

Mas la innovación precisa conforme al artículo 11.1 LPH puede no ser subsumible en el artículo 10 LPH, por no venir impuesta por ninguna norma. Piénsese, por ejemplo, en un cambio del gastado mobiliario del portal, que deba considerarse necesario dadas las características del inmueble, y que no obtenga el refrendo de la mayoría precisa conforme al artículo 17.3.<sup>a</sup> LPH; en obras de adecentamiento del portal necesarias para mantener el rango del inmueble; o en la instalación de elementos de cierre del terreno que circunda el o los edificios de una comunidad, requerida por razones de seguridad. En la práctica, ante decisiones precisadas de unanimidad y respaldadas sólo por la mayoría, los tribunales han utilizado diversos recursos –no sólo en materia de innovaciones o de innovaciones necesarias, sino en general– para superar el

---

<sup>25</sup> Vid. al respecto ECHEVERRÍA SUMMERS, *Comentarios*, pp. 312 y 313, y PRATS ALBERTOSA, «El deber...», pp. 70 ss.

<sup>26</sup> Ya antes de que pudiera aplicarse la Ley 8/1999, que plasma explícitamente en el artículo 10 LPH la obligación de que estamos tratando, el TS había reconocido la obligación de la comunidad de propietarios al mantenimiento constante de los elementos comunes en estado de servir para la finalidad que les sea propia (STS 11.2.1985 [RJ 545]) y de efectuar las obras de reparación y conservación precisas para evitar daños (SSTS 24.7.1999 [RJ 6097] y 1.7.2000 [RJ 6876]).

En sentido similar se pronunció la sentencia del TSJ de Navarra de 29.6.1995 (RJ 5929), que además de reconocer la obligación de una comunidad a realizar las obras precisas para impermeabilizar la fachada, aunque pudieran suponer innovaciones, lo justifica destacando que, conforme al (antiguo) artículo 10 (actual art. 11) LPH, las mismas «pueden ser exigidas por un propietario cuando, como en el caso de autos, son requeridas para la adecuada conservación o habitabilidad del inmueble...».

inconveniente de la falta de *quórum* y dar por válido el acuerdo, bien intentando justificar que la decisión en cuestión no precisaba de unanimidad <sup>27</sup>, bien estimando abusiva la oposición de la minoría a la decisión mayoritaria <sup>28</sup>, o bien considerando la falta de unanimidad un defecto subsanable si el acuerdo no era impugnado en el plazo de 30 días previsto en el antiguo artículo 16.4.<sup>a</sup> II LPH para los acuerdos contrarios a la Ley <sup>29</sup>. Pero, dejando al margen

---

<sup>27</sup> *Vid.*, v. gr., sobre la instalación de ascensores (sujeta en principio, antes de la reforma de la LPH por Ley 8/1999, al régimen de unanimidad del antiguo artículo 16.1), las SSTS 13.7.1994 (RJ 6435) y 5.7.1995 (RJ 5463); ambas se basan en una supuesta interpretación sociológica y teleológica del citado precepto para estimar suficiente el acuerdo mayoritario (de esta doctrina se hace eco también la STS 22.11.1999 [RJ 8223], comentada por PÉREZ UREÑA en «La instalación del...»). Otras sentencias del TS (como las de 7.7.1989 [RJ 5431] y 15.2.1992 [RJ 1265]), en cambio, no dudaron en exigir la unanimidad para acuerdos del mismo tipo, dado que se trataba de una innovación que comportaba la alteración de elementos comunes.

Otro ejemplo, ya apuntado, lo ofrece el cerramiento del terreno de la comunidad; el Supremo ha tenido que pronunciarse en diversas ocasiones acerca de la validez o no del acuerdo mayoritario adoptado al respecto, al ser éste impugnado por los propietarios de locales ubicados en las plantas bajas de los edificios o dentro de urbanizaciones, que se consideraban perjudicados por la medida. Algunas sentencias no han dudado en exigir para su adopción la unanimidad, al entender que las obras afectaban a un elemento común y al título constitutivo, y que, aunque el cerramiento tuviera puertas abiertas, perjudicaba a los propietarios de los locales en la medida en que alejaba a potencial clientela, por todo lo cual no podía imponerse el deseo de los copropietarios de proteger la seguridad del conjunto (así, las SSTS 2.4.1993 [RJ 2984] y 30.1.1996 [RJ 542]; *vid.* también la STS 26.6.1998 [RJ 5018], que he comentado en «Los acuerdos...», pp. 405 ss.). Por contra, en otras ocasiones el Supremo ha considerado que se trataba de una innovación que podía acordarse válidamente por mayoría dado que, aunque supusiera obras en elementos comunes, las mismas no afectaban al título ni alteraban ningún elemento común, quedando fuera del ámbito de los (antiguos) artículos 11 y 16.1.<sup>a</sup> LPH (hoy, arts. 12 y 17.1.<sup>4</sup>); en este sentido se han pronunciado, aparte de la STS 19.11.1996 (RJ 7923) (en cuyo caso la doctrina expuesta parecía justificada, porque no se trataba de una instalación nueva, sino de la modificación de un sistema de cerramiento anterior), las SSTS 12.4.1989 (RJ 3004), 5.12.1989 (RJ 8797) (insistiendo ambas en que la finalidad de la medida era proteger la seguridad de personas y bienes), 31.3.1995 (RJ 2796) (que califica las obras de necesarias) y 3.3.2003 (RJ 2160). Aunque esta última sentencia subraya la importancia que tiene el tipo de cerramiento que se pretenda instalar a la hora de determinar el quórum preciso para acordarlo, lo cierto es que casos que parecen muy similares (al menos partiendo de los datos que proporcionan las sentencias) se han resuelto de forma notoriamente distinta; así, de la instalación de una valla se trataba tanto en la STS 2.4.1993 como en el de la STS 12.4.1989; tanto la STS 26.6.1998, de un lado, como las SSTS de 5.12.1989, 31.3.1995 y 3.3.2003, de otro, versan sobre acuerdos para la colocación de puertas en los accesos (además de vallas, en los dos últimos casos); y tampoco parece mediar gran diferencia entre el muro con celosía de 2 metros de alto al que se refiere la STS 30.1.1996, y la valla de mampostería y alamburada, de idéntica altura, de la STS 31.3.1995.

<sup>28</sup> *Vid.* STS 14.7.1992 (RJ 6293), respecto de la construcción de un estacionamiento subterráneo en el subsuelo de un conjunto urbanístico, que el mismo TS calificó de innovación útil.

<sup>29</sup> *Vid.*, entre muchas, la STS 2.4.1990 (RJ 2686), respecto de un acuerdo mayoritario para la instalación en el patio del edificio de los elementos necesarios para el servicio de calefacción; o la STS 26.6.1998 (RJ 5018), a propósito de la instalación de una puerta automática en la entrada a una urbanización, que impedía el acceso libre a la misma.

En general sobre el tipo de defecto que aqueja a las decisiones comunitarias faltas de la necesaria unanimidad, me remito a mi trabajo *De nuevo sobre la impugnación de los acuerdos comunitarios en el régimen de la propiedad horizontal*, Valencia, 2004.

estos supuestos, cuando la falta del *quórum* preciso para introducir la innovación requerida sea inapelable, ¿podrá cualquiera de los propietarios exigir judicialmente que se declare el derecho a llevar a cabo la mejora? A favor de una respuesta afirmativa cabría aducir que la exigibilidad de la que habla el artículo 11.1 LPH carecería de virtualidad si no pudiera hacerse valer ante los tribunales en caso de oposición o pasividad del resto de la comunidad <sup>30</sup>.

3. De lo que no cabe duda es de que, una vez que se acuerde válidamente llevar a cabo una innovación requerida para la adecuada conservación, habitabilidad, seguridad o accesibilidad del inmueble, *todos los copropietarios, también los disidentes, están obligados a contribuir económicamente a los gastos derivados de su realización y, en su caso, su mantenimiento. Ello, con independencia de cuál sea su coste* <sup>31</sup>; y es que, dado que este dato sólo se tiene en cuenta en el artículo 11.2 LPH respecto de mejoras no exigibles, la interpretación *a contrario* de esta regla permite sostener que cuando se adopten válidamente acuerdos para realizar innovaciones exigibles a tenor del número 1 del artículo 11, el disidente sí estará obligado a sufragarlas, aunque su cuota de instalación supere el límite de las tres mensualidades fijado en el artículo 11.2 LPH <sup>32</sup>. Lo mismo resulta del artículo 9.1.e) LPH, en cuanto estamos ante gastos generales para el adecuado sostenimiento del inmueble <sup>33</sup>. Es ésta una diferencia esencial entre las

---

<sup>30</sup> Mas, aunque así se admitiera, quedaría aún por resolver la cuestión de quién estaría obligado a satisfacer los gastos generados: ¿los que instaron el reconocimiento judicial del derecho a introducir la innovación o toda la comunidad?

<sup>31</sup> Así lo admite pacíficamente la doctrina: *vid., v.gr.*, ECHEVERRÍA SUMMERS, *Comentarios*, p. 327, ESTRUCH y VERDERA, *La Junta*, p. 155, LÓPEZ PÉREZ, «Régimen...», pp. 1573 y 1574, MARTÍNEZ ATIENZA, *La Ley*, p. 149, y PASTOR ÁLVAREZ, *La realización*, p. 54.

<sup>32</sup> En este sentido, *vid., v. gr.*, las SSAP Burgos 25.9.2001 (AC 2001, 2443) y 5.11.2001 (AC 2002, 113) y SAP Vizcaya 17.9.2002 (AC 2002, 1958); no obstante, hay que subrayar que las tres sentencias se refieren a casos de instalación de ascensor, casos en los que, en mi opinión, y tal y como trato de demostrar más adelante, la obligación de todos los copropietarios al pago resulta del último párrafo del artículo 17.1.ª LPH y no del artículo 11 LPH.

La afirmación del carácter necesario de la innovación es, por lo dicho, lugar común en las sentencias que reconocen la obligación de todos los condueños de contribuir a su pago; en este sentido, y entre las más recientes, cabe citar la STS 23.10.1995 (RJ 7103), SAP Navarra 14.12.2000 (JUR 2001, 65661), SSAP Madrid 24.4.2001 (JUR 2001, 189137) y 16.10.2002 (JUR 2003, 62665), SAP Cantabria 14.2.2002 (JUR 2002, 101726) (en este caso, la junta había aprobado reparar portales y huecos de escaleras con un material mucho más costoso que el original –mármol en lugar de piedra artificial–, por lo que la Audiencia estimó la obligación de los disidentes de pagar lo que costaría la reparación –que era necesaria– en material semejante al existente antes) y SAP Valladolid 20.2.2003 (JUR 2003, 85218).

<sup>33</sup> En este sentido, *vid.* STS 22.9.1997 (RJ 6820), SAP Cantabria 8.5.2000 (JUR 2000, 210738) (las dos sentencias invocan el antiguo artículo 9.5.ª LPH, precedente del actual artículo 9.1.e) LPH en el punto que ahora interesa) y SAP Vizcaya 27.5.2002 (JUR 2002, 223204).

nuevas instalaciones, servicios o mejoras exigibles conforme al artículo 11.1 LPH y el régimen general aplicable a las no exigibles, a las que en seguida paso a referirme; después se expondrá el régimen particular de las obras de accesibilidad.

### 3. NUEVAS INSTALACIONES, SERVICIOS O MEJORAS NO REQUERIDOS PARA LA ADECUADA CONSERVACIÓN, HABITABILIDAD O SEGURIDAD DEL INMUEBLE, SEGÚN SU NATURALEZA Y CARACTERÍSTICAS

Se trata de innovaciones no necesarias pero o bien útiles o bien suntuarias o de lujo, con las que se pretende mejorar la habitabilidad del inmueble <sup>34</sup>.

#### 3.1 EL COSTE DE LA INNOVACIÓN Y SU REPERCUSIÓN EN LA OBLIGACIÓN DE CONTRIBUIR A SU PAGO DE ACUERDO CON EL ARTÍCULO 11.2 LPH

Según lo dispuesto en el apartado primero del artículo 11 LPH, ningún propietario puede exigir innovaciones no requeridas para la adecuada conservación, habitabilidad, seguridad o accesibilidad del inmueble, según su naturaleza y características, y, como destaca la STS 24.2.1996 (RJ 1590), menos aún ejecutarlas por su cuenta. Su introducción debe ser válidamente acordada en junta <sup>35</sup>, y aun cuando así sea, el artículo 11.2 LPH prevé que si su importe supera ciertos límites, los propietarios disidentes no estarán obligados a contribuir a los gastos que comporte la mejora (siempre que no se trate de una obra de accesibilidad <sup>36</sup>). El objetivo de la norma es <sup>37</sup> dar una solución a los casos en que no todos, pero sí la mayoría de los propietarios desean introducir una innovación útil o incluso de mero recreo en la finca, posibilitando su realización aun con la oposición de los propietarios en minoría; a cambio, éstos sólo estarán obligados a contribuir a los gastos generados cuando

<sup>34</sup> Vid. STS 23.3.1991 (RJ 2435). Así también FUENTES-LOJO, *La Ley*, p. 360.

<sup>35</sup> A este respecto *vid. infra*, epígrafe 3.2.

<sup>36</sup> En efecto, fuera del ámbito de aplicación del artículo 11.2 LPH quedan *las obras de accesibilidad*, que, tras la reciente reforma del artículo 11 LPH por la Ley 51/2003, se contemplan específicamente en el nuevo número 3 del citado artículo (aparte de, como se verá, en otros preceptos); por ello su análisis se desarrolla por separado, en el epígrafe 4 de este artículo.

<sup>37</sup> Vid. ECHEVERRÍA SUMMERS, *Comentarios*, pp. 322 y 323, y PASQUAU LIAÑO, «La protección...», p. 1064.

la cuota de instalación no exceda del importe de tres mensualidades ordinarias de gastos comunes (art. 11.2 LPH)<sup>38</sup>. Por tanto, si mensualmente se está pagando una derrama para un fin particular, ésta no deberá tenerse en cuenta al calcular el límite del que estamos hablando, que se ha de circunscribir a los gastos comunes fijos que el disidente deba pagar durante tres meses; esta cantidad es la que debe compararse con la que le correspondería abonar si el coste de la innovación se repartiera entre todos conforme a sus respectivas cuotas de participación o conforme a lo que la comunidad tuviera pactado respecto de los gastos generales [art. 9.1.e).I LPH]. A partir de ahí, cabe distinguir dos situaciones:

1.<sup>a</sup>) *Si la cuota de instalación de la mejora supera el límite de las tres mensualidades* (y supuesto que no se trate de una obra de accesibilidad), el disidente no sólo no está obligado a pagar aquélla sino que tampoco deberá contribuir al abono de los gastos que posteriormente genere, puesto que, como reza el artículo 11.2.I LPH, no puede modificarse su cuota (en los gastos comunes, se entiende). Todo ello, según el mismo precepto en su inciso final, aun en el supuesto de que no pudiera privársele de la mejora; en este caso, el o los propietarios disidentes podrán disfrutar de la ventaja sin tener que contribuir en nada a sus costes<sup>39</sup>. Esto comporta una excepción a la regla general plasmada en el artículo 9.1.e).I LPH, en el sentido de que todo copropietario está obligado a contribuir a los gastos generales para el adecuado sostenimiento del inmueble, *sus servicios, cargas y responsabilidades que no sean susceptibles de individualización*; si la nueva instalación o el nuevo servicio pasan a ser un elemento o un servicio común (arg. art. 17.2.<sup>o</sup>III LPH) no susceptible de individualización, los gastos que genere su mantenimiento deberían considerarse generales<sup>40</sup> y obligar a todos

---

<sup>38</sup> Con la reforma de esta norma por la Ley 8/1999 se han recortado las posibilidades de exoneración del disidente, pues antes bastaba a tal fin con que la cuota de instalación superara el importe de una mensualidad ordinaria.

<sup>39</sup> De ahí que este supuesto sea señalado por PASQUAU LIAÑO («La protección...», pp. 1068 y 1069) como uno de los que más se presta al ejercicio abusivo del derecho a la disidencia. Por eso mismo, hay quien entiende que, en estos casos en que no es posible privar del disfrute de la mejora, se debería haber previsto la posibilidad de exigir al disidente, como máximo, el importe de tres mensualidades (es la opinión de DOMÍNGUEZ LUELMO, *La reforma*, p. 248). El principal obstáculo que, a mi modo de ver, se opone a esta propuesta es que sin duda hay innovaciones que pueden no complacer en absoluto al disidente, de manera que el supuesto «disfrute» de las mismas no es precisamente una fuente de satisfacciones para él: piénsese, por ejemplo, en la instalación de elementos decorativos en zonas comunes con unos criterios estéticos que disgusten profundamente al copropietario que se opuso a ello.

<sup>40</sup> Acerca de la cuestión de si los gastos derivados de innovaciones no exigibles pueden o no considerarse gastos generales, *vid.* ECHEVERRÍA SUMMERS, «Comentario a la STS 26.3.1999», pp. 1021 a 1023.

los copropietarios, cosa que, sin embargo, no sucede si se dan las circunstancias previstas en el artículo 11.2 LPH y a las que acabo de aludir (de ahí la salvedad que hace el artículo 9.2 *i.f.* LPH).

Serán entonces los propietarios que no disintieron del acuerdo para introducir la mejora quienes deban repartir entre sí los gastos para su realización y mantenimiento, lo que deberán hacer –en defecto de acuerdo en otro sentido [art. 9.3.e).I LPH]– conforme a sus respectivas cuotas de participación en los gastos comunes, aunque aumentadas –para suplir a los disidentes– en proporción a los porcentajes que las mismas representen.

En esta situación hay que preguntarse *qué derecho ostentan respecto de la innovación los disidentes que quedan exonerados de los gastos, y en qué medida pueden participar en la toma de decisiones relativas a ella*. Respecto de la primera cuestión, las opiniones doctrinales van desde considerar que son copropietarios de la mejora, por tener ésta el carácter de un elemento común (por aplicación analógica del artículo 17.2.ªIII LPH)<sup>41</sup>, hasta entender que simplemente tienen un derecho de uso sobre ella cuando no pueda privárseles del mismo<sup>42</sup>, pasando por tesis intermedias que distinguen según que la obra tenga o no cierta autonomía, para considerarla objeto de condominio sólo cuando no la tenga por suponer la mejora de cosas ya preexistentes<sup>43</sup>.

En mi opinión, hay que partir de que la innovación constituye un elemento común; desde esta perspectiva, los disidentes podrán tomar parte, en principio, en las decisiones que versen sobre ella. Eso sí, si se trata de reglamentar su uso y por las características de la mejora el disidente no tiene acceso a ella, su exclusión de la adopción del acuerdo podría justificarse por la falta de un interés legítimo, solución que sería coherente con el hecho mismo de que la ley permita excluirle de su uso y disfrute cuando ello sea posible<sup>44</sup>. Cuando de lo que se trata es de retirar la mejora, se ha señalado<sup>45</sup> que el disidente no se puede oponer a ello, porque ya antes se manifestó en contra de su introducción, e iría contra sus propios actos si después defendiera su mantenimiento; desde mi punto de vista, la cuestión no es clara porque lo cierto es que la LPH exige la unanimidad para cualquier alteración de un elemento común

<sup>41</sup> ECHEVERRÍA SUMMERS, *Comentarios*, pp. 330 y 331.

<sup>42</sup> ZANÓN MASDEU, *La propiedad*, pp. 380 y 381.

<sup>43</sup> Así, FUENTES-LOJO, *La Ley*, p. 363, y, parecidamente, PASTOR ÁLVAREZ, *La realización*, nota 89, p. 57.

<sup>44</sup> *Vid.* al respecto ECHEVERRÍA SUMMERS, *Comentarios*, p. 330, y FUENTES-LOJO, *La Ley*, p. 364.

<sup>45</sup> Así, *v. gr.*, ECHEVERRÍA SUMMERS, *Comentarios*, p. 331, y FUENTES-LOJO, *La Ley*, p. 364.

(art. 12 en relación con el art. 17.1.<sup>ª</sup> LPH), y también hay que tener en cuenta que la supresión de la mejora puede comportar de nuevo obras e incomodidades para todos los vecinos.

Por último, es preciso determinar qué debe entenderse por «*disidente*» en el artículo 11.2 LPH. Refiriéndose al antiguo artículo 10 LPH, el TS mantuvo en su sentencia de 10.6.1981 (RJ 2519) que a tal fin era preciso que el propietario manifestara en junta su disconformidad con el acuerdo y, además, que lo impugnara después judicialmente <sup>46</sup>. En mi opinión, sin embargo, no es preciso el requisito de la impugnación cuando quien asiste a la junta vota en contra del acuerdo; es más, puede que el acuerdo no sea impugnabile, por no estar en ninguno de los casos previstos a tal fin en el artículo 18 LPH, lo que no impide votar en contra del mismo a cualquier propietario que no esté conforme con la innovación que se pretende realizar <sup>47</sup>. Lo que no ofrece dudas es que no puede considerarse disidente a los efectos del artículo 11.2 LPH a quien se abstiene, vota en blanco, o vota nulo en la junta.

Antes de analizar *cómo han de manifestar la disidencia quienes no asistan a la junta*, hay que señalar –aunque sea adelantando cuestiones que se verán más adelante– que los acuerdos válidamente adoptados de los que parte el artículo 11.2 LPH no pueden ser los sujetos a las normas de la regla 1.<sup>ª</sup> del artículo 17 LPH, sino los que pueden tomarse por mayoría simple conforme a la regla 3.<sup>ª</sup> del mismo artículo. De ahí que sólo respecto de estos últimos debamos plantearnos la cuestión apuntada <sup>48</sup>. Partiendo de aquí, es claro que cuando el acuerdo favorable a una innovación obtiene el respaldo de esa mayoría en junta y es comunicado después a los que no asistieron, el silencio de éstos no podrá considerarse como voto a favor <sup>49</sup>; pero es lógico que puedan hacer constar su disidencia de alguna manera, precisamente a los efectos del artículo 11.2; a tal fin –y sólo a éste– cabría acudir a una aplicación analógica del artículo 17.1.<sup>ª</sup>IV LPH, para considerar disidente a quien manifieste su discrepancia por comunicación al secretario de la comunidad en

<sup>46</sup> En esta línea, también se expresan, entre otras, la SAP Madrid 3.4.1993 (RGD 1993, p. 7399) y SSAP Sevilla 5.7.1994 (AC 1994, 1236) y 16.2.1995 (AC 1995, 866). Parece compartir este criterio PASTOR ÁLVAREZ, *La realización*, pp. 55 y 56.

<sup>47</sup> En este sentido se pronuncian también CARRASCO, CORDERO y GONZÁLEZ, *Derecho*, p. 584, DOMÍNGUEZ LUELMO, *La reforma*, p. 247 y ECHEVERRÍA SUMMERS, *Comentarios*, pp. 329 y 330; este último autor señala que la impugnación judicial sólo sería precisa cuando la junta hubiera calificado las obras de necesarias, con la consiguiente obligación de todos de contribuir a los gastos; y ello porque si este acuerdo no se impugna en plazo, surtirá todos sus efectos en sus propios términos.

<sup>48</sup> *Vid.*, sin embargo, ECHEVERRÍA SUMMERS, *Comentarios*, p. 330.

<sup>49</sup> Lo mismo, naturalmente, que si se les notifica como acuerdo válidamente adoptado una decisión respaldada por algunos propietarios que no llegan a integrar la mayoría requerida por el artículo 17.3.<sup>ª</sup> y que, por tanto, no es un verdadero acuerdo.

el plazo de 30 días naturales desde que hubiera sido informado del acuerdo; si esta vía permite hacer constar el voto contrario a un acuerdo a los efectos del cómputo del *quórum* exigido en las distintas reglas del artículo 17.1.<sup>a</sup> LPH, no se ve por qué no ha de valer también para manifestar la disidencia a los efectos del artículo 11.2 LPH<sup>50</sup>. Por último, tal disidencia es clara cuando el que no asistió a la junta impugna judicialmente el acuerdo conforme al artículo 18 LPH.

2.<sup>a</sup>) *Si la cuota de instalación de la innovación no exigible no supera el límite de las tres mensualidades*, todos los propietarios, disidentes o no, estarán obligados a contribuir a su pago y al de los gastos de mantenimiento en proporción a su cuota en los gastos generales [art. 9.3.e).I LPH].

Es opinión muy extendida<sup>51</sup> que ese límite debe entenderse vigente por anualidades, de modo que, una vez que un disidente haya satisfecho, por una o por varias innovaciones no exigibles, un importe equivalente a tres mensualidades de gastos ordinarios, no podrá exigírsele nada más por otras innovaciones del mismo tipo, aunque su coste individual no supere ese límite, hasta que comience una nueva anualidad. De otro modo la mayoría podría verse tentada a, por ejemplo, acordar a lo largo de un año, como si fueran varias innovaciones cuyo coste individual se mantiene dentro del límite legal, lo que en realidad son partes de una sola de coste superior, para obligar así al disidente a contribuir en una medida que, al final, sobrepasaría el límite de las tres mensualidades.

### 3.2 EL ACUERDO PRECISO PARA INTRODUCIR LA INNOVACIÓN A LOS EFECTOS DEL ARTÍCULO 11.2 LPH

1. La innovación no exigible debe ser válidamente acordada en junta; en este punto, el artículo 11.2 LPH remite implícitamente al artículo 17 LPH, que es el que establece el *quórum* preciso para cada tipo de acuerdo. De ahí que debamos analizar los diversos supuestos contemplados en esta norma, para poder determinar cuál

---

<sup>50</sup> FUENTES-LOJO (*La Ley*, p. 363) va aún más lejos y entiende que hay que considerar disidente al que no hubiera asistido a la junta aunque se le hubiera notificado el acuerdo y no lo hubiera impugnado (por tanto, sin necesidad siquiera de expresar su discrepancia por la vía que acabo de apuntar), salvo que de forma tácita revele su consentimiento (por ejemplo, usando la nueva instalación, o pagando sus cuotas).

<sup>51</sup> Defendida, por ejemplo, en relación con el antiguo artículo 10.II LPH, por BATTLE VÁZQUEZ, *La propiedad*, p. 126 y DÍAZ MÉNDEZ, «Derechos...», p. 75, y ya respecto del actual artículo 11.2 LPH, por DOMÍNGUEZ LUELMO, *La reforma*, pp. 246 y 247, FUENTES-LOJO, *La Ley*, pp. 367 y 368, o LOSCERTALES FUERTES, *Propiedad*, p. 155.



de los regímenes que establece es el aplicable a los acuerdos para realizar innovaciones no exigibles a los que se refiere el artículo 11.2. No obstante, antes conviene destacar cómo en la versión originaria de la LPH únicamente se distinguía entre acuerdos a adoptar por unanimidad y por mayoría simple (conforme, respectivamente, a las reglas 1.<sup>a</sup> y 2.<sup>a</sup> del antiguo art. 16), de manera que era bastante claro que los acuerdos a que se refería el antiguo artículo 10.II eran los que podían tomarse por mayoría según el artículo 16.2.<sup>a</sup>, pues sólo en tal caso podía haber los disidentes a los que se refería el artículo 10<sup>52</sup>. La Ley 3/1990 primero y, sobre todo, la Ley 8/1999 después, han complicado la cuestión al diversificar las reglas de adopción de acuerdos y multiplicar los casos en los que puede haber disidentes. De ahí la necesidad de establecer claramente la relación que media entre los artículos 11 y 17 LPH<sup>53</sup>.

2. El primer párrafo del artículo 17.1.<sup>a</sup> LPH comienza exigiendo, por regla general, la unanimidad para la validez de los acuerdos que comporten aprobación o modificación de las reglas del título constitutivo o de los estatutos. Pues bien, si la mejora pretendida se hallara en este caso cabrían dos posibilidades: o bien es acordada por unanimidad, en cuyo caso no habría cuestión alguna (estando todos conformes, todos deberían costearla), o bien uno o varios propietarios disienten, lo que determinaría la falta de un acuerdo válidamente adoptado, por lo que la mejora no podría llevarse a cabo<sup>54</sup>, a no ser que la oposición de la minoría pudiera

<sup>52</sup> En este sentido destacaba la STS 23.3.1991 (RJ 2435): «... con arreglo al... [art. 10 LPH] basta el acuerdo de la mayoría para la realización de innovaciones u obras útiles que, sin infringir los... [arts. 11 y 16.1.<sup>a</sup> (hoy 12 y 17.1.<sup>a</sup>) LPH], contribuyan a la mejor habitabilidad del inmueble»; y la STS 15.2.1992 (RJ 1265), refiriéndose a la instalación de un ascensor, señalaba que no se hallaba sometida al régimen «de simple mayoría establecido para mejoras prevenido en la norma segunda del artículo 16 [hoy, art. 17.3.<sup>a</sup>], puesto en relación con el 10 [actual 11]...».

<sup>53</sup> El artífice de la reforma de 1999 fue consciente de esta necesidad y a lo largo del *iter* legislativo fueron varias las fórmulas que se barajaron para referirse a esa relación; así, en el texto remitido por el Congreso al Senado, el artículo 11.2 comenzaba dejando a salvo («sin perjuicio de») «lo dispuesto en el artículo 17» (BOCG 3.12.1998); el Senado halló preferible trasladar la salvedad al mismo artículo 17, que comenzaría diciendo: «No obstante lo dispuesto en el artículo 11,...» (BOCG 23.3.1999); sin embargo, el Congreso acabó rechazando esta enmienda del Senado, quedando finalmente ambos preceptos tal y como los encontramos hoy (*vid.* sobre este punto DORREGO y ARANDA, *Derecho*, p. 218).

<sup>54</sup> Así lo entendió el TS, *v. gr.*, en casos en que la mayoría había acordado la construcción de un garaje en los terrenos de la comunidad (STS 24.7.1997 [RJ 5767]), la conversión de un jardín común en aparcamiento (STS 3.12.1982 [RJ 1988, 9031]), la ampliación del terrado del edificio con un vallado para su conversión en una terraza de uso común (STS 26.11.1990 [RJ 9052]), o la construcción de trasteros en unos locales (STS 16.7.1992 [RJ 6621]); tras la reforma de la LPH por la Ley 8/1999, puede que alguno de estos casos ya no se situara en el primer párrafo del artículo 17.1.<sup>a</sup> (heredero del antiguo artículo 16.1.<sup>a</sup>, que era el precepto invocado en buen número de las sentencias citadas), sino en su segundo párrafo, conforme a cual el estable-

considerarse manifestación de un abuso de derecho<sup>55</sup>. Cabe así concluir que *los acuerdos válidamente adoptados a que alude el artículo 11.2.1 LPH no pueden ser aquellos precisados de unanimidad*.

3. En su segundo párrafo, el artículo 17.1.<sup>a</sup> LPH exige una mayoría cualificada (tres quintas partes de los propietarios que representen, a su vez, tres quintas partes de las cuotas de participación) para establecer o suprimir servicios comunes de interés general, «incluso cuando supongan la modificación del título constitutivo o de los estatutos»; aunque, literalmente interpretado, el precepto da a entender que es aplicable tanto si el nuevo servicio supone una modificación estatutaria o del título como si no, diversos autores<sup>56</sup> han puesto de relieve, creo que con razón, que la mayoría cualificada sólo es imprescindible en el primer caso<sup>57</sup>, pues cuando no se ve afectado el título ni los estatutos no hay razón para exigir algo más que la mayoría simple del artículo 17.3.<sup>a</sup> LPH.

3.1 Pues bien, si el establecimiento de un nuevo servicio común de interés general *que comporta una modificación del título*

---

cimiento de servicios comunes de interés general ya no precisa ser acordado por unanimidad sino por una mayoría cualificada. *Vid.* también la SAP Castellón 12.12.2002 (AC 2002, 2298), que declara nulo un acuerdo mayoritario para construir una piscina comunitaria en una zona común destinada a pista de fútbol, por no poder calificarse ésta como de servicio común de interés general a los efectos del artículo 17.1.<sup>II</sup>, atendiendo a las concretas circunstancias del caso, particularmente la proximidad del edificio al mar.

Existe, no obstante, una importante línea jurisprudencial según la cual a las decisiones mayoritarias sobre materias en que es precisa la unanimidad les afecta una ilegalidad que queda subsanada si no son impugnadas en plazo (en concreto, en el de 30 días previsto en el antiguo artículo 16.4.<sup>o</sup>, que es la norma que se consideraba aplicable al caso, sustituida tras la Ley 8/1999 por el artículo 18). De seguirse esta tesis (acerca de la cual me remito a mi estudio *De nuevo sobre la impugnación de los acuerdos comunitarios en el régimen de la propiedad horizontal*, cit.), cuando la decisión mayoritaria favorable a la innovación queda convalidada, la misma puede llevarse a efecto (*vid.*, v.gr., la STS 2.4.1990 [RJ 2686], a propósito de la instalación de los elementos precisos para el servicio de calefacción en un patio común; o la STS 7.6.1997 [RJ 6147], respecto de la construcción de trasteros en el sótano del edificio).

<sup>55</sup> Siendo éste el caso, la innovación podría realizarse, pero para determinar si los disidentes deben o no contribuir al pago de los gastos que comporte hay que analizar las concretas circunstancias de cada supuesto; en efecto, si la oposición se considera abusiva es, en ocasiones, porque, además de que la medida que se pretende beneficia a todos y no causa perjuicio a nadie, el acuerdo exonera a los que se oponen a ella de la obligación de pagar su importe (*vid.*, v.gr., las SSTS 13.7.1994 [RJ 6435] y, sobre todo, la STS 14.7.1992 [RJ 6293]); la apreciación de abuso de derecho en un supuesto así no impedirá la realización de la innovación, pero, lógicamente, los disidentes no tendrán que costearla.

<sup>56</sup> V. gr., CARRASCO PERERA, *Comentarios*, p. 534, DORREGO y ARANDA, *Derecho*, pp. 211 y 212, y ESTRUCH y VERDERA, *La Junta*, p. 157.

<sup>57</sup> Así parece darlo a entender también la SAP Guadalajara 4.7.2001 (AC 2001, 2155), al señalar que el artículo 17 LPH elimina la exigencia de unanimidad y requiere el acuerdo de una mayoría cualificada para el establecimiento o supresión de servicios comunes de interés general «en cuanto suponga la modificación del título constitutivo o de los estatutos».

o los estatutos no es refrendado por la mayoría cualificada del artículo 17.1.<sup>a</sup>II, faltará el necesario acuerdo y el nuevo servicio no podrá introducirse (dejando también aquí a salvo posibles casos de abusiva oposición minoritaria). Y si es refrendado por esa mayoría, el acuerdo, según el artículo 17.1.<sup>a</sup>V, *obliga a todos los propietarios*; aunque, como veremos en seguida, la cuestión es discutida, en mi opinión esto significa que, independientemente de cuál sea su importe, todos, también los disidentes, deberán costear su instalación y su mantenimiento. Este parece que ha de ser el sentido del citado quinto párrafo del artículo 17.1.<sup>a</sup><sup>58</sup>, puesto que parece una obviedad que todos los acuerdos válidamente adoptados obligan a todos los propietarios, en el sentido de que habrán de ejecutarlos o, en su caso, respetar su ejecución; el verdadero alcance del artículo 17.1.<sup>a</sup>V sería, así, subrayar la diferencia que media en punto al pago de los gastos entre los acuerdos mayoritarios contemplados en los párrafos segundo y tercero del artículo 17.1.<sup>a</sup> (cuya ejecución ha de ser costeada también por los disidentes) y los de los artículos 17.2.<sup>a</sup> (cuyo párrafo segundo exonera del pago a quienes no hubieran votado expresamente a favor del acuerdo) y 11.2 LPH. Consecuentemente, las innovaciones subsumibles en el artículo 17.1.<sup>a</sup>II quedan sujetas al régimen previsto en esta norma y no al del artículo 11, o, si se prefiere, *los acuerdos válidamente adoptados conforme al artículo 17.1.<sup>a</sup>II tampoco pueden ser los contemplados en el artículo 11.2.1*<sup>59</sup>.

Por tanto, *todas aquellas innovaciones que consistan en el establecimiento de servicios comunes de interés general y que supongan la modificación del título constitutivo o los estatutos quedan sujetas al artículo 17.1.<sup>a</sup>II*, que no distingue según que las mismas sean o no requeridas para la adecuada conservación, habitabilidad y seguridad del inmueble, según su naturaleza y características. Por eso, aunque no lo sean, si se acuerdan válidamente todos los propietarios deberán costear su instalación y mantenimiento; la regla es aplicable a muchos de los casos a los que, antes de la reforma de la LPH por Ley 8/1999 (a la que se debe la introducción de la norma del artículo 17.1.<sup>a</sup>II), les era aplicable el (actual) artículo 11: así, *v. gr.*, la instalación de un ascensor, el establecimiento de servicios de portería, conserjería o vigilancia (casos todos ellos explícitamente mencionados en el artículo 17.1.<sup>a</sup>II), o, siempre que la novedad pueda considerarse de

---

<sup>58</sup> Conclusión en la que coinciden autores como CARRASCO PERERA, *Comentarios*, pp. 494 y 500, DORREGO y ARANDA, *Derecho*, pp. 217 y 218, o ESTRUCH y VERDERA, *La Junta*, pp. 149, 150, 156, 157, 173 y 174.

<sup>59</sup> Así también DOMÍNGUEZ LUELMO, *La reforma*, p. 245.

interés general, la creación de servicios de guardería, lavandería o gimnasio en un local común, la construcción de una piscina, una pista de tenis o un aparcamiento, el cerramiento de la finca, la instalación de aire acondicionado en el edificio, etc. El ámbito del artículo 11 LPH se ha visto así notablemente recortado por el artículo 17.1.<sup>a</sup>II LPH.

Mas, como ya anticipaba antes, la opinión aquí defendida no es pacífica. Así lo pone de manifiesto un repaso de las sentencias de las Audiencias Provinciales, que ya han tenido ocasión de pronunciarse acerca de la relación existente entre ambos preceptos, en casos en los que, habiéndose acordado válidamente la instalación de un ascensor conforme al artículo 17.1.<sup>a</sup>II LPH, había que establecer si los disidentes estaban o no obligados a contribuir al pago de las correspondientes derramas. Y lo han hecho manteniendo dos tesis opuestas, cuyos resultados prácticos finales, sin embargo, coinciden.

Así, existe un grupo de sentencias que, coincidiendo con el planteamiento que aquí se ha hecho en las líneas precedentes, entienden que los artículos 11.2 y 17.1.<sup>a</sup> LPH se aplican, cada uno, a supuestos distintos; y así, mientras que el primero regula las innovaciones no requeridas, eximiendo del pago a los disidentes, los acuerdos específicamente contemplados en el segundo obligan a todos, sin distinción alguna (SAP Barcelona 23.12.2002 [*JUR* 2003, 107790]); «esta obligación –subraya la SAP Asturias 25.9.2003 (AC 2003, 1440)– comprende no sólo el acatamiento del acuerdo válidamente adoptado por parte de todos los comuneros, sino la de contribuir al gasto con arreglo a lo establecido, incluso respecto a los propietarios que votaron en contra»; lo mismo concluye la SAP Barcelona 11.6.2002 (*JUR* 2002, 210874), que destaca la diferencia que existe en este punto entre los acuerdos del artículo 17.1.<sup>a</sup>II LPH y los regulados en la regla segunda del mismo artículo 17, y entre el régimen actual y el previo a la reforma de 1999, en el que el anterior artículo 16 no recogía ninguna norma similar a la del actual último párrafo del artículo 17.1.<sup>a</sup> <sup>60</sup>.

Frente a esta tesis, otras sentencias <sup>61</sup> parten de que el artículo 17 LPH no resuelve el tema del pago de las cuotas derivadas del establecimiento de los servicios que dicho precepto contempla; ése es un tema que, para esta opinión, regula el artículo 11 LPH,

---

<sup>60</sup> La misma doctrina parecen acoger la SAP Guadalajara 4.7.2001 (AC 2001, 2155) y la SAP Asturias 27.3.2002 (AC 2002, 585).

<sup>61</sup> Es el caso de las SSAP Burgos 25.9.2001 (AC 2001, 2443) y 5.11.2001 (AC 2002, 113) y SAP Vizcaya 17.9.2002 (AC 2002, 1958); parece seguir esta misma línea también la SAP La Rioja 14.3.2002 (*JUR* 2002, 139850).

particularmente su número 2; por tanto, habrá que establecer en cada caso si se trata o no de una obra necesaria conforme al citado precepto, pues sólo en caso afirmativo todos los copropietarios deberán pagar la instalación al margen de cuál sea su coste <sup>62</sup>. De acuerdo con esta interpretación, en definitiva, el artículo 17.1.<sup>a</sup> LPH no habría venido a sustraer ningún caso del ámbito de aplicación del artículo 11.2 LPH.

Sea como fuere, el resultado práctico final al que llegan las sentencias citadas en el caso concreto al que se refieren (instalación de ascensor) no varía, puesto que, aun considerando aplicable el artículo 11 LPH al tema de los gastos, las resoluciones del segundo grupo coinciden en considerar dicha instalación como obra necesaria, de donde deriva igualmente la obligación de todos de contribuir a los gastos, sean cuales sean <sup>63</sup>.

3.2 En cuanto a los acuerdos de establecimiento de servicios comunes de interés general *que no afecten al título ni a los estatutos*, ya indiqué líneas atrás cómo parece razonable entender que pueden adoptarse válidamente por mayoría simple. Avanzando en esta línea, algunos autores <sup>64</sup> opinan que si uno de esos acuerdos es respaldado no obstante por la mayoría cualificada del artículo 17.1.<sup>a</sup>II, todos los propietarios quedarán obligados a contribuir a los gastos conforme al artículo 17.1.<sup>a</sup>V, y sin posibilidad de exoneración por aplicación del artículo 11.2 LPH. Lo cierto es que no parece tener mucho sentido que un acuerdo de los contemplados en el artículo 17.1.<sup>a</sup>II LPH, adoptado por la mayoría cualificada prevista en él, obligue a todos *sólo* si afecta al título o a los estatutos, quedando exonerados los disidentes en caso contrario; lo que pretende el artículo 17.1.<sup>a</sup>II LPH es facilitar la adopción de determinados acuerdos rebajando el requisito de la unanimidad en la hipótesis de que comporten modificación del título constitutivo o los estatutos, e imponiendo al propio tiempo a todos los condueños la obligación de contribuir a los gastos que genere el acuerdo; por eso, si un acuerdo de ese tipo, pese a no variar título o estatutos, se adopta por la mayoría cualificada exigida, parece que lo coherente es que genere esa misma obligación a cargo de todos.

<sup>62</sup> A conclusión similar llega PASTOR ÁLVAREZ (*La realización*, p. 55), para quien el artículo 11.2 es una regla particular que excepciona el régimen general previsto en el artículo 17.1.<sup>a</sup>V, en atención a dos criterios: el coste de la obra y su calificación como innovación no exigible.

<sup>63</sup> Esta misma obligación, y en casos del mismo tipo, se justifica otras veces considerando que se trata de un gasto común (artículo 9 LPH); así, por ejemplo, la SAP Barcelona 30.4.2002 (*JUR* 2002, 185609) y SAP Guadalajara 22.1.2003 (*JUR* 2003, 45090).

<sup>64</sup> Así, DORREGO y ARANDA, *Derecho*, pp. 211 y 212, y ESTRUCH y VERDERA, *La Junta*, p. 157.

De admitirse esta interpretación, *los acuerdos de establecimiento de servicios comunes de interés general que no afecten al título ni a los estatutos sólo quedarían sujetos al artículo 11.2 LPH en el caso de que fueran refrendados por la mayoría simple del artículo 17.3.<sup>a</sup> LPH*, pues de obtener el respaldo de las tres quintas partes de propietarios y cuotas deberían obligar a todos.

4. El tercer párrafo del artículo 17.1.<sup>a</sup> LPH contempla la realización de obras o el establecimiento de nuevos servicios comunes cuyo objeto sea facilitar el acceso o movilidad de personas con minusvalía. Como se trata de obras de accesibilidad y éstas son ahora (a raíz de la última reforma de la LPH, por Ley 51/2003) reguladas específicamente fuera del número 2 del artículo 11 LPH, posponemos su análisis al momento en que se estudia el régimen de las citadas obras (*infra*, epígrafe 4).

5. El artículo 17.2.<sup>a</sup> LPH permite introducir ciertas mejoras en el edificio con el voto favorable de un tercio de los propietarios que representen, a su vez, un tercio de las cuotas de participación; básicamente, se trata de la instalación de las infraestructuras precisas para acceder a los servicios de telecomunicación regulados en el Real Decreto-Ley 1/1998 o a nuevos suministros energéticos colectivos, o para aprovechar la energía solar.

*Cuando alguna de estas medidas es refrendada por el indicado quórum tampoco es de aplicación el artículo 11.2 LPH*, porque el mismo artículo 17.2.<sup>a</sup> contiene un segundo párrafo en el que regula las mismas cuestiones que el artículo 11.2 de forma no totalmente coincidente; en concreto, conforme al artículo 17.2.<sup>a</sup>II son mayores las posibilidades de quedar exonerado de los gastos de instalación y mantenimiento de las nuevas infraestructuras, pues tal exoneración alcanza a «los propietarios que no hubieran votado expresamente en la Junta a favor del acuerdo» –lo que comprende más supuestos que el término «disidente» del artículo 11.2: así, por ejemplo, a quienes se abstuvieron, votaron en blanco, o no estaban presentes en la junta en el momento de tomarse el acuerdo–, con total independencia de cuál fuera el coste de la innovación; de otra parte, no se hace referencia alguna a la circunstancia de que pudiera o no considerarse requerida para la adecuada habitabilidad del inmueble; finalmente, y al igual que veremos que hace el artículo 11.2.II LPH, el artículo 17.2.<sup>a</sup>II contempla la hipótesis de que el propietario inicialmente contrario a la innovación desee después disfrutar de ella, estableciendo los requisitos que ha de cumplir a tal fin. Una vez más, pues, el artículo 17 LPH –ahora en su

regla 2.<sup>a</sup>— saca del ámbito del artículo 11 ciertas innovaciones para someterlas a un régimen especial <sup>65</sup>.

No obstante, algunos autores <sup>66</sup> entienden que el verdadero objeto del artículo 17.2.<sup>a</sup> LPH es permitir que la tercera parte de los propietarios que representen un tercio de las cuotas de participación instalen a su costa las infraestructuras que allí se regulan, aun cuando afecten a elementos comunes; por eso estiman que *si la medida afecta a dichos elementos* y es acordada por la mayoría exigida en el artículo 17.1.<sup>a</sup>II LPH, todos los propietarios están obligados a costearla, de acuerdo con el quinto párrafo del mismo precepto. La idea no parece desacertada, desde el momento en que los casos contemplados en el artículo 17.2.<sup>a</sup> lo son, en principio, de establecimiento de servicios comunes de interés general, y no hay razón para tratarlos de forma distinta que a los demás cuando sean acordados por la mayoría cualificada del artículo 17.1.<sup>a</sup>II y también afecten a elementos comunes; mas, si se admite esto, posiblemente también habría que admitir que el mismo acuerdo obliga a todos, aunque no afecte a tales elementos, pues, como decía antes respecto del artículo 17.1.<sup>a</sup>II LPH, no parece tener sentido circunscribir la obligación contributiva de todos a los supuestos en que el acuerdo que introduce un servicio común de general interés por decisión de las tres quintas partes de propietarios y cuotas modifique el título constitutivo o los estatutos.

Yendo aún más lejos, defiende Carrasco Perera <sup>67</sup> que si la instalación puede considerarse mero acto de administración y es decidida por la mayoría del artículo 17.3.<sup>a</sup> LPH, todos estarán obligados a costearla. En mi opinión, esto ya no es tan claro. Cabría entender que el artículo 17.2.<sup>a</sup> no es aplicable cuando la nueva infraestructura no afecte a los elementos comunes, pues entonces debería bastar para acordarla la mayoría simple del artículo 17.3.<sup>a</sup>, aunque la misma no represente en el caso concreto el *quórum* que exige el artículo 17.2.<sup>a</sup>; y no es difícil que esto ocurra, dado que la mayoría de propietarios y cuotas del artículo 17.3.<sup>a</sup> se cuenta entre los asistentes a la junta si ésta se celebra en segunda convocatoria, que es lo habitual. En tal caso, una vez adoptado válidamente el acuerdo conforme al artículo 17.3.<sup>a</sup> para instalar una de las infraestructuras mencionadas en el artículo 17.2.<sup>a</sup> (lo que presupone, insisto, que no se vea afectado ningún elemento común), sería aplicable el artículo 11.2.I LPH para determinar si los disidentes están o no obligados a contribuir al

<sup>65</sup> Así también, DORREGO y ARANDA, *Derecho*, p. 218.

<sup>66</sup> CARRASCO PERERA, *Comentarios*, p. 522, y ESTRUCH y VERDERA, *La Junta*, p. 181.

<sup>67</sup> *Comentarios*, p. 522; *vid.* también PASTOR ÁLVAREZ, *La realización*, p. 119.

pago de los gastos <sup>68</sup>. Y esto porque *los acuerdos válidamente adoptados a que se refiere el artículo 11.2.I LPH son, a mi modo de ver, los sometidos al régimen de mayoría simple contemplado por el artículo 17.3.ª LPH* <sup>69</sup>.

6. A esta conclusión se llega después de quedar descartados todos los acuerdos contemplados en las demás reglas del artículo 17 LPH, tal y como he tratado de demostrar en las líneas precedentes. Así, el artículo 11.2.I LPH sería aplicable a los acuerdos válidamente adoptados conforme al artículo 17.3.ª LPH de establecimiento de servicios comunes no exigibles de interés general, y de instalación de infraestructuras comunes de telecomunicaciones o de aprovechamiento energético, que no impliquen la modificación del título constitutivo o de los estatutos <sup>70</sup>; también a los acuerdos de modificación de un servicio común ya existente que no resulte necesaria conforme a los parámetros del artículo 11.1 LPH <sup>71</sup>; a ellos habría que añadir cualquier otro sobre una mejora no exigible que se haya adoptado válidamente por la mayoría simple del artículo 17.3.ª LPH. Así, por ejemplo, el cambio del mobiliario del portal u otras zonas comunes, o la instalación en éstos de elementos decorativos o útiles (por ejemplo, una «publicesta», o un armario para los contadores <sup>72</sup>), la sustitución del ascensor, del sistema de calefacción o de las instalaciones para el suministro de agua, gas o electricidad para modernizarlas y aunque el cambio no sea imprescindible ni venga impuesto por disposición administrativa alguna, cambio del cerramiento de la finca por razones estéticas, etc. En todo caso, hay que insistir en que la innovación no puede comportar una alteración del título o los estatutos, pues entonces no podría acordarse por la mayoría prevista en el artículo 17.3.ª LPH.

### 3.3 LA INCORPORACIÓN A LA INNOVACIÓN POR EL DISIDENTE

1. El segundo párrafo del artículo 11.2 LPH contempla la hipótesis de que el disidente que haya quedado exonerado de los gastos de la innovación desee participar de las ventajas de la misma,

<sup>68</sup> En línea similar, ESTRUCH y VERDERA, p. 182.

<sup>69</sup> En este sentido también DORREGO y ARANDA, *Derecho*, p. 218, y FUENTES-LOJO, *La Ley*, p. 361.

<sup>70</sup> Ello sería así siempre que la mayoría que refrendara el acuerdo no llegara a representar las tres quintas partes de propietarios y cuotas porque, en tal caso, considero defendible la tesis, ya expuesta *supra*, de que el acuerdo obligaría también a los disidentes.

<sup>71</sup> Que queda fuera del régimen del artículo 17.1.ªII LPH, porque éste se refiere únicamente al establecimiento *ex novo* o a la supresión de un servicio común (así lo destaca también CARRASCO PERERA, *Comentarios*, p. 527).

<sup>72</sup> *Vid.* STS 23.3.1991 (RJ 2435).



estableciendo los requisitos que ha de satisfacer para poder hacerlo. Tal y como está redactado el precepto, parece claro que la incorporación a la mejora se configura como una *facultad* del propietario disidente (o del que traiga causa de él) <sup>73</sup>, y que ni quienes costearon en su momento su realización o, después, su mantenimiento, ni la comunidad pueden oponerse a ello; además, de acuerdo con el precepto, esa facultad puede hacerse valer *en cualquier momento*.

2. No se especifica *cómo ha de proceder el disidente*; en este punto es de destacar la diferencia que media entre el artículo 11.2.II y el artículo 17.2.<sup>a</sup>II LPH, que contempla un supuesto parecido en su segundo inciso, el de la incorporación a determinadas infraestructuras de telecomunicaciones y suministros energéticos por parte de propietarios que en su momento no votaron a favor de su instalación; según el artículo 17.2.<sup>a</sup>II, si éstos solicitan el acceso al nuevo servicio, «podrá autorizárseles» siempre que abonen las cantidades que allí se señalan; dicha autorización compete, aunque no se diga explícitamente, a la junta, que no parece que pueda negársela al propietario que quiera acceder al servicio, si paga lo que le corresponde <sup>74</sup>. El artículo 11.2.II no menciona solicitud ni autorización alguna, pero, en el fondo, y visto lo que tales términos significan en el artículo 17.2.<sup>a</sup>II, no parece que, a los efectos que ahora interesan, las cosas sean muy distintas. De un lado, es lógico pensar que el propietario habrá de comunicar su deseo de incorporación al presidente en cuanto representante de la comunidad, pues es ésta la titular de la innovación, que –como ya apunté en otro momento– tiene la consideración de un elemento común. De otro, deberá ser la junta la que calcule los costes que aquél debe abonar a tal fin, siendo esta decisión impugnabile por quien no esté conforme con ella, y sin que la junta pueda oponerse a la incorporación del que pague esas cantidades.

3. *Lo que quien se incorpora a la innovación ha de abonar* es, según el artículo 11.2.II LPH, «su cuota en los gastos de realización y mantenimiento, debidamente actualizados, aplicando el correspondiente interés legal». En este punto ha sido más preciso este precepto que el ya referido artículo 17.2.<sup>a</sup>II LPH, cuyo segundo inciso exige a los efectos que veíamos en el párrafo anterior el abono del importe que «hubiera correspondido», actualizado del mismo modo que prevé el artículo 11.2.II <sup>75</sup>. En nuestro caso, no

---

<sup>73</sup> Así también ECHEVERRÍA SUMMERS, *Comentarios*, p. 331.

<sup>74</sup> Así lo entiende también CARRASCO PERERA, *Comentarios*, p. 525.

<sup>75</sup> La referida fórmula del artículo 17.2.<sup>a</sup>II LPH ha hecho que la doctrina discuta si los gastos de mantenimiento están o no incluidos en el importe a satisfacer por quien desea acceder a la nueva infraestructura (*vid.* ESTRUCH y VERDERA, *La Junta*, p. 179 y nota 263).

hay duda que el disidente debe abonar la parte que le corresponda conforme a su cuota de participación, o a lo especialmente establecido por la comunidad en punto a los gastos generales [artículo 9.1.e) LPH], *tanto en los costes de realización como en los de mantenimiento* <sup>76</sup>.

Mientras que *gastos de realización* serán todos los inherentes a la introducción de la mejora, por *gastos de mantenimiento* cabría entender los, ordinarios o extraordinarios, que hubieran sido precisos *desde que se llevó a cabo la innovación* para mantenerla en estado de servir al destino que le es propio, lo que no comprende los consumos (por ejemplo, de electricidad o combustible) derivados de su uso; en mi opinión, es claro que el artículo 11.2.II LPH no se refiere a los gastos de mantenimiento generados *desde la efectiva incorporación a su disfrute* por parte del propietario <sup>77</sup>; de un lado, porque la obligación de pagar estos últimos gastos es algo evidente, y, de otro, porque si el precepto no estuviera aludiendo a los devengados antes no tendría sentido la actualización prevista en su inciso final <sup>78</sup>.

La *actualización de estos importes mediante la aplicación del interés legal* fue introducida por la Ley 8/1999, pues el antiguo artículo 10.III LPH omitía cualquier referencia al respecto <sup>79</sup>. Con ello se trata de que quien se incorpora tardíamente al disfrute de la mejora abone una cantidad más o menos equivalente a la que en su momento debería haber satisfecho por los conceptos de realización y mantenimiento, si hubiera disfrutado de la innovación desde su

---

<sup>76</sup> Si al momento de la incorporación de un disidente, existen aún otros propietarios que lo son, me parece evidente que, como mantiene ECHEVERRÍA SUMMERS (*Comentarios*, p. 332) el cálculo de su participación debe hacerse teniendo en cuenta que todos (los propietarios que la costearon desde el principio, los que hubieran podido incorporarse después y él mismo) deben suplir las cuotas correspondientes a aquéllos.

<sup>77</sup> Así también FUENTES-LOJO, *La Ley*, p. 364.

<sup>78</sup> *Vid.* a este respecto ECHEVERRÍA SUMMERS, *Comentarios*, pp. 332 y 333, y PASTOR ÁLVAREZ, *La realización*, p. 60, quienes dan cuenta de las diversas opiniones existentes en este punto. Para Pastor Álvarez, el que se incorpora a la mejora ha de abonar los gastos de mantenimiento generados desde el principio sólo si él mismo disfrutó de ella desde ese momento pues, en otro caso, entiende que esos gastos son atribuibles sólo a los propietarios beneficiados directa y exclusivamente; en mi opinión, el artículo 11.2 LPH no da pie para establecer esta distinción; es más, dado que los disidentes no están obligados a pagar gasto alguno cuando éste supere el límite de las tres mensualidades, ni siquiera en el caso de que puedan disfrutar de la mejora, en la práctica no serán éstos los que deseen incorporarse a ella pagando, sino precisamente los que no puedan hacerlo y estén interesados en ello; si éste es el caso que normalmente se dará en la práctica, y el artículo 11.2.II obliga con carácter general a abonar los gastos de realización y mantenimiento actualizados, no parece haber base alguna para exonerar precisamente de éstos a quienes desean incorporarse a la mejora por no haber podido aprovecharse de ella antes.

<sup>79</sup> En concreto, es el resultado de una enmienda introducida por el Senado, que la justificó como «una corrección de estilo» (BOCG 23.3.1999), dando a entender que con la redacción anterior ya era claro que había que actualizar las cantidades en cuestión, cuando, en realidad, este tema fue objeto de cierta polémica doctrinal.

implantación. Claro que, por lo que se refiere a los gastos de realización, se le está haciendo pagar el importe actualizado de algo nuevo cuando, al incorporarse él más tarde, ya no lo es. La medida en que estos costes pueden o no ser razonables en el caso concreto dependerá en buena medida de la evolución del precio de la innovación en el mercado en el tiempo mediante entre su incorporación a la finca y el momento en que el propietario quiere disfrutar de ella; si su precio hubiera subido muy por encima del interés legal del dinero, esto puede compensar o incluso beneficiar claramente al propietario que tiene ocasión de acceder a la mejora pagando un precio muy inferior, aunque sea actualizado y por algo que ya no es nuevo; el caso sería el opuesto si los costes de la innovación se hubieran visto abaratados.

4. Cabe preguntarse *cuál ha de ser el destino de las cantidades que abone quien se incorpore a la mejora, o quién tiene derecho a determinarlo*. Parece claro que los propietarios que, por no disintir de la innovación cuando se acordó o por haber accedido a ella con posterioridad, hubieran sufragado su realización y posterior mantenimiento, pues fueron ellos quienes debieron suplir las cuotas correspondientes a los disidentes de incorporación más tardía<sup>80</sup>.

#### 4. EN PARTICULAR, LAS OBRAS DE ACCESIBILIDAD

La Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, ha sembrado de alusiones a la accesibilidad los artículos 10 y 11 LPH, ambos reformados junto con la norma 1.<sup>a</sup> del artículo 17 LPH (ésta, mínimamente) por la disposición adicional 3.<sup>a</sup> de la citada Ley. Antes de esta última reforma, el tema de la accesibilidad del inmueble podía considerarse implícitamente comprendido en la noción de habitabilidad, presente en los números 1 de los artículos 10 y 11; y, aparte de que la instalación de un ascensor –contemplada en el artículo 17.1.<sup>a</sup>II LPH– pudiera redundar en la mejora del acceso a los distintos departamentos, sólo el párrafo tercero del artículo 17.1.<sup>a</sup> LPH trataba explícitamente la supresión de barreras arquitectónicas.

---

<sup>80</sup> En este sentido se expresan respecto del supuesto contemplado en el artículo 17.2.<sup>a</sup> LPH, ESTRUCH y VERDERA, *La Junta*, p. 178; *vid.* también CARRASCO PERERA, *Comentarios*, p. 525.

Aparte de mantener estas reglas del artículo 17.1.<sup>a</sup> LPH (en cuyo párrafo tercero se ha incorporado un inciso que deja a salvo lo dispuesto en los artículos 10 y 11 LPH), la Ley 51/2003 ha introducido en los artículos 10 y 11 LPH los cambios que paso a sintetizar:

1. El número 1 del artículo 10 LPH, a propósito de la obligación de la comunidad de realizar las *obras necesarias para el adecuado sostenimiento y conservación del inmueble*, añade la *accesibilidad* al aludir a las condiciones (estructurales, de estanqueidad, habitabilidad y seguridad) que el inmueble debe reunir. Que la comunidad está obligada a realizar tales obras supone, además de que cualquiera de los copropietarios puede exigir judicialmente su realización en caso de negativa o pasividad de la comunidad, que su coste, sea cual sea, recae sobre todos los condueños; y ello, probablemente, con independencia de si la obra supone o no modificación del título constitutivo o de los estatutos <sup>81</sup>.

La disposición final novena de la Ley 51/2003 fija un plazo de dos años desde su entrada en vigor (el 3 de diciembre de 2003) para que el Gobierno apruebe unas condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación para el acceso y utilización de las edificaciones; también se establece un plazo para que tales condiciones sean obligatorias. Cuando llegue ese momento, las comunidades estarán obligadas a cumplir tales condiciones de acuerdo con el artículo 10.1 LPH.

2. El número 2 del artículo 10 LPH es enteramente nuevo, y dispone: «Asimismo, la comunidad, a instancia de los propietarios en cuya vivienda vivan, trabajen o presten sus servicios altruistas o voluntarios personas con discapacidad o mayores de setenta años, vendrá obligada a realizar las obras de accesibilidad que sean necesarias para un uso adecuado a su discapacidad de los elementos comunes, o para la instalación de dispositivos mecánicos y electrónicos que favorezcan su comunicación con el exterior, cuyo importe total no exceda de tres mensualidades ordinarias de gastos comunes».

El párrafo transcrito sólo tiene sentido si se refiere a *obras de accesibilidad que no vengan impuestas por el artículo 10.1 LPH*,

---

<sup>81</sup> Esto es lo que parece resultar del inciso inicial del artículo 17.1.<sup>o</sup>III LPH (introducido por la Ley 51/2003), «sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 10 y 11 de esta ley...»; el citado artículo 17.1.<sup>o</sup>III contempla los acuerdos relativos a la supresión de barreras arquitectónicas, exigiendo mayoría de propietarios y cuotas para su adopción «incluso cuando impliquen la modificación del título constitutivo, o de los estatutos» (en realidad, esa mayoría sólo tiene razón de ser cuando el acuerdo implique tal modificación); pues bien, dejar a salvo lo dispuesto en el artículo 10 supone que, cuando la supresión de una barrera arquitectónica constituya una obra de accesibilidad necesaria conforme al mismo artículo, la comunidad está obligada a realizarla, aunque afecte al título y, en este mismo caso, no sea respaldada por la mayoría que exige el artículo 17.1.<sup>o</sup>III LPH.

lo que la propia norma subraya al comenzar con el adverbio «asimismo», para introducir *otra* obligación a cargo de la comunidad, distinta de la anterior. Tal obligación surge desde el momento en que lo exija uno de los propietarios legitimados para ello, no siendo preciso, por tanto, ningún acuerdo previo de la comunidad; sí es imprescindible, en cambio, que el importe total de la obra no exceda de tres mensualidades ordinarias de gastos comunes, límite que, como veíamos, no se aplica a las obras de accesibilidad que resulten necesarias de acuerdo con el artículo 10.1 LPH.

Legitimado activamente para exigir la obra es *el propietario de la vivienda o*, habrá que añadir también, *del local*, puesto que en éste también pueden desarrollar su trabajo o servicios las personas que la norma toma en consideración.

Para ello es preciso que en la vivienda o local *vivan, trabajen o presten sus servicios altruistas o voluntarios* personas con discapacidad o mayores de setenta años; no basta, por tanto, que un departamento sea frecuentado por personas de este tipo por razones distintas de las apuntadas (por ejemplo, porque acudan a él para recibir atención médica o determinado tratamiento). Lo que ha de entenderse por *personas con discapacidad* a los efectos de la Ley 51/2003 lo dice el artículo 1.2 de la misma <sup>82</sup>.

Parece tratarse de obras cuya necesidad deriva, no de las normas o disposiciones generales que regulan los requisitos de accesibilidad que deben cumplir los edificios (que serían las contempladas en el artículo 10.1 LPH), sino *de la consideración de las concretas personas que frecuentan de modo continuado un piso o local*; en este sentido, el artículo 10.2 LPH habla de obras necesarias para un uso de los elementos comunes *adecuado a su discapacidad*, o para instalar dispositivos mecánicos y electrónicos que favorezcan su comunicación con el exterior. Tales obras se

---

<sup>82</sup> Es de notar en este punto cómo las últimas leyes afectantes a personas con discapacidad, definen a éstas, en sus respectivos ámbitos de aplicación, no sólo al margen de lo que pudiera deducirse del artículo 200 CC a propósito de lo que constituyen causas de incapacidad, sino, además, de forma distinta en cada una de ellas; así resulta que, según el citado artículo 1.2 de la Ley 51/2003, tendrán la consideración de personas con discapacidad «aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de minusvalía igual o superior al 33 por 100», considerándose como tales en todo caso a «los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad»; en cambio, a los efectos de la también reciente Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamientos Civil y de la normativa tributaria con esta finalidad, y de acuerdo con su artículo 2.2, tendrán esa misma consideración los afectados por una minusvalía psíquica igual o superior al 33 por 100 o por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por 100.

rigen por el artículo 10.2 LPH, y no por el artículo 17.1.<sup>ª</sup>III LPH, aunque comporten la modificación del título constitutivo o de los estatutos; esto es, que, aún en ese caso y siempre que su coste no supere el límite de las tres mensualidades, podrán ser exigidas individualmente y en los términos expuestos, sin necesidad de que sean acordadas por la mayoría de propietarios y cuotas que exige el artículo 17.1.<sup>ª</sup>III LPH para realizar obras o establecer nuevos servicios comunes que tengan por finalidad suprimir barreras arquitectónicas que dificulten el acceso o movilidad de personas con minusvalía; por eso el citado párrafo tercero del artículo 17.1.<sup>ª</sup> comienza ahora (tras la reforma introducida por la Ley 51/2003) dejando a salvo lo dispuesto en el artículo 10 (y el 11) LPH.

3. Para terminar con las modificaciones introducidas en el artículo 10 LPH, a la *afección real del piso o local* prevista en su último número (antes 4 y ahora 5) por los gastos de las obras de conservación, se han añadido también los derivados de las obras de accesibilidad contempladas en el mismo artículo.

4. Por lo que se refiere ya al artículo 11 LPH, la accesibilidad se suma a las cualidades mencionadas en su número 1, y a las que hay que atender para determinar las innovaciones exigibles o no por cualquier propietario. Por tanto, cualquiera de ellos podrá exigir *las mejoras requeridas para la adecuada accesibilidad del inmueble, según su naturaleza y características*. Me remito en este punto a lo ya expuesto en el epígrafe 2 de este artículo.

5. La Ley 51/2003 ha incorporado al artículo 11 LPH un nuevo párrafo, que lleva el número 3 y dispone: «Cuando se adopten válidamente acuerdos para la realización de obras de accesibilidad, la comunidad quedará obligada al pago de los gastos aun cuando su importe exceda de tres mensualidades ordinarias de gastos comunes».

5.1 Mientras que en el número 2 del artículo 11 LPH se habla de innovaciones no exigibles a tenor del apartado anterior, el número 3 se refiere genéricamente a las *obras de accesibilidad*, sin aludir a su exigibilidad o no. Sin embargo, parece lógico entender que se refiera asimismo a obras no exigibles a tenor del número 1 del artículo 11 LPH, y ello porque la obligación de todos los copropietarios de contribuir a los gastos derivados de la realización de obras de accesibilidad requeridas conforme al artículo 11.1 cuando éstas hubieran sido acordadas válidamente, y con independencia de su coste, es algo que, como se vio páginas atrás, ya resultaría de la interpretación sistemática de los dos primeros números del artículo 11 y de la lectura *a contrario* del artículo 11.2, sin necesidad de que un nuevo párrafo lo dispusiera así expresamente. Por eso, aun-

que pueda admitirse que el número 3 del artículo 11 LPH contempla también obras de accesibilidad exigibles a tenor del número 1 del mismo artículo (se trataría de una reiteración), el precepto cobra todo su sentido respecto de las *no exigibles*; pues es entonces cuando establece un régimen distinto del general del artículo 11.2 LPH, al prescindir de cuál sea el coste de la obra para considerar obligados a su pago *en todo caso* a todos los copropietarios (a la comunidad, dice el artículo 11.3 LPH). Es más, es que si su coste es inferior a tres mensualidades ordinarias de gastos comunes, y tratándose de las obras de accesibilidad que contempla el artículo 10.2 LPH, ni siquiera sería preciso acuerdo alguno para que surgiera la referida obligación a cargo de la comunidad.

5.2 Queda por concretar cuál es el *acuerdo válidamente adoptado* que presupone el artículo 11.3 LPH, lo que, igual que vimos a propósito del artículo 11.2 LPH, vuelve a remitirnos al artículo 17 LPH. Así, el párrafo segundo del artículo 17.1.<sup>a</sup> LPH alude, como sabemos, a los acuerdos por los que se establece, entre otros, el servicio de ascensor, instalación que podrá considerarse como una obra de accesibilidad, requerida o no, según los casos, a los efectos del artículo 11.1 LPH; mas el régimen que resulta del artículo 17.1.<sup>a</sup> LPH, concretamente de su párrafo segundo en relación con el quinto (obligación de todos los copropietarios de contribuir, sea cual sea el coste, al pago del servicio válidamente acordado), coincide con el del artículo 11.3 LPH, que, en esta medida, no vendría a decir nada nuevo respecto de lo que ya deriva del artículo 17 LPH.

También el artículo 17.1.<sup>a</sup>III LPH contempla acuerdos relativos a la accesibilidad del edificio; concretamente, para la realización de obras o el establecimiento de nuevos servicios comunes que tengan por finalidad la supresión de barreras arquitectónicas que dificulten el acceso o movilidad de personas con minusvalía<sup>83</sup>; su adopción requiere una mayoría cualificada (mayoría de propietarios que representen la mayoría de cuotas), «incluso cuando impliquen la modificación del título constitutivo, o de los estatutos».

En realidad, las referidas obras o servicios (caso de no ser necesarias *ex* artículo 10.1 LPH, por no venir impuestas por una concreta norma) probablemente entren con frecuencia dentro de las requeridas para la adecuada accesibilidad del inmueble del artícu-

---

<sup>83</sup> La supresión de barreras a las instalaciones se menciona en el artículo 10.2.a) de la Ley 51/2003, junto a la adaptación de equipos e instrumentos, entre las exigencias de accesibilidad de los edificios, instrumentos, equipos, tecnologías, bienes y productos, sobre las que el Gobierno deberá regular unas condiciones básicas.

lo 11.1 LPH<sup>84</sup>. Sea como fuere, del artículo 17.1.<sup>a</sup> LPH resulta que si la supresión de barreras es acordada por la mayoría exigida en el párrafo tercero, los gastos deberán ser sufragados por todos los copropietarios, de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo quinto del artículo 17.1.<sup>a</sup> LPH<sup>85</sup>; por tanto, tampoco en este caso el artículo 11.3 LPH dice nada nuevo respecto de lo que ya se desprende del artículo 17.1.<sup>a</sup> LPH.

Ahora bien, aunque según el artículo 17.1.<sup>a</sup>III LPH, la mayoría de propietarios y cuotas es precisa «incluso cuando [la obra o la innovación] impliquen la modificación del título constitutivo, o de los estatutos», lo cierto es que sólo tiene sentido exigirla respecto de los acuerdos que impliquen esa modificación; en otro caso, deberá bastar la mayoría simple del artículo 17.3.<sup>a</sup> LPH<sup>86</sup>, si no se quiere incurrir en el contrasentido de exigir para las decisiones de supresión de barreras arquitectónicas un mayor respaldo que el exigido con carácter general cuando no se afecta al título ni a los estatutos. Así las cosas, *cuando el acuerdo para realizar la obra o establecer el nuevo servicio pueda tomarse válidamente por mayoría simple ex artículo 17.3.<sup>a</sup> LPH, y así haya sido en el caso concreto, el artículo 11.3 LPH justificará la obligación de todos los copropietarios de pagar los gastos, independientemente de su cuantía*; lo cual es aplicable, no sólo a las obras de supresión de barreras a que se refiere el artículo 17.1.<sup>a</sup>III (en el caso, insisto, de que no afecten al título ni a los estatutos), sino también a cualquier otra obra de accesibilidad que pueda acordarse por mayoría simple. Con ello se introduce una notable particularidad respecto de las demás innovaciones que quedan comprendidas en el artículo 11.2 LPH.

6. De lo expuesto en las páginas precedentes resulta cómo la proliferación de las menciones a la accesibilidad, dispersas en los preceptos analizados, da lugar a una situación normativa considerablemente compleja; la interpretación de las nuevas normas fruto de la Ley 51/2003 –a veces muy casuísticas–, su conexión y el delimitado de los respectivos supuestos de hecho resulta en ocasiones harto difícil, y da la impresión de que la materialización de la finalidad perseguida por el legislador (en esencia, facilitar la realización de las llamadas obras de accesibilidad en los edificios en

---

<sup>84</sup> Parecidamente, ECHEVERRÍA SUMMERS, «Comentario a la TS 17.12.1999», p. 966.

Por otra parte, recuérdese que el párrafo tercero del artículo 17.1.<sup>a</sup> comienza dejando a salvo lo dispuesto en los artículos 10 y 11 LPH.

<sup>85</sup> Así también CARRASCO PERERA, *Comentarios*, p. 532; DORREGO Y ARANDA, *Derecho*, pp. 213 y 218, y ESTRUCH Y VERDERA, *La Junta*, p. 163.

<sup>86</sup> Así también CARRASCO PERERA, *Comentarios*, p. 534.



régimen de propiedad horizontal)<sup>87</sup> se ha hecho de forma un tanto caótica y confusa.

## 5. EL CONSENTIMIENTO DEL PROPIETARIO AFECTADO POR LA INNOVACIÓN

1. Para que una innovación no exigible pueda llevarse a cabo es preciso, en todo caso, que la junta lo acuerde válidamente. Pero, además, siempre que la misma haga «inservible alguna parte del edificio para el uso y disfrute de un propietario», será necesario el consentimiento expreso de éste, tal y como dispone el artículo 11.4 LPH. Se trata de una norma paralela a la del artículo 17.1.<sup>a</sup>II *i.f.* LPH, que para el arrendamiento de elementos comunes que no tengan asignado un uso específico exige, además del correspondiente acuerdo, «el consentimiento del propietario directamente afectado, si lo hubiere»; en cambio, *no hay una regla similar respecto del establecimiento de servicios comunes de interés general, contemplado en el primer inciso del mismo artículo 17.1.<sup>a</sup>II*, supuesto en el que se impone a los propietarios la obligación de permitir en sus departamentos las servidumbres requeridas para la creación del servicio, aunque con derecho a que la comunidad les resarza daños y perjuicios [art. 9.1.c) LPH].

Volviendo al artículo 11.4 LPH, la parte del edificio que ha de quedar inservible para el uso o disfrute de un propietario puede ser *tanto un elemento privativo suyo como un elemento común que él pueda usar y disfrutar*<sup>88</sup>. De otra parte, el supuesto se dará no sólo cuando el uso y disfrute sean de todo punto imposibles, sino siempre que se vean afectados o perjudicados<sup>89</sup>. Así resulta de las SSTs 23.3.1991 (RJ 2435) y 2.4.1993 (RJ 2984), a propósito de casos en los que la innovación pretendida (en el primero, la instalación de un armario para los contadores de gas en un elemento común donde antes había una jardinera, y, en el segundo, el cierre de la zona común existente delante de un edificio) comportaba la pérdida de luces y vistas activas y pasivas para unos locales de negocio;

<sup>87</sup> Según la exposición de motivos de la Ley 51/2003, la LPH es modificada «para obligar a la comunidad de propietarios a la realización de obras de accesibilidad en elementos comunes a favor de personas con discapacidad, y con el límite de que tales no excedan del importe de tres mensualidades; en caso contrario, únicamente serán exigibles si han sido aprobadas por acuerdo con la mayoría correspondiente».

<sup>88</sup> Así también, ECHEVERRÍA SUMMERS, *Comentarios*, pp. 333 y 334; FUENTES-LOJO, *La Ley*, p. 369, y PASTOR ÁLVAREZ, *La realización*, pp. 61 y 62.

<sup>89</sup> Algunos autores hablan en este sentido de innovaciones que ocasionen una grave incomodidad en el uso o disfrute de una parte del edificio (así, por ejemplo, DÍAZ MÉNDEZ, «Derechos...», p. 76, o MARTÍN-GRANIZO, al que cita y sigue, aun con matices, FUENTES-LOJO, *La Ley*, p. 370).

en ambas sentencias se destaca cómo la norma «exige imperativamente (“en todo caso”, dice) el consentimiento expreso del propietario de alguna parte del edificio cuyo uso o disfrute resulten afectados o perjudicados por la innovación u obra de que se trate...»<sup>90</sup>.

Aparte del caso a que se acaba de aludir, de instalación de elementos que privan a un propietario de luces y vistas, suelen considerarse inscribibles en el supuesto previsto en el artículo 11.4 LPH, los supuestos de instalación de anuncios luminosos en la fachada, o de aparatos o máquinas que ocasionan ruidos o vibraciones<sup>91</sup>, a los que cabría añadir la colocación de elementos que dificulten o imposibiliten la entrada a un departamento privativo<sup>92</sup>.

2. Dado que *el consentimiento del propietario afectado debe ser expreso*, el mismo no puede deducirse de su pasividad cuando, no habiendo asistido a la junta que adoptó el acuerdo, se le informe de su contenido, y guarde silencio, omitiendo asimismo cualquier impugnación judicial del acuerdo<sup>93</sup>. Lo mismo cabe decir cuando asiste a la junta, y en ella se limita a no oponerse al acuerdo (absteniéndose, o votando en blanco, por ejemplo)<sup>94</sup>. En tales casos, es la junta la que ha de interesar y obtener el consentimiento expreso del propietario, sin el cual la innovación no debería llevarse a cabo<sup>95</sup>.

Ese consentimiento puede manifestarse tanto en la misma junta como, después, mediante notificación al presidente de la comunidad o al secretario.

Algunos autores se han preguntado si puede dar tal consentimiento un propietario que, no obstante, quiera constar como disidente del acuerdo, porque no está interesado en la innovación ni, por tanto, desea contribuir al pago de los gastos derivados de su realización y mantenimiento. No se ve inconveniente para ello, ni siquiera aunque el consentimiento se obtenga a cambio de una compensación económica, sino que se entiende que una actuación de este tipo es conforme al espíritu del precepto, al facilitar la

---

<sup>90</sup> Vid. también la STS 30.1.1996 (RJ 542).

<sup>91</sup> Vid. ECHEVERRÍA SUMMERS, *Comentarios*, p. 334, y FUENTES-LOJO, *La Ley*, p. 368.

<sup>92</sup> Vid. el caso resuelto por la STS 9.10.1987 (RJ 6773), en el que la mayoría acordó instalar en el bordillo de la acera de un conjunto residencial unos aros que impedían el acceso de vehículos a un local, cuyo destino era precisamente la exposición de automóviles.

<sup>93</sup> En contra, DOMÍNGUEZ LUELMO, *La reforma*, p. 252.

<sup>94</sup> Así, FUENTES-LOJO, *La Ley*, p. 368, y parece que también PASTOR ÁLVAREZ, *La realización*, pp. 61 y 62.

<sup>95</sup> Si, no obstante, se realizara, sería cuando al afectado no le quedaría otra alternativa que recurrir a los tribunales para exigir que se deshiciera por no haberse acordado válidamente su ejecución (*vid.*, al respecto, mi trabajo, ya citado, *De nuevo sobre la impugnación de los acuerdos comunitarios en el régimen de la propiedad horizontal*, en particular, el número 2 del epígrafe 2.4).

introducción de innovaciones al tiempo que se deja a salvo a los disidentes frente a mejoras gravosas <sup>96</sup>.

3. *Si la persona afectada por la innovación no es la propietaria de un piso o local, sino un usufructuario, un habitacionista o un arrendatario, es claro que la comunidad no precisa de su consentimiento, pues el artículo 11.4 LPH se refiere únicamente al de los propietarios. Una vez más, el afectado únicamente podrá dirigirse contra el nudo propietario, el dueño o el arrendador de su departamento para hacer valer frente a él los derechos derivados de la relación que les une.*

## 6. EL OBLIGADO AL PAGO DE LA INNOVACIÓN

1. El último párrafo del artículo 11 LPH fue incorporado por la Ley 8/1999, de reforma de la LPH (entonces con el número 4, si bien hoy, tras la nueva reforma introducida por la Ley 51/2003, lleva ya el número 5), y establece que el obligado al pago de las derramas para la mejora es quien sea propietario en el momento de su exigibilidad <sup>97</sup>. De este modo se resuelven –al menos en parte– los problemas que pudieran plantearse en las hipótesis de transmisión de la titularidad de un piso o local después de haberse aprobado en junta una determinada innovación. Partiendo de aquí, conviene tratar por separado los supuestos de los números 2 y 3 del artículo 11 LPH.

2. *Así, en el caso del artículo 11.2 LPH, si el transmitente no disintió del acuerdo, el adquirente estará obligado a pagar todas las derramas que vayan devengándose después de la transmisión, aunque no esté conforme con la innovación ni ésta le interese, o incluso aunque desconociera el acuerdo (de ahí la importancia de que se informe debidamente, antes de adquirir, de los acuerdos comunitarios válidamente adoptados cuya ejecución puede afectarle); solidariamente con él responderá de estas deudas frente a la comunidad el transmitente, si éste no hubiera cumplido con su obligación de comunicar el cambio de titularidad conforme dispone el artículo 9.1.i) LPH, que deja a salvo el correspondiente dere-*

<sup>96</sup> En este sentido, *vid.* ECHEVERRÍA SUMMERS, *Comentarios*, p. 334; también FUENTES-LOJO, *La Ley*, pp. 368 y 369, que cita a Ventura-Traveset.

<sup>97</sup> Si ocupa el piso o local una persona distinta del dueño, los pactos que pudieran existir entre ambos en punto al pago de estos gastos en ningún caso vinculan a la comunidad, frente a la cual seguirá siendo deudor el propietario; a no ser, claro está, que la comunidad consenta que el ocupante asuma la deuda conjuntamente con el dueño (art. 1205 CC).

En concreto sobre la posibilidad de repercutir las derramas en el arrendatario, *vid.* PASTOR ÁLVAREZ, *La realización*, pp. 64 a 66, y la doctrina allí citada.

cho de repetición <sup>98</sup>. Si el transmitente disintió, quien trae causa de él será considerado asimismo como disidente a todos los efectos previstos en el artículo 11.2 LPH; por tanto, no tendrá obligación de contribuir a los gastos si la cuota de instalación de la mejora excede del importe previsto en el artículo 11.2.I LPH, y si estuviera interesado en disfrutar de ella, siempre podrá hacerlo conforme al artículo 11.2.II LPH; si la cuota de instalación no superara el límite legalmente fijado, serán a cargo del adquirente las derramas exigibles tras la transmisión, al igual que en el caso anterior.

Por lo que respecta a *las derramas para el pago de la mejora que fueran exigibles antes de la transmisión* (sea porque el entonces propietario no disintió, sea porque, aunque lo hizo, no quedó exonerado dado el coste de la innovación), son a cargo del transmitente. No está claro, sin embargo, si de las cantidades que éste no hubiera pagado *responderá* el adquirente con el inmueble adquirido en la medida prevista por el artículo 9.1.e).III LPH <sup>99</sup>. Para ello sería preciso, en principio, poder considerar los gastos como *generales*, pues la citada regla del artículo 9 parece partir de tal presupuesto; y esa consideración puede ser discutible cuando se trata de los gastos derivados de innovaciones no exigibles <sup>100</sup>, sobre todo cuando su uso y disfrute sea susceptible de individualización [*vid. art. 9.1.e).I LPH*].

3. Por último, tratándose de *obras de accesibilidad* válidamente acordadas, como de acuerdo con el artículo 11.3 LPH, todos los condueños, disidentes o no, están obligados a pagarlas con independencia de su coste, simplemente habrá que atender a quién ostenta la condición de propietario en el momento de la exigibilidad de cada derrama para determinar quién debe abonarla; ello sin perjuicio de la responsabilidad solidaria del transmitente conforme al artículo 9.1.i) LPH.

Del dato mismo de que deban ser costeadas por todos los copropietarios, o, en términos del artículo 11.3 LPH, de que toda la comunidad quede obligada al pago, derivaría, en mi opinión, un argumento a favor de la consideración como *comunes* de los gastos precisos para su realización, a los efectos previstos en el artícu-

---

<sup>98</sup> Así lo entiende también DOMÍNGUEZ LUELMO, *La reforma*, p. 256.

<sup>99</sup> DOMÍNGUEZ LUELMO (*La reforma*, p. 256) mantiene que el adquirente responde ante la comunidad de esas cantidades, sin perjuicio de que pueda reclamar del anterior propietario las derramas devengadas antes de la transmisión. Pero no alude a la afectación del piso o local al pago.

<sup>100</sup> *Vid.* al respecto ECHEVERRÍA SUMMERS, «Comentario a la STS 26.3.1999», pp. 1021 a 1023, y DOMÍNGUEZ LUELMO, *La reforma*, pp. 254 y 255. Por su parte, ZURILLA CARIÑANA entiende que las innovaciones no exigibles no quedan amparadas por la afectación (*Comentarios*, p. 257).

lo 9.1.e).III LPH; de hecho, el artículo 10.5 LPH declara afecto el piso o local al pago de los gastos derivados de la realización de las obras de accesibilidad a que se refiere el mismo artículo, obras que también están obligados a costear todos.

## 7. BIBLIOGRAFÍA

- BATLLE VÁZQUEZ, M.: *La propiedad de casas por pisos*, 6.<sup>a</sup> ed. Alcoy, 1970.
- CARRASCO PERERA, A.: «Comentario al artículo 17», *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*. (Coordinador: R. Bercovitz Rodríguez-Cano), 2.<sup>a</sup> ed. Pamplona, 2002.
- CARRASCO PERERA, A.; CORDERO LOBATO, E., y GONZÁLEZ CARRASCO, C.: *Derecho de la construcción y la vivienda*, 3.<sup>a</sup> ed., Madrid, 2000.
- DÍAZ MÉNDEZ, N.: «Derechos de uso y disfrute de elementos comunes», *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, 1994, XXI, p. 31.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: «Comentario al artículo 11», *La reforma de la Propiedad Horizontal*, (Coordinador: V. Guilarte Gutiérrez), Valladolid 1999.
- DORREGO DE CARLOS, A., y ARANDA ESTÉVEZ, J. L.: *Derecho de la Propiedad Horizontal*. Barcelona 2000.
- ECHEVERRÍA SUMMERS, F. M.: «Comentario al artículo 10» y «Comentario al artículo 11», *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*, (Coordinador: R. Bercovitz Rodríguez-Cano), 2.<sup>a</sup> edición, Pamplona, 2002.
- «Comentario a la STS 17.12.1999», *CCJC* núm. 54, 2000, p. 955.
- «Comentario a la STS 26.3.1999», *CCJC* núm. 51, 1999, p. 1011.
- ESTRUCH ESTRUCH, J., y VERDERA SERVER, R.: *La Junta de propietarios: constitución, acuerdos e impugnación*, Pamplona, 2000.
- FUENTES-LOJO, J. V.: *La Ley de Propiedad Horizontal después de la reforma de 6 de abril de 1999*, t. I, Barcelona, 2000.
- GÓMEZ CALLE, E.: *De nuevo sobre la impugnación de los acuerdos comunitarios en el régimen de la propiedad horizontal*, Valencia, 2004.
- «Los acuerdos *contra legem* en el régimen de propiedad horizontal. [comentario a la Sentencia del TS de 26 junio 1998 (RJ 1998, 5018)]», *RdP* 1999-1. núm. 2, p. 405.
- LÓPEZ PÉREZ, J.: «Régimen de acuerdos en la Propiedad Horizontal», *RCDI* 1994, núm. 623, p. 1563.
- LOSCERTALES FUERTES, D.: *Propiedad Horizontal. Comunidades y Urbanizaciones*, Tomo I, 4.<sup>a</sup> ed., Madrid, 2000.
- MARTÍNEZ ATIENZA, G.: *La Ley de Propiedad Horizontal. Jurisprudencia, comentarios doctrinales y concordancias*, Granada, 2002.
- MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.: «Comentario del artículo 395». *Comentario del Código Civil*, t. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.
- MORO ALMARAZ, M. J.: «Oposición abusiva en la adopción de acuerdos para los que la LPH exige unanimidad, (comentario a la STS de 14 de julio de 1992)», *Poder Judicial*, núm. 29, 1993, p. 133.
- PASQUAU LIAÑO, M.: «La protección de los disidentes en el régimen de acuerdos de la Ley de Propiedad Horizontal», *Act. Civ.* 1987, núm. 17, 341, p. 1057.
- PASTOR ÁLVAREZ, M. del C.: *La realización de obras por la comunidad en los elementos o servicios comunes del edificio*, Valencia, 2001.

- PÉREZ UREÑA, A. A.: «La instalación del ascensor comunitario», *El Derecho. Diario de Jurisprudencia*, núm. 1215, 28.6.2000.
- «La instalación novedosa del ascensor comunitario», *Act. Civ.* 2001, núm. 11, XVI, p. 397.
- PRATS ALBENTOSA, L.: «El deber de conservación de los elementos comunes de la propiedad horizontal», *RdP* 2000-1, núm. 5, p. 59.
- VV. AA. (HERNANZ CANO, L.; DÍAZ HERNÁNDEZ, M. A.; ILLESCAS RUS, A.; PAZ RUBIO, J. M., Y VENTOSO ESCRIBANO, A.): *Las Comunidades de propiedad urbana*, Madrid, 1999.
- VV. AA. (BALLESTEROS PASCUAL, A.; MORENO MARTÍ, F. J.; JAIME LÓPEZ, I.; ROSAT ACED, C., Y ROSAT ACED, J. I. –coordinador–): *Comentarios a la nueva Ley de Propiedad Horizontal*, Valencia, 1999.
- ZANÓN MASDEU, L.: *La propiedad de casas por pisos*, Barcelona, 1964.
- ZURILLA CARIÑANA, M. de los A.: «Comentario al artículo 9», *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal* (Coordinador: R. Bercovitz Rodríguez-Cano), 2.ª ed., Pamplona, 2002.



# La responsabilidad en el contrato de depósito: su génesis histórica

**SONIA MARTÍN SANTISTEBAN**  
Universidad de Cantabria

**SUMARIO:** I. *El depósito en Derecho Romano:* 1. *Orígenes y desarrollo histórico del contrato.* 2. *Caracteres del contrato.* 3. *Configuración de las obligaciones a cargo del depositario.* 4. *La responsabilidad del depositario y su encuadre en el marco de la responsabilidad contractual en Derecho Romano.*—II. *El largo período comprendido entre la caída del imperio romano y la codificación. Evolución del régimen jurídico de la responsabilidad del depositario:* 1. *Influencia germánica.* 2. *Derecho Medieval (desde el comienzo de la Reconquista hasta la Recepción del Derecho Romano).* 3. *Derecho de la Edad Moderna.*—III. *La regulación del depósito en los primeros códigos europeos y en los antecedentes al Código Civil español:* 1. *Código napoleónico:* 1.1 *Pervivencia de los elementos típicos del contrato.* 1.2 *Cambio en la configuración de las obligaciones a cargo del depositario.* 1.3 *La responsabilidad del depositario por incumplimiento contractual. Criterio de la diligencia «quam suis»:* 1.3.1 *La responsabilidad del hotelero por la introducción de efectos en su establecimiento.*—2. *Código italiano de 1865.*—3. *Antecedentes al Código Civil español:* 3.1 *Proyecto de 1851:* 3.1.1 *Caracteres del contrato.* 3.1.2 *La responsabilidad del depositario por incumplimiento contractual. La diligencia del buen padre de familia.* 3.1.3 *La responsabilidad del hotelero por la introducción de efectos en su establecimiento.*

## I. EL DEPÓSITO EN DERECHO ROMANO

### 1. ORÍGENES Y DESARROLLO HISTÓRICO DEL CONTRATO

La finalidad a la que responde el contrato de depósito se remonta a época muy antigua, resultando oscuras y confusas sus primeras manifestaciones.



Una postura doctrinal mayoritaria entiende que en los primeros tiempos del Derecho Romano el depósito se constituía por medio de una traslación de propiedad acompañada de un pacto de «fiducia cum amico». Al no haberse perfilado aún las ideas de posesión y de «nuda detentio», las partes no podían alcanzar el fin del depósito si no era recurriendo a una transferencia de propiedad acompañada de un pacto de fiducia. Pacto en virtud del cual el depositario se obligaba a retransmitir al «tradens» la propiedad de la que se había despojado transitoriamente<sup>1</sup>.

Sin embargo, hay quienes consideran poco probable la hipótesis de que la fiducia, como negocio obligatorio tutelado por una acción de buena fe, existiese ya en la época quiritaria<sup>2</sup>. Así, según Herrera Bravo, los arcaicos negocios como el mutuo, el depósito y el comodato se desarrollan sobre el presupuesto de la amistad, a través de un pacto convalidado por el elemento sacral de la «fides» y que tiene por objeto la restitución. La «datio» o entrega de la cosa es dada en base a la confianza y a la fe en el otro, de ahí que la negativa a la restitución constituya una violación de la «fides» sancionada religiosamente<sup>3</sup>.

Efectos del pacto de «fiducia» eran la obligación de restituir la propiedad de la cosa a primera demanda y la responsabilidad del «accipiens», que no respondía únicamente por dolo, sino que quedaba sometido a una responsabilidad de tipo objetivo. En caso de que éste se negase a restituir, el «tradens» que por cualquier medio hubiese recuperado la cosa, sin necesidad de justo título ni de buena fe, y la tuviese en su posesión por espacio de un año, contaba a su favor con la «usureceptio ex fiducia», un tipo de usucapión que le permitía conservar la cosa.

No obstante la «fiducia» también presentaba inconvenientes. Al producirse la transmisión de la propiedad, si el «accipiens» había transmitido la cosa a un tercero, al antiguo propietario sólo le quedaba la «usureceptio». La «actio fiduciae directa» era una

<sup>1</sup> JACMIN, P.: *Du dépôt en Droit romain*, París, 1880, pp. 1 y 2; AMILHAU, A.: *Du dépôt en Droit romain*, Tesis, Toulouse, 1885, pp. 19 ss.; MOTET, P.: *Du dépôt (Droit romain)*, t. 26, París, 1889, pp. 9 y 10; GESTIN, R. L. M.: *Du dépôt...*, pp. 9 ss.; D'ORS, A.: «Una observación sobre la naturaleza del depósito no gratuito en Derecho Romano», en *Revista de la Facultad de Derecho de Madrid*, julio-diciembre 1941, núm. 6-7, pp. 129 ss.; SCHULZ, F.: *Derecho romano clásico*, Barcelona, 1960, pp. 496 y 497; GUZMÁN BRITO, A.: *Derecho Privado Romano*, t. II, Chile, 1996, p. 114.

<sup>2</sup> NEGRI, G.: voz «Depósito nel diritto romano, medievale e moderno», in *Digesto delle Discipline Privatistiche*, Sezione civile, Torino, 1989, 4.<sup>a</sup> ed., p. 228; ZANNINI, P.: «Responsabilità per furto e tutela del deposito e del comodato in età repubblicana», *Atti del Seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano*, Milano, 7-9 aprile 1987, vol. II, Milano, 1990, p. 180.

<sup>3</sup> HERRERA BRAVO, R.: *El contrato...*, pp. 38, 74, 75 y 453.

acción personal que sólo podía ejercitarse contra el depositario y que en caso de insolvencia por su parte se tornaba en ineficaz.

Para evitar dichos inconvenientes, incluso los partidarios del origen fiduciario de la «*actio depositi*» entienden que, en la práctica, debía ser bastante frecuente la simple entrega sin transmisión de la propiedad con el compromiso por parte del «*accipiens*» de restituir a primera demanda<sup>4</sup>. En su origen este acuerdo entre las partes, al igual que sucedió con el pacto de «*fiducia*», no conllevaba ninguna obligación civilmente exigible, sino únicamente la buena fe del «*accipiens*». Ello limitaba los recursos del depositante que quería recuperar su cosa frente a un «*accipiens*» incumplidor, a la acción reivindicatoria y a la «*condictio furtiva*», en caso de hurto, condicionadas ambas por la necesidad de ser propietario.

De ahí la necesidad de una evolución de la figura, y la concesión al depositante, en un primer momento, de una acción penal «*in duplum*» por causa de apropiación indebida. Tal acción, concedida por la Ley de las XII Tablas<sup>5</sup>, condenaba al depositario que negase de mala fe haber recibido la cosa a abonar el doble de su valor. En un segundo momento se dota de autonomía al depósito como negocio jurídico mediante la «*actio depositi in factum*», que tenía por objeto sancionar el dolo del depositario, presunto, cuando el depositario no restituía la cosa que estaba en su poder. Ésta vino a sustituir la acción de hurto, conservando por ello algunos rasgos penales como su carácter «*in duplum*» en caso de depósito necesario<sup>6</sup>.

Pero la contractualización del depósito como negocio jurídico recíproco, en que la entrega actúa como fundamento de una «obligatio» y no ya como presupuesto del dolo por la no restitución (propio de la «*actio in factum*»), no tiene lugar hasta principios del período clásico, cuando aparece la «*actio depositi in ius*» y el depósito pasa a ser visto como contrato, es decir, como fuente de «*oportere*», de obligaciones civiles. Si bien algunos discuten su naturaleza como contrato real al no producirse la transmisión de la propiedad de la cosa depositada, la simple entrega de la misma al depositario en concepto de detentador<sup>7</sup> era generadora de acciones

<sup>4</sup> GESTIN, R. L. M.: *Du dépôt...*, p. 20.

<sup>5</sup> Paul. Sent. 2.12.11 y Coll. 10.7.11 (*Fontes Iuris Romani Antejustiniani*, vol. II).

<sup>6</sup> ROTONDI, G.: «Contributi...», pp. 1 ss., señala que la anualidad, la limitada transmisibilidad pasiva a los herederos y la noxalidad, características propias de la «*actio in factum*» para el depósito, ponen de manifiesto el carácter penal de la misma.

<sup>7</sup> D. 16.3.17.1 (*Digesta Iustiniani*, ed. Mommsen-Krüeger).

En este sentido, MOTET, P.: *Du dépôt (Droit romain)*, t. 26, París, 1889, p. 17, y SCHULZ, F.: *Derecho...*, p. 495, según los cuales el depositario no debía poseedor, sino que adquiría la simple detentación material de la cosa, puesto que ni siquiera podía usar los interdictos posesorios para defender la posesión de la cosa.

civiles en favor de ambas partes y, por tanto, fuente de un auténtico contrato.

Se siguen encontrando huellas de la acción «in factum» en tiempos de Cicerón<sup>8</sup>, pero ésta desaparece definitivamente a finales de la época clásica, al producirse la absorción del derecho pretorio por el «ius civile» asimilándose ambos ordenamientos.

## 2. CARACTERES DEL CONTRATO

Los romanos tenían tan alta idea de este contrato que le llamaban «sacer contractus», porque más que ningún otro «está fiado á la honradez y probidad de las personas». Los antiguos pensaban incluso que quien no restituía un depósito era perseguido por la venganza divina y en su configuración externa era considerado como un hombre peligroso. De ahí que el depositario condenado por «actio depositi» sufría, según el Edicto pretorio, una degradación en su honor civil (infamia).

La consideración solemne de la amistad, presupuesto de la relevancia y fuerza jurídica del depósito, era incompatible en el Derecho Romano clásico con la percepción de una remuneración. Cuando mediaba un precio, el depósito se convertía en un contrato de arrendamiento de obra («locatio conductio operis»), aunque la doctrina mayoritaria entiende que si el dinero no se hubiera recibido en concepto de salario, sino de premio, honorario o indemnización, el acuerdo celebrado entre las partes seguía siendo un depósito<sup>9</sup>.

En tiempos de Justiniano se asiste a una alteración de dos de los rasgos esenciales del depósito: el tratarse de un contrato celebrado en interés exclusivo del depositante, ya que se admite como depósito y no ya como mutuo el llamado depósito irregular, y el de la gratuidad. Se hace prevalecer en este punto la voluntad de las par-

<sup>8</sup> CICERÓN: «De officiis», pp. 3, 17, 70.

<sup>9</sup> PAGES DE BEAUFORT: *Du dépôt en Droit romain*, Tesis, Toulouse, 1877, pp. 21 y 22: «hay que distinguir entre aquel caso en que, al fijar un salario, se ha querido obtener el equivalente de los cuidados prestados, y aquel otro en que el depositario ha querido asegurarse de antemano el pago de una indemnización por los gastos que ha de realizar con motivo de la guarda, habiéndose, sin embargo, obligado a esta guarda más por complacencia que por beneficio. Esta distinción es factible teniendo el cuenta el valor del salario estipulado y la profesión de la persona encargada del cuidado de la cosa». En el mismo sentido: GANDOLFI, G.: *Il deposito nella problematica della giurisprudenza romana*, Milano, 1976, pp. 107 ss.; LONGO, C.: *Corso...*, p. 11; AMILHAU, A.: *Du dépôt...*, p. 36. HERRERA BRAVO, R.: *El contrato...*, p. 243: afirma que «será ejercitable la *actio conducti* donde sea pactada una *merces*; la *actio depositi in ius* cuando intervenga una compensación a título de premio, y tanto más cuando venga contractualmente pactada la agravación de la responsabilidad, y por último la *actio depositi in factum* en caso de depósito ordinario gratuito con responsabilidad del *accipiente* dentro de los límites del *dolo*».

tes en la calificación del negocio, de forma que aunque se hubiese pactado la existencia de una remuneración, se entiende que ello no tiene por qué afectar a la naturaleza del contrato si no es esa la voluntad de las partes<sup>10</sup>.

El Gayo de las Instituciones menciona únicamente el «*mutuum*» como contrato real, pero en las *Res cottidianae o aurae* (de época posclásica) añade a esta categoría el comodato, el depósito y la prenda. Astuti afirma que «a la inclusión del *depositum* entre las figuras típicas en que *re contrahitur obligatio* se opuso probablemente en los primeros tiempos además de la originaria naturaleza penal y no contractual de la defensa jurídica pretoria, la propia noción técnica de la *datio rei*, que en un primer momento estaba restringida para las hipótesis de transferencia de la propiedad (*mutuum, solutio indebiti*). Noción que se extendió a las hipótesis de simple entrega de una *res*, fuente de la obligación de restituir (*depositum, commodatum, pignus*), paralelamente al reconocimiento de la fisonomía negocial típica del depósito como contrato nominado»<sup>11</sup>.

En la medida en que el contrato generaba obligaciones para el depositario y sólo eventualmente para el depositante, podía hablarse de bilateralidad imperfecta. No así de sinalagma, que sólo habrá cuando se admita el carácter retribuido del depósito y las prestaciones de guarda y de retribución estén recíprocamente conectadas.

### 3. CONFIGURACIÓN DE LAS OBLIGACIONES A CARGO DEL DEPOSITARIO

En la evolución del contrato de depósito aparece primeramente, como obligación característica, la de restituir la cosa. La «*actiō*

---

<sup>10</sup> D. 13, 6, 5, 2 y D. 47, 8, 2, 23. Díez Soto, C. M.: *El depósito profesional*, Barcelona, 1995, p. 23, entiende que esto «ha de ponerse en conexión con el decaimiento, a partir del Bajo Imperio, de la locación, que tiende a degenerar en relaciones de sujeción personal al poder doméstico de quien encargaba la realización de determinados trabajos».

Según ÁLVARO D'ORS: «Una observación...», pp. 129 ss., el depósito retribuido debió de existir como tal antes de que se constituyeran las categorías de depósito y arrendamiento, y debía de tener su carácter y sus efectos propios y distintos de los de estas otras figuras jurídicas. Una elaboración doctrinal habría conseguido su inserción en la nueva categoría de las locaciones, haciendo resaltar su carácter sinalagmático. Los bizantinos cambiaron de orientación: para ellos la existencia de una «merces» no alteraba, si las partes querían que no se alterase, la naturaleza del depósito. «De este modo se llegó a la disolución definitiva de la custodia retribuida, asimilándose ésta, siempre que las partes lo quisieran, a un depósito (en el que la responsabilidad, como era forzoso, había de ser apreciada distintamente), y, en los restantes casos, a un arrendamiento, aunque también con caracteres específicos».

<sup>11</sup> ASTUTI, G.: voz «deposito (storia)», *Enciclopedia del Diritto*, t. XII, p. 213.

depositi» se concede principalmente para obtener el cumplimiento de la obligación de restituir la cosa íntegra más sus incrementos<sup>12</sup>. Por lo menos hasta tiempos de Justiniano la custodia no hacía referencia a una obligación, sino a un criterio de responsabilidad<sup>13</sup>.

Etimológicamente «restitutio» viene del latín «re» (retorno) y «stato» (posición, situación), por tanto vuelta, reposición al lugar o a la situación anterior. Pero la traducción aparentemente sencilla de este término no es tal sino que pueden distinguirse en los textos hasta cuatro acepciones del término «restituere»<sup>14</sup>: a) «reddere» y «deferre», devolver, restituir. Restituir es hacer a uno poseedor y también devolver los frutos<sup>15</sup>; b) «in pristinum statum reducere», restituir o devolver algo a un estado anterior, poner en el estado anterior, pudiendo equivaler en sentido propio a «reficere», «tolle-re», «reponere», y en sentido figurado a «instaurare», «restaurare» y también a veces a «rescindere». Tiene cabida aquí la «restitutio in integrum», medida procesal por medio de la cual el pretor declaraba nulo un acto jurídico y ordenaba poner a las partes en su situación primitiva u originaria, como si el acto no hubiese existido<sup>16</sup>;

<sup>12</sup> D. 44, 7, 1, 5; Inst. 3, 14, 3 (*FIRA*, vol. II). En este sentido, afirma MOTET, P.: *Du dépôt...*, p.38, que, en Derecho Romano el objeto principal del depósito es dar nacimiento a la obligación de restituir el objeto del contrato entre las manos del depositante. La razón de ser de la obligación de encargarse de buena fe de la guarda de la cosa es asegurar la ejecución de la segunda obligación del depositario, que es la de devolver la cosa; siendo esta última el objetivo principal directamente perseguido por el contrato. PANERO, R.: *Derecho Romano...*, p. 269, nota 93, partiendo de la duda acerca de la existencia o no en Derecho Romano clásico de una obligación de custodiar, con carácter autónomo y esencial, independiente de la de restituir, recuerda: «a) que la sanción del depositario que incumple es afrontada, en las fuentes, siempre bajo el prisma del *non reddere*; b) que, consiguientemente, el deber de custodiar permanece en el lenguaje de ellas en la sombra, tras la obligación de restituir; c) que la razón de ello obedece a que el jurista no valora las diferentes *species facti*, a él presentadas, bajo la impronta de la obligación, sino de la acción ejercitable, siendo determinante para decantarse el resultado práctico que aquella comporta; d) que, como remarca GANDOLFI, quienes defienden que la obligación de custodiar es esencial, típica y exclusiva del Depósito no explican el hecho de que en un transporte gratuito por mar (D. 4. 9. 3. 1) pueda intentarse la *actio depositi*».

<sup>13</sup> METRO, A.: *L'obbligazione di custodire nel Diritto romano*, Milano, 1966, p. 95: «salvo raras excepciones, las fuentes no mencionan la custodia bajo el significado de actividad, sino que son más abundantes aquellas que con este término hacen referencia a la particular responsabilidad a la que la custodia da nombre». Para BADOSA COLL, F.: «Del depósito», *Comentario del Código Civil*, vol. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, 2.ª ed., p. 1655, la guarda sólo se convirtió en obligación independiente con la Codificación, mientras que la restitución fue la obligación sobre la que se fundó la eficacia típica del depósito.

<sup>14</sup> HEUMANN, H., y SECKEL, E.: *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*. 11 Auflage. Reimpr. Graz, 1971, pp. 515 y 516; PANERO, R.: *Deponere y reddere en la actio depositi in factum*, Barcelona, 1989, pp. 81-83.

<sup>15</sup> D. 50.16.22; D. 50.16.35; D. 50.16.73; D. 50.16.246.1; D. 4.2.12; D. 50.17.173.1; D. 3.3.46.4; D. 44.7.1.3; D. 50.16.75; D. 6.1.17.1; D. 6.1.35.1; D. 7.9.1.7; D. 36.1.2; D. 32.41.14; D. 35.3.8.

<sup>16</sup> D. 4.2.9.7; D. 49.14.29.1; D. 34.9.8; D. 2.9.2.1; D. 16.1.9.14; D. 4.1.7.1; D. 4.6.40.1; D. 28.3.6.12; D. 48.23.4; D. 48.18.27; D. 3.1.1.10; D. 35.1.104; D. 37.4.1.9.

c) «praestare», garantizar, entregar o ejecutar una prestación<sup>17</sup>. Por tanto esta tercera acepción del término implica responsabilidad, la responsabilidad específica que el deudor asume frente al acreedor en el cumplimiento de su obligación; d) «rationes rei reddere», dar cuentas de una administración patrimonial<sup>18</sup>.

Prescindiendo de la cuarta acepción, irrelevante por lo que respecta a la obligación de restituir del depositario, vemos que la expresión «restituere» en Derecho Romano iba más allá del simple «reddere», entendido éste como un devolver la cosa con sus frutos y acciones.

El «redditam non esse» de la fórmula «in factum» del depósito tiene el sentido estricto de devolver a alguien lo que ya tuvo antes, limitándose la obligación del juez a comprobar si fue devuelta o no la cosa al depositante<sup>19</sup>. Pero el «restituere», en su significado de reintegrar al actor en su derecho sobre la cosa, no es tampoco totalmente ajeno al contrato de depósito, ya que aparece en cierto modo en los «iudicia bonae fidei» por medio del «dare facere oportere»<sup>20</sup>. Las acciones de buena fe, entre las cuales está la «actio depositi», fueron concebidas con una gran amplitud, siendo fundamental el papel que en ellas desempeñaba el órgano judicial. El juez podía condenar al depositario incumplidor no sólo a que restituyera el valor de la cosa depositada («aestimatio rei»), sino a que respondiera de todas las consecuencias patrimoniales derivadas de la ausencia de la prestación. Se comprende la más completa estimación del «id quod interest».

Este significado más amplio de «restituere» podría defenderse también en caso de admitir el carácter arbitrario de la «actio depositi in ius»<sup>21</sup>, donde el «restituere» significa, según la doctri-

<sup>17</sup> D. 5.3.16.

<sup>18</sup> D. 22.1.1.3; D. 26.7.15; D. 46.6.10; D. 4.4.32; D. 26.7.28.1; D. 33.1.21.5; D. 48.10.1.9.

<sup>19</sup> Gai.Inst. 4,47 (LENEL, O.: *Das Edictum Perpetuum*, 3.ª ed., reimpr. Aalen, 1985, p. 289).

Ahora bien, para que se considerara cumplido el «reddere», habían de darse tres requisitos: a) «eam rem» (restitución de la misma cosa recibida); b) «res integra» (no parece ser la misma cosa aquella que al restituirse está deteriorada); c) «ne nuda res» (el «reddere» no se considera cumplido por la mera entrega de la nuda res, recibida en custodia, sino que debe comportar los frutos que eventualmente genere, así como las acciones y cualesquiera otros incrementos que en ella se produzcan a lo largo de su permanencia en poder del depositario): PANERO, R.: *Deponere...*, pp. 75-97, y *Derecho Romano...*, pp. 51-299.

<sup>20</sup> Gai.Inst. 4, 47 (LENEL, O.: *Das Edictum...*, p. 288).

<sup>21</sup> Para obviar los inconvenientes del procedimiento formulario, surgieron las acciones arbitrarias que permitían al juez, mediante la inclusión de la cláusula «nisi restituetur» o «neque restituetur» en la fórmula, dirigir una «pronuntiatio» al deudor. Por medio de la misma se le advertía de que iba a ser condenado y del importe de la pena, y se le autorizaba a que restituyera o exhibiera la cosa. En caso de que el demandado acatase la orden del juez, quedaba absuelto, de lo contrario era condenado. Pero la estimación del valor de la

na mayoritaria, «reintegración al actor del derecho sobre la cosa»<sup>22</sup>.

Esta acepción del término no puede considerarse vigente en la actual obligación de restituir del depositario<sup>23</sup>. Frente al Derecho Romano, que carece de un régimen unitario de responsabilidad y en el que la determinación del contenido concreto del deber de indemnizar depende del tipo de «actio» que proceda, nuestro sistema, basado en la «obligatio», cuenta con el instituto de la responsabilidad para resarcir a la víctima y reponerla en el estado en que se encontraría de no haberse producido el incumplimiento.

Podríamos no obstante plantearnos si, en el caso de cosas depositadas en manos de profesionales, cuya esfera de control abarca todos aquellos eventos típicos de la actividad por ellos desempeñada<sup>24</sup>, no cabría esperar por parte del depositario profesional el cumplimiento de una obligación de restituir, cercana a la tercera acepción mencionada, es decir, la de «praestare» o garantizar el cumplimiento de una prestación.

Contenido irreductible de la obligación de restituir (ya sea en la «actio in factum» o en la «actio in ius») era en todo caso el de restituir la cosa «cum omni causa», es decir con sus accesorios, frutos y productos<sup>25</sup>.

La doctrina romanista coincide a la hora de atribuir a la restitución el papel de obligación característica del contrato de depósito

cosa ya no la hacía el juez, sino el propio demandante, mediante un «iusiurandum in litem» (declaración de valor reforzada mediante un juramento). Las letras «NR» que aparecen en la fórmula «in ius» de la «actio depositi», en el manuscrito veronés (versión de las Instituciones de Gayo), después de la «condemnatio» y antes de las palabras «si non paret absolutio», han sido interpretadas por algunos autores como indicadoras de la cláusula restitutoria de las acciones con cláusula arbitraria (LENEL, O.: *Das Edictum...*, p. 288, nota 12; METRO, A.: *L'obbligazione...*, p. 135, nota 122; GUZMÁN BRITO, A.: *Derecho...*, p. 116. En sentido contrario, KASER, M., y HACKL, K.: *Das Römische Zivilprozessrecht*, München, 1996, 2.<sup>a</sup> ed., p. 340, nota 46).

<sup>22</sup> HERRERA BRAVO, R.: *El contrato...*, p. 127; PANERO, R.: *Deponere...*, pp. 84 y 85; SCHULZ, F.: *Derecho...*, pp. 36 y 37: «los juristas clásicos la interpretaban (*refiriéndose a la cláusula "nisi restituetur"*) muy liberalmente, pues el juez era autorizado no solamente a ordenar la restitución de la *res*, sino también a imponer el abono de frutos y daños. La palabra *restituere* es tomada en la acepción de "*in integrum restituere*". En el mismo sentido, GUZMÁN BRITO, A.: *Derecho privado romano*, t. I, Chile, 1996, pp. 184 y 185, refiriéndose al "restituere" de la cláusula arbitraria, afirma que: "Por *restituere* se entiende hacer todo lo conducente a que el actor resulte colocado en un estado de satisfacción igual a aquel que, de haber existido ya en el momento de la *litis contestatio*, hubiera hecho innecesario consumir esta última. Una forma particular de restituir es "devolver" (*reddere*), que por cierto sólo tiene lugar cuando el actor reclama una cosa; pero su devolución no siempre agota la restitución, pues a veces aquélla puede comprender algo más, como la indemnización de los deterioros de la cosa y de los frutos producidos».

<sup>23</sup> MARTÍN SANTISTEBAN, S.: *El contrato de depósito: Estudio de la responsabilidad del depositario*, Pamplona, 2002 (en prensa).

<sup>24</sup> MARTÍN SANTISTEBAN, S.: *El contrato...*

<sup>25</sup> D. 16.3.1.24: D. 22.1.38.10.

en Derecho Romano <sup>26</sup>. El ejercicio de la «*actio depositi in factum*» exigía como presupuesto, junto al dolo, el «*non reddere*» y, por mucha amplitud que queramos darle, este presupuesto debía consistir necesariamente en una no restitución íntegra de la cosa depositada con sus frutos, accesiones e incrementos. No cabía, al amparo de la fórmula «*in factum*», sancionar comportamientos del depositario que no se tradujeran en un «*non reddere*». Con la aparición de la «*actio in ius*» se dota de mayor amplitud al presupuesto de la «*actio depositi*». El juez podía tomar en consideración cualquier comportamiento del depositario contrario a la buena fe contractual, y como tal, doloso. Ello permitía sancionar comportamientos (activos) que, aunque no se plasmaran inmediatamente en una falta de restitución, sí se traducían en un actuar deshonesto o desleal. Así, por ejemplo, al amparo de la «*actio depositi*», cabía sancionar al depositario que hubiese leído el testamento recibido en depósito <sup>27</sup>, al que hubiese perdido la cosa sin dolo después de haberla enajenado y vuelto a recuperar (se califica como dolosa la enajenación en sí en cuanto supone un comportamiento desleal <sup>28</sup>, al margen de que la posterior actuación del depositario que condujo a la pérdida no fuera dolosa) <sup>29</sup>.

Desde este punto de vista coincidimos con Metro en que, al margen de la obligación de restituir, el depositario queda obligado a observar determinados comportamientos acordes con la buena fe, pero no podemos hablar de obligación de custodiar tal y como es concebida por la doctrina moderna. Sólo eran sancionables comportamientos activos contrarios a la buena fe, pero no tenía cabida en la responsabilidad exigible al depositario la omisión de vigilancia sobre la cosa, aunque la misma fuera causa del robo o de cualquier otro daño infligido por terceros <sup>30</sup>. Como veremos en el epígrafe siguiente, la responsabilidad por hurto o por daños causados por terceros, en los casos en que podía ser exigible al depositario (por mediar una remuneración, haberse ofrecido el depositario o haberse celebrado el contrato en su interés, o haberlo acordado así

<sup>26</sup> Ver notas 12 y 13.

<sup>27</sup> D. 16, 3, 1, 38.

<sup>28</sup> El depositario sólo puede tener la cosa en guarda, pero no usarla, disfrutarla ni disponerla: Gai. Inst. 3, 196.

<sup>29</sup> D. 16, 3, 1, 25.

<sup>30</sup> METRO, A.: *L'obbligazione...*, pp. 139 ss. En el mismo sentido, HERRERA BRAVO, R.: *El contrato...*, pp. 332 y 333: «podemos en efecto excluir que en Derecho Romano sea configurable una obligación de custodiar del depositario, con la misma extensión que le atribuyen los modernos, pues no es suficiente para dar lugar a un planteamiento de responsabilidad la simple omisión de la custodia —que eventualmente ha facilitado el hurto o el daño de la cosa— como presupuesto de protección de la *res deposita* frente a terceros, que debería de ser contenido fundamental de la obligación de custodia».



las partes), era denominada «responsabilidad por custodia», pero poco o nada tenía que ver con la obligación de custodiar.

Pero seguimos coincidiendo con el pensamiento de Metro en que las consideraciones anteriores no nos permiten excluir cualquier relevancia a la actividad de custodiar. «Si queremos entender la causa como “el interés que explica y al menos en parte justifica la declaración contractual y negocial”, o como la “función económico-social del negocio” o como “el fin uniforme, general y constante presente en todo contrato de un determinado tipo”, la imposición al depositario de la sola obligación de restituir no habría sido suficiente para la realización del interés, de la función, de la finalidad de custodia, y para diferenciar por lo tanto nuestro contrato de todos los demás contratos que comportan una obligación de restituir.»

Queda patente la necesaria coordinación de ambas obligaciones o deberes desde el punto de vista de la configuración causal del contrato. Del mismo modo que en el derecho vigente, intercambiado el protagonismo desempeñado por cada obligación en el contrato, no puede minimizarse el papel del deber de restituir que coadyuva a la funcionalidad del tipo negocial elegido por las partes para la consecución de la finalidad práctica pretendida<sup>31</sup>, no puede defenderse en Derecho Romano que la única obligación a cargo del depositario era la restitución del bien. Califiquemos o no dicha actividad como una obligación –con las reservas señaladas por Metro–, el depositante recurría a su amigo de confianza para que sus bienes, mediando una adecuada custodia, le pudieran ser restituidos cuando lo deseara. Esperaba una futura restitución, pero había recurrido al depositario porque confiaba en que sus pertenencias fueran custodiadas conforme a la «bona fides». Sólo desde esta «coordinación causal» se explica el que se evalúe la buena fe contractual del depositario en función de la «causa custodiendi».

#### 4. LA RESPONSABILIDAD DEL DEPOSITARIO Y SU ENCUADRE EN EL MARCO DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL EN DERECHO ROMANO

Parece existir acuerdo entre la doctrina romanista sobre la imposibilidad de reconstruir una concepción unitaria según la cual los romanos hubieran tenido fijados los criterios y límites de la responsabilidad contractual. En un primer momento sólo se atiende

---

<sup>31</sup> MARTÍN SANTISTEBAN, S.: *El contrato...*

a la existencia o no de un hecho por parte del deudor (quedaban excluidas las conductas omisivas y los supuestos de fuerza mayor) al que quepa atribuir la destrucción o deterioro de la cosa, careciendo de relevancia cuál había sido la intención del sujeto<sup>32</sup>.

Paulatinamente, por influencia de la práctica, la jurisprudencia fue introduciendo limitaciones. Así fueron quedando excluidos, no sólo las conductas omisivas y los supuestos de fuerza mayor, sino también, para los negocios celebrados «inter vivos», los casos en que el deudor no tuviese conocimiento de la obligación. Se va a ir concediendo progresivamente relevancia a la intención del deudor, hasta llegar a una sustitución del hecho por la culpa imputable al deudor. No obstante, no parece que se pueda hablar de la culpa, tal y como es entendida modernamente, hasta tiempos de Justiniano<sup>33</sup>.

La jurisprudencia determinaba en cada tipo de contrato el nivel de responsabilidad que era exigible al deudor, recurriendo para ello, en algunos casos, al principio de utilidad o —como lo denominan otros— criterio del reparto de cargas y ventajas del contrato<sup>34</sup>.

Podemos hablar, en época clásica, de una responsabilidad por dolo y de una responsabilidad por custodia. La responsabilidad por custodia constituía un grado de responsabilidad objetiva, no se valoraba la culpabilidad del individuo en el resultado dañoso, ni si se había cumplido o no la obligación de custodiar. El deudor obligado a custodiar responde directamente en caso de no cumplir con

---

<sup>32</sup> CANNATA, C.A.: *Per lo studio della responsabilità per colpa nel diritto romano classico*, Milano, 1967-1968, pp. 24-25, afirma que el problema de la responsabilidad contractual se identificaba siempre para los juristas romanos con el del incumplimiento de las obligaciones contractuales. No operaban con la noción de criterio de responsabilidad. A aquellos criterios de responsabilidad que nosotros estamos acostumbrados a reconocer como tal (en particular el dolo y la culpa), en la concepción romana correspondían otros tantos problemas de incumplimiento de obligaciones (accesorias, no autónomamente accionables) de «praestare». Una tendencia a considerar el dolo y la culpa como criterios de responsabilidad surge en el lenguaje postclásico.

<sup>33</sup> En distinto sentido se pronuncia MARTON, G.: «Un essai de reconstruction du développement probable du système classique romain de responsabilité civile», *RIDA*, 1949, vol. III, Bruxelles, p. 185. Entiende que ya en época clásica se formó una escisión de la culpa: en culpa lata, contraria a la «fides», y que en el ámbito de los «iudicia bonae fidei» fue asimilada en sus efectos al dolo; y culpa leve, poco reprochable. Mientras que la primera tenía como medida aquella conducta que ningún hombre honesto se permitiría; la segunda tenía como referente la conducta del buen y diligente padre de familia. «Resulta difícil creer —afirma— que el modelo del buen padre de familia, creación de la filosofía griega anterior a Aristóteles, y generalmente conocido también en Roma hacia finales de la República, no habría sido utilizado por los jurisconsultos clásicos, imbuidos de tal filosofía, y sólo hubiera penetrado 450 años más tarde y mediante un rodeo a través de Egipto, en el pensamiento jurídico romano» (p. 191).

<sup>34</sup> Para el contratante que no tenía interés en el contrato, la responsabilidad quedaba reducida al mínimo (responsabilidad por dolo), para el contratante que fuera el único interesado en el contrato, la responsabilidad es la más gravosa posible (por culpa y por custodia), mientras la culpa representa el criterio general para las relaciones en las que ambas partes están interesadas.

la obligación de restituir, responde del resultado de la custodia<sup>35</sup>. Este tipo de responsabilidad aparece ligado al incumplimiento de una obligación, pero no al de la obligación de custodiar sino al de la obligación de restituir. La custodia como responsabilidad pierde toda conexión con la custodia vigilancia<sup>36</sup>.

Así por ejemplo, en el contrato de depósito, a la «obligación»<sup>37</sup> de custodiar o al menos a la posibilidad de que sea exigida responsabilidad por no haber cumplido la «causa custodiendi» propia del depósito, no acompaña una responsabilidad por custodia<sup>38</sup>. Pasajes del Digesto muestran que la custodia no guarda una relación directa y exclusiva con la actividad de vigilancia, sino que parecen haberse valorado además otras circunstancias (la intervención de un profesional, la mediación de precio...) <sup>39</sup> a la hora de fijar qué supuestos acarrearán este arbitrario reparto de los riesgos. Nos encontramos ante lo que Kunkel denominó «responsabilidad por caso fortuito atenuada» y en la que se vislumbra el elemento que los modernos civilistas denominaron responsabilidad por el resultado.

Algunos autores intentan explicar la conexión semántica existente entre la responsabilidad por custodia y la actividad de vigilancia que le da nombre, teniendo en cuenta que responder por custodia significa soportar el riesgo de que se produzcan determinados eventos, y bien mirado, se trata de eventos que una atenta actividad de vigilancia habría logrado evitar<sup>40</sup>. Estos riesgos de los

<sup>35</sup> HEUMAN-SECKEL, KÜBLER, SCHULZ, CANNATA, ARANGIO-RUIZ, LUZZATO, PARIS, y la doctrina mayoritaria en general, creen que la custodia es clásica en sentido técnico y justiniana su reducción bajo el concepto de la diligencia. Pero tampoco faltan autores que, como MITTEIS, LUSIGNANI, DE MEDIO, FERRINI, consideran esta custodia en sentido técnico como una invención de Justiniano e interpolados a tal fin los textos clásicos. Una tercera postura es la de aquellos autores que introducen matizaciones a estas dos teorías, adoptando posiciones intermedias: VAZNY, SARGENTI, MARTON, VISKY, BETTI, MAYER-MALY (citados en su mayoría por: HERRERA BRAVO, R.: «Planteamientos generales sobre responsabilidad por custodia en el Derecho Romano, en la tradición romanista y en la Codificación», *RDP*, julio-agosto 1993, pp. 669-670).

<sup>36</sup> CANNATA, C.A.: *Ricerche sulla responsabilità contrattuale nel diritto romano*, Milano, 1966, pp. 122 ss.; RASCÓN C.: *Pignus y custodia en el Derecho Romano clásico*, Oviedo, 1976, pp. 86-87 y 89; METRO, A.: *L'obbligazione...*, p. 103.

<sup>37</sup> Utilizamos el concepto teniendo en cuenta las observaciones realizadas en el epígrafe anterior.

<sup>38</sup> Gai.Inst.3.207 (*FIRA*, vol. II). HERRERA BRAVO, R.: *El contrato...*, p. 312: «el contrato de depósito es el único negocio, al menos en la generalidad de los casos, que no comporta una responsabilidad por custodia, pero al mismo tiempo es el contrato donde aparece con más intensidad el presupuesto de vigilancia».

<sup>39</sup> D.16,3,1,35; D.13,6,10,1. Parece que a la hora de exigir responsabilidad por custodia prima la condición de profesional del depositario frente a la intervención de una remuneración: D.4,9,6.

<sup>40</sup> ARANGIO RUIZ, V.: *Responsabilità...*, p. 163: sin tomar en cuenta las circunstancias del caso singular, se imponen al obligado los riesgos de aquellas pérdidas que son normalmente evitables por quien sabe custodiar (en el sentido común de la palabra) la cosa

que debía responder el sometido a responsabilidad por custodia eran, sin lugar a dudas, el hurto de la cosa estando ésta en su poder, y probablemente a finales del período clásico los daños a la cosa cometidos por un tercero (a pesar de que Salvio Giuliano y Ulpiano hablan de la existencia de una corriente jurisprudencial contraria<sup>41</sup>). Sólo quedan excluidos los supuestos de fuerza mayor<sup>42</sup> «cui humana infirmitas resistere non potest»<sup>43</sup>.

Por lo que respecta a los supuestos contractuales que llevan aparejada esta responsabilidad por custodia, debía tratarse ante todo de contratos en los cuales existiera a cargo del deudor una obligación de restituir, al margen de que junto a la misma concurrese también una obligación de hacer. En las fuentes parecen encontrarse indicios para adosar una posible responsabilidad objetiva por custodia a) al comodatario, a menos que el contrato fuese en interés del comodante<sup>44</sup>, b) al usufructuario<sup>45</sup>, c) al «inspector sui causa»<sup>46</sup>, d) al «fullo» y «sarcinator» (batanero y sastre)<sup>47</sup>, e) al «nauta», «caupo» y «stabularius» (patrón de buque, hotel y dueño de establos)<sup>48</sup>, f) al «horrearius» (aquél que a cambio de una merced recibe en establecimientos propios mercancías de otro)<sup>49</sup>,

---

confiada. METRO, A.: *L'obbligazione...*, p. 119, aunque se pronuncia en el mismo sentido, vuelve no obstante en cierta medida sobre sus pasos al constatar que, en la elaboración del concepto de responsabilidad por custodia se operó una discriminación arbitraria entre los distintos eventos a que se ve sometida la cosa, poniendo algunos a cargo del deudor y excluyendo otros. Por consiguiente, el nexo semántico entre custodia-vigilancia y custodia-responsabilidad, de por sí muy sutil, deviene todavía más indirecto hasta dividirse totalmente, resolviéndose toda la cuestión en un reparto de los riesgos inherentes a la cosa entre las partes, sin ninguna relación con la actividad de custodia.

<sup>41</sup> Citados por RASCÓN, C.: *Pignus...*, p. 95, y LUZZATO, G., voz «custodia (diritto romano)», en *Nuovo Digesto Italiano*, t. IV, 1938, p. 94.

<sup>42</sup> PARIS, J.: *La responsabilité de la custodia en Droit Romain*, París, 1926, pp. 14-17, afirma que en el Edicto del Pretor, la responsabilidad impuesta a los patrones de buques, hoteles y dueños de establos (y que a su entender no era una responsabilidad absoluta de carácter excepcional), era más grave aún que la responsabilidad por custodia de la época clásica: los «nautae caupones stabularii» quedaban obligados a la restitución de los objetos recibidos, aunque éstos hubieren perecido por fuerza mayor. La responsabilidad nacida del «receptum» era ilimitada. La acción tiene por objeto el valor de las cosas recibidas o una tasación fijada por el pretor.

<sup>43</sup> ARANGIO RUIZ, V.: *Responsabilità...*, p. 162. A lo desencadenante de las fuerzas de la naturaleza se equiparaban las hipótesis en las cuales la cosa objeto de la obligación sucumbía a una irresistible violencia humana.

<sup>44</sup> Gai.Inst.3,206 (FIRA, vol. II).

<sup>45</sup> D.7,9,2.

<sup>46</sup> D.13,6,10,1.

<sup>47</sup> Gai.Inst.3,205 (FIRA, vol. II).

<sup>48</sup> D.4,9,1,8.

<sup>49</sup> D.19,2,40. Es un supuesto de la categoría de aquellos contratos en que una de las partes recibe una merced por la custodia de una cosa y podría considerarse antecedente remoto del Depósito en Almacenes Generales. LUZZATO, G., voz «Custodia»..., p. 94, y METRO, A.: *L'obbligazione...*, pp. 166 ss., hacen extensiva esta responsabilidad a todos los casos de «locatio conductio operis» y «locatio conductio rei». PARIS, J.: *La responsabilité...*, pp. 102 ss. y 311 ss., entiende que, aunque la responsabilidad del «horrearius» quedaba en principio limitada al robo y a los daños causados por terceros (responsabilidad por

y g) al depositario, «si se quis deposito obtulit» (si se hubiese ofrecido a recibir la cosa en depósito)<sup>50</sup>.

Ya en la *Compilación justiniana* nos encontramos con un sistema articulado en diversos grados, de los que el primero es el dolo como intencionalidad. El segundo lo constituye la culpa, que puede revestir la forma de «lata», «levis» o «levissima» en razón del grado de diligencia que el deudor venga obligado a observar en las distintas relaciones jurídicas. Y en fin, un discutido tercer grado constituido por la custodia, que Visky interpreta como grado de responsabilidad que, saliendo de los límites de la culpa *levissima*, en Justiniano se extiende hasta la frontera de la fuerza mayor y en la *Compilación* se denomina de muy diversas maneras (*vis maior, casus maior...*)<sup>51</sup>.

Rascón afirma que «posiblemente surge la culpa desgajada del campo de los delitos privados, cuando por la multiplicación de la casuística, los estrechos cauces marcados por la contraposición *dolus-casus* se hacen insuficientes para albergar situaciones en las que mediando una conducta negligente, activa o pasiva, en una de las partes, se imposibilita el cumplimiento de la prestación tal cual se debía realizar»<sup>52</sup>. Pero detrás de este cambio en la importancia desempeñada por el concepto de culpa, que de poseer escasa aplicación y desarrollo en época clásica, pasa a asumir en época post-clásica una posición de primer orden, se encuentra una nueva valoración de la voluntad humana. «Al jurista clásico le importa la clareza de la situación jurídica objetiva, en la cual la voluntad individual se manifiesta sin reservas, mientras que es propio de los bizantinos el buscar las más profundas intenciones, considerando la voluntad como alguna cosa extraña al hecho o acto en el cual se expresa, una cosa que lo supera y que va por tanto en sí misma premiada o sancionada, llevada a efecto jurídico o rechazada como contraria a derecho. (...) mientras para los clásicos los negocios vienen interpretados según el criterio objetivo de la valoración que toda palabra o gesto encuentra en el ambiente social, el Derecho justiniano se encuentra totalmente dominado por la tendencia a analizar escrupulosamente la manifestación, y a tomar en conside-

---

custodia), las partes podían agravar o disminuir la misma por medio de pacto. Afirma que los compiladores hacen nacer, del acuerdo por el cual el «*horrearius*» asume expresamente la guarda, una responsabilidad particular que se extiende a los casos de fuerza mayor y sobrepasa así los límites de la responsabilidad clásica de la custodia.

<sup>50</sup> D.16,3,1,35. Mayores dudas existen en torno a otros supuestos, como el del transportista, el vendedor hasta el momento de la entrega de la cosa y el acreedor pignoraticio.

<sup>51</sup> VISKY, K.: «La responsabilidad...», p. 438.

<sup>52</sup> RASCÓN, C.: *Pignus...*, p. 84.

ración también circunstancias extrañas, para asir a toda costa el querer interno, el "animus" del individuo<sup>53</sup>.»

La doctrina mayoritaria<sup>54</sup> entiende que se asiste, en Derecho justiniano, a una sustitución del sistema de responsabilidad objetiva por un sistema de responsabilidad subjetiva. Ya no se habla de responsabilidad por custodia sino de «exactissima diligentia». El «furtum», supuesto característico de la responsabilidad por custodia, es considerado como «evitable» empleando una exacta diligencia<sup>55</sup>.

Ello supone una nueva forma de entender el «custodiam praestare» en las relaciones caracterizadas por la detentación de una cosa ajena en vista a su restitución. Ya no podía utilizarse, como fundamento para atribuir los riesgos, el incumplimiento de la obligación de restituir sin más. Se recurre por ello a la actividad de vigilancia, interpretando «custodiam praestare» como la obligación de responder por culpa en caso de falta de custodia. Es decir que, progresivamente, se va dando paso, si no ya a una obligación de custodiar, sí a un deber cuyo incumplimiento justifica la atribución de los riesgos derivados de una falta de restitución<sup>56</sup>.

Esta relevancia que se va concediendo a la intencionalidad no se manifiesta solamente en materia de responsabilidad sino también en el papel desempeñado por la voluntad de las partes en la configuración del negocio jurídico. Y así, en el caso del depósito, los bizantinos hacen prevalecer la voluntad de las partes frente a la intervención o no de un precio. De tal modo que, el que el depositario recibiese un salario por la custodia, no transformaba el depósito en arrendamiento sino que, si esa era la voluntad de las partes, seguíamos encontrándonos ante un depósito remunerado<sup>57</sup>.

<sup>53</sup> ARANGIO RUIZ, V.: *Responsabilità...*, p. 249. Según HERRERA BRAVO, R.: «Planteamientos generales...», p. 671, «esta evolución se explicaría por la preferencia de los bizantinos hacia la subjetividad, mucho más próxima a la equidad».

<sup>54</sup> En sentido contrario MARTON, G.: «Un essai...», p. 191.

<sup>55</sup> ARANGIO RUIZ, V.: *Responsabilità...*, p. 79: «el hecho de que se haya tenido que recurrir a una especie de presunción de negligencia para todas las hipótesis que no son de fuerza mayor, demuestra que el concepto de responsabilidad objetiva repugnaba a la mentalidad bizantina». PARIS, J.: *La responsabilité...*, p. 19, afirma que la evolución de la responsabilidad por custodia hacia la noción de responsabilidad por culpa ha sido paralela a la extensión de las acciones de buena fe, las cuales únicamente sancionan contratos en que la responsabilidad por custodia ha devenido responsabilidad por culpa, y no permiten alcanzar una responsabilidad por caso fortuito.

<sup>56</sup> ARANGIO RUIZ, V.: *Responsabilità...*, pp. 90 ss., sostiene que, de la custodia objetiva se pasa a la «diligentia in custodiendo», de claro carácter subjetivo. En idénticos términos se pronuncia HERRERA BRAVO, R.: «Planteamientos generales...», p. 671: «En esta época *custodia* y *diligentia* son términos que están mezclados estrechamente en las fuentes, de forma que la custodia se transforma en *diligentia in custodiendo*».

<sup>57</sup> Díez SOTO, C.M.: *El depósito...*, pp. 46-47, afirma que «la obligación de guardar o conservar pasa a un primer plano, en cambio, dentro del esquema de la *locatio conductio*

En tiempos de Justiniano el depositario respondía por dolo y culpa lata<sup>58</sup> –fundada sobre una omisión de diligencia particularmente grave por parte del deudor<sup>59</sup>– como norma general. La doctrina romanista justifica esta limitación a la responsabilidad por dolo en el carácter gratuito del depósito, en la conocida «regula iuris de la utilitas contrahentium» y en el hecho de que, siendo el depósito una relación basada en la amistad, compete al depositante la elección de un depositario adecuado. Rotondi entiende que ello obedece igualmente a la antigua naturaleza de esta figura, que ha permanecido durante largo tiempo fuera del campo contractual y dotada de una tutela de carácter penal. Mientras en otras relaciones, ya desde antiguo y dentro de ciertos límites, se desarrollaba la responsabilidad por culpa, la responsabilidad del depositario seguía siendo una responsabilidad «ex delicto», que encuentra su límite y su expresión en el dolo<sup>60</sup>.

Pero en Derecho romano el dolo como criterio de valoración del comportamiento del depositario no requería necesariamente la existencia de una intención maliciosa o propósito deliberado de dañar, sino que era suficiente con que el depositario hubiera sido consciente de la deslealtad de su proceder, con que su comportamiento hubiera sido infiel<sup>61</sup>. La existencia de un comportamiento

---

*operis*, donde ocupa uno de los polos del sinalagma. El proceso de paulatina integración de los contratos de guarda mediante retribución dentro del tipo contractual “depósito” determina una modificación esencial de éste, en la medida en que la actividad de custodia pasa a convertirse en la “esencia jurídico-obligatoria” del contrato, incluso en su variedad gratuita, mientras que la obligación de restitución deja de integrar la fase de ejecución para desplazarse hacia la fase de liquidación de la relación». La premisa de la que parte el autor nos parece algo dudosa ya que, al amparo de la «locatio-conductio operis», cabía exigir responsabilidad por custodia al demandante y, como hemos venido diciendo, la responsabilidad por custodia nada tenía que ver con la custodia vigilancia. Afirma METRO, A.: *L'obbligazione...*, pp. 168-169, que, si la omisión de custodia no comporta un daño para la cosa, no será perseguible; si en cambio se traduce en un daño a la cosa «locata», queda absorbida directamente en la responsabilidad objetiva. El conductor responde, no por haber omitido la custodia, sino por la simple verificación del evento que ha hecho imposible la restitución de la cosa.

<sup>58</sup> MARTÓN, G.: «Un essai...», p. 185: sitúa en época clásica la equiparación de la culpa «lata» al dolo en los «iudicia bonae fidei».

<sup>59</sup> D.16,3,32; D.44,7,1,5.

<sup>60</sup> ROTONDI, G.: «Contributi...», pp. 1 ss.; HERRERA BRAVO, R.: *El depósito...*, p. 268: «la limitación de la responsabilidad al dolo encuentra su única explicación en el origen de la relación (...) de una *actio in factum*, se pasa a una fórmula civil de buena fe, por la cual queda encuadrado en el esquema de los contratos reales, pero la medida de la responsabilidad queda fijada definitivamente bajo el régimen de las *actiones in factum*, y ésta aparece inmutable».

<sup>61</sup> LONGO, C.: *Corso...*, pp. 17 y 26; PANERO, R.: *Derecho romano...*, p. 277, ya respecto del Derecho clásico, afirmaba que «constituye opinión generalizada en la doctrina que el depositario responde, en derecho clásico, únicamente por dolo, si bien, jurisprudencialmente, entendido de un modo elástico, identificable con cualquier tipo de conducta, conscientemente desleal»; GANDOLFI, G.: *Il deposito...*, pp. 14 ss., habla de comportamiento «culposamente desleal». En el mismo sentido ASTUTI, G.: voz «depósito...», p. 216, y HERRERA BRAVO, R.: *El contrato...*, pp. 263 ss.

doloso se va a valorar, no solamente a efectos de determinar la responsabilidad por incumplimiento del «reddere», sino también en lo que atañe a aquellos aspectos que indirectamente puedan incidir en la no restitución de la cosa depositada, entendida dicha restitución en su acepción amplia de retorno al «status quo ex ante»<sup>62</sup>.

Las fuentes revelan la posibilidad de que la responsabilidad del depositario se viera agravada en ciertos casos: a) cuando las partes así lo previeron expresamente, pudiendo acordarse que el depositario responda por culpa o incluso por caso fortuito<sup>63</sup>; b) cuando el depositario se ofreció para recibir el depósito<sup>64</sup>. Pages de Beaufort incluye aquí a aquellas personas que, por razón de su profesión, están llamadas a recibir depósitos: mesoneros, hoteleros<sup>65</sup>; c) si el depósito se constituyó en interés exclusivo del depositario<sup>66</sup>; d) cuando se hubiese estipulado un salario<sup>67</sup>; e) en caso de incurrir el depositario en mora<sup>68</sup> o usar la cosa sin permiso del depositante<sup>69</sup>.

Estas circunstancias conducen a una agravación de la responsabilidad del depositario que va desde la culpa hasta la responsabilidad por riesgo<sup>70</sup>.

Celso entendía que actuaba fraudulentamente, y por tanto con culpa «lata» o dolo, aquel depositario que no empleaba en la vigilancia de lo depositado el mismo cuidado que en sus propias cosas (D.16,3,32). Lo cierto es que éste es el único pasaje del Digesto que hace mención a la culpa «in concreto» respecto del depósito<sup>71</sup>. Lusignani y la doctrina mayoritaria entienden que esta figura especial de culpa es obra de los compiladores y que en las fuentes antejustinianas falta toda mención a este modo de valorar la responsabilidad. Para Rotondi, en cambio, es más pro-

<sup>62</sup> La tenencia o no tenencia de la cosa depositada por parte del depositario también era decisiva a la hora de precisar la existencia de dolo: D.16,3,1,21; D.16,3,1,22.

<sup>63</sup> D.16,3,1,6; D.13,6,5,2; D.45,2,9,1; D.2,14,7,15; D.13,6,5,2; D.17,1,39.

<sup>64</sup> PAGES DE BEAUFORT: *Du dépôt...*, p. 35, entiende que la responsabilidad por riesgo no puede pactarse cuando el depósito se hizo en interés exclusivo del depositante, pues ello sería ir en contra de la equidad.

<sup>65</sup> D.16,3,1,35.

<sup>66</sup> PAGES DE BEAUFORT, obr. ant. cit., p. 31.

<sup>67</sup> D.12,1,4,pr.

<sup>68</sup> D.13,6,5,2.

<sup>69</sup> D.16,3,12,3.

<sup>70</sup> D.13,1,16.

<sup>71</sup> Consecuencia de la equiparación entre dolo y culpa «lata» en el Derecho justiniano es el que el error sobre la persona a quien se restituye ya no exonera de responsabilidad al depositario en todo caso. A diferencia del Derecho clásico en que la existencia de error excluía la posibilidad de una actuación dolosa, en época justiniana únicamente el error excusable, en el sentido de que el depositario no haya errado por grave negligencia, exonera de responsabilidad al depositario.

<sup>71</sup> Antecedente de la actual responsabilidad «in concreto» recogida en el artículo 1927 del Código civil francés.



bable que tal pensamiento se le haya ocurrido a un jurisconsulto clásico como Celso, de quien es conocida la originalidad de opiniones. «El concepto de dolo –afirma Lusignani– no es para los romanos una creación doctrinal de la ciencia, sino que es vivido y sentido en la vida común (...) y la conducta de quien, en las cosas a él confiadas no usa aquella diligencia que emplea habitualmente en sus propias cosas, fácilmente implica, o al menos deja presumir, una intención dolosa (...). Aquí la culpa se convierte en dolo porque se la considera bajo un punto de vista que pone de manifiesto una iniquidad subjetiva. El criterio de la “*diligentia quam rebus suis*” serviría a Celso como criterio distintivo y al mismo tiempo como “*trait d’union*” entre culpa y dolo<sup>72</sup>.»

## II. EL LARGO PERIODO COMPRENDIDO ENTRE LA CAÍDA DEL IMPERIO ROMANO Y LA CODIFICACIÓN. EVOLUCIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA RESPONSABILIDAD DEL DEPOSITARIO

### 1. INFLUENCIA GERMÁNICA

A lo largo del siglo IV tiene lugar la penetración de los pueblos germánicos en la Península. Llamados algunos por las autoridades Imperiales para proporcionar ayuda militar a Roma, otros sin embargo entraron en la Península por la fuerza. Uno de estos pueblos que terminará por imponerse en la Península, fueron los visigodos, que a cambio de su obligación de proporcionar auxilio militar al Imperio, adquieren el derecho a establecerse, primero en las Galias y posteriormente en Hispania. Desde ese momento se produce en la Península la cohabitación de dos civilizaciones, dos tradiciones: la hispanorromana y la visigoda.

Incluso tras la caída del Imperio Romano en el año 476, siguió vigente el Derecho romano postclásico, pero a éste vino a unirse el fruto de la actividad legislativa de los reyes visigodos<sup>73</sup>. Esta

<sup>72</sup> LUSIGNANI, L.: *La responsabilitat per custodia...* –citado por Rotondi–; ROTONDI, G.: «Contributi...», pp. 1 ss. JACMIN, P.: *Du dépôt...*, pp. 23-25, también entiende que el criterio de la culpa «in concreto» fue adoptado en época clásica.

El principio mencionado casi «per incidens» en el «Corpus Iuris», se ve fortalecido en el Derecho canónico (Decretal 2 X 3,16 de Gregorio IX) y será recibido posteriormente por el Derecho común, perpetuando la teoría de la responsabilidad por culpa «in concreto», desde la Glosa hasta la doctrina romanística moderna.

<sup>73</sup> Es discutido por la doctrina el problema del ámbito de aplicación del Derecho legal visigodo. Algunos autores defienden la tesis tradicional del principio de personalidad del Derecho, de forma que hasta la promulgación del *Liber Iudiciorum*, visigodos por una

actividad edictal no hace sino continuar el fenómeno de la vulgarización del Derecho romano, adaptándolo a circunstancias concretas y carente de todo aspecto doctrinal. Se asiste a un proceso de reducción y simplificación de la práctica contractual, sobre la que disponemos de muy poca información. Astuti afirma que la documentación concerniente a algunas relaciones contractuales, aunque muy practicadas, era destruida tras la extinción de la relación<sup>74</sup>.

La regulación del contrato de depósito se ve igualmente resentida: «Las pocas fuentes de que disponemos atestiguan una sintomática confusión de conceptos y principios jurídicos, también en la práctica románica, donde es evidente el proceso involutivo respecto a la disciplina del depósito en el derecho justiniano (...)». El depósito carece de fisonomía propia como tipo negocial, y es considerado bajo el genérico concepto de «res praestita», donde tenían cabida igualmente y de forma indiscriminada, la prenda, el arrendamiento, el depósito, el comodato y el mutuo<sup>75</sup>.

Así, en el *Liber Iudiciorum*<sup>76</sup>, «las normas sobre depósito y otros contratos reales aparecen contenidas promiscuamente bajo la rúbrica “de commendatis et commodatis”, sin distinción entre préstamo de consumo y préstamo de uso, entre entrega en uso y entrega en custodia, contrato gratuito u oneroso, entrega a título de propiedad, posesión o detención (una distinción romana esta última, extraña al derecho germánico). El mismo término (de origen romano) de “commendatio” alude a especies negociales que los romanos consideraban diferentes, como la entrega en custodia de cosas muebles, la entrega en custodia de animales a cambio de un correspectivo, o el depósito con facultad de uso y pacto de una compensación».

La falta de distinción romana entre propiedad, posesión y mera detentación hacía que no se distinguieran tampoco claramente los diversos derechos y obligaciones del deudor. Leicht afirma que, justamente debido a que no cabía la posesión sin detención física de la cosa, en el territorio longobardo cambiaron las condiciones del comendatario respecto del depositario o comodatario del

---

parte y galorromanos e hispanorromanos por otra, se rigieron por ordenamientos jurídicos diferentes (PÉREZ PRENDES). En cambio, otro sector de la doctrina, encabezado por GARCÍA-GAYO y que ha terminado por imponerse, entiende que rigió el principio de territorialidad del Derecho, y que desde un principio galos e hispanorromanos se rigieron por las leyes visigodas.

<sup>74</sup> ASTUTI, G., voz «depósito...», p. 227.

<sup>75</sup> ASTUTI, G., obr. ant. cit., p. 228; HERRERA BRAVO, R.: «Planteamientos generales...», p. 672.

<sup>76</sup> *Lex Visigothorum*.

mundo romano. El depositario romano era un mero detentador, en cambio Aripando habla de la posesión del comendatario<sup>77</sup>.

Con el nombre de «*commendatio*» se designaba a) una *commendatio gratuita*: el depósito de cosas muebles para su custodia; b) una *commendatio a cambio de prestación de una merced*: la entrega de animales en custodia; y c) una *commendatio en que*, al contrario del caso precedente, era el comendatario quien entregaba al comendante una compensación por poder disponer de las cosas confiadas: depósito irregular.

La diferente configuración de la «*commendatio*» respecto al depósito en Derecho romano se refleja en el régimen de la responsabilidad del comendatario. La *Lex Visigothorum V,5,1* (*Lex Baiuw XVI*) considera conjuntamente las hipótesis de *commendatio gratuita* y aquellas en que media remuneración, aunque al igual que en Derecho romano, el hecho de percibir una contraprestación al servicio de custodia agrava la responsabilidad del depositario.

El régimen de responsabilidad en el depósito gratuito por custodia es más riguroso que en el Derecho romano, el depositario responde hasta el límite de la culpa leve<sup>78</sup>. Sin embargo, en caso de perecimiento de la cosa por fuerza mayor, la responsabilidad es aquella que posteriormente los modernos califican de «culpa in concreto», es decir que el custodio responde en caso de que, en dichas circunstancias, hubiese salvado las cosas propias<sup>79</sup>. Si percibe una merced, el comendatario soporta además el riesgo del perecimiento fortuito de la cosa<sup>80</sup>.

En el caso de hurto de la cosa depositada en manos del depositario, e independientemente de la existencia de una retribución, se concede a este último un plazo para descubrir al ladrón. De conseguirlo, ha de restituir la cosa recuperada al depositante, recibiendo para sí la «*compositio*» del ladrón. De lo contrario debía resarcir la mitad del daño<sup>81</sup>.

También es regulada rigurosamente la responsabilidad en el supuesto de depósito-mutuo pecuniario y usurario. En caso de haberse perdido la cantidad depositada por culpa o fraude del custodio, debía abonarse la cantidad depositada más los intereses

<sup>77</sup> LEICHT, P.S.: *Ricerche sul diritto privato nei documenti preirneriani*, parte 1.ª, Roma, 1914, p. 92.

<sup>78</sup> *Lex Visigothorum V,1* (*Lex Baiuw XV,1*).

<sup>79</sup> *Lex Visigothorum V,5,3-5* (*Lex Baiuw XV,2-3*).

<sup>80</sup> *Lex Visigothorum V,5,1* (*Lex Baiuw XIV,1*).

<sup>81</sup> *Lex Visigothorum V,5,3*. El Derecho longobardo atribuía una responsabilidad aún más gravosa que el resto de las leyes bárbaras. Decía el Edicto que el depositario respondía en caso de «*furtum*» y «*scachum*», debiendo restituir, en caso de no recuperar la cosa del ladrón, el valor íntegro de la cosa confiada (ed. De Liutprando, cap. 131).

acordados. De lo contrario quedaba no obstante obligado el depositario a devolver la cantidad entregada (sin los intereses)<sup>82</sup>.

## 2. DERECHO MEDIEVAL (DESDE EL COMIENZO DE LA RECONQUISTA HASTA LA RECEPCIÓN DEL DERECHO ROMANO)

La invasión musulmana y el derrumbamiento del Estado hispanogodo en el año 711 supone el inicio de una nueva etapa en la Historia del Derecho español. Quiebra la unidad propia del Estado visigodo, dividiéndose la Península en dos grandes zonas: la Islámica, ocupada por las fuerzas invasoras, y la Cristiana, donde se refugiaron los núcleos de resistencia contra el poder musulmán, y que al estar formada por territorios autónomos e independientes entre sí, da lugar a la formación de distintos derechos.

Como no podía ser de otro modo, esta diversidad política y cultural tiene su reflejo más inmediato en el mundo jurídico. Junto al Derecho musulmán y judío, que más bien por vía consuetudinaria que legal ejercen cierta influencia en los pueblos cristianos de la Reconquista, la falta de unidad creadora y por tanto de un Derecho nacional da lugar a una pluralidad de ordenamientos jurídicos, no sólo a nivel territorial sino también estamental.

Pero por encima de esta diversidad y dispersión normativa aparece una constante en el Derecho de la Baja Edad Media: la pervivencia del *Liber Iudiciorum*, que con distinta intensidad y profundas modificaciones sigue rigiendo como Derecho general en toda la Península, tanto en la zona conquistada por los musulmanes (a través de los mozárabes) como en los territorios independientes.

La necesidad de proceder a una cierta unificación jurídica, la emergente sociedad europea de los siglos XI y XII, cuyas necesidades económicas y culturales ya no podían ser satisfechas por el viejo derecho preexistente, y la admiración que suscitó el redescubrimiento del Derecho romano difundido por las escuelas italianas (especialmente la de Bolonia), da paso al periodo de la Recepción. La Recepción del Derecho común «supone la creación e implantación de un Derecho nuevo que, en buena parte, va sustituyendo al Derecho existente y ofrece la peculiaridad de ser común a todos los países. Tiene como elementos formativos, fundamentalmente, el producto de una reelaboración del Derecho romano justiniano,

---

<sup>82</sup> Lex Visigothorum V,5,4. ASTUTI, G., voz «depósito...», p. 229, afirma que «el régimen de la responsabilidad sigue más bien los criterios relativos a la obligación de custodiar en el comodato que los propios del depósito».

obra de las Escuelas italianas, el Derecho adoptado por la Iglesia de Roma, así como el feudal de Lombardía y algunas normas tradicionales»<sup>83</sup>.

Por lo que respecta al depósito ello supone igualmente un retorno a las fuentes justinianas, que los glosadores adaptaban a las necesidades y circunstancias de la época. Así, respetando el rigor de tales textos, contraponen el depósito, «qui gratia dantis solummodo fit» (en interés exclusivo del depositante), al comodato, señalando una distinta responsabilidad por la custodia: el depositario, a diferencia del comodatario, responde de la culpa o culpa leve solamente si así se acordó o el depositario se ofreció<sup>84</sup>. Y es que, al igual que en Derecho justiniano, «el acuerdo entre las partes puede incidir sobre la naturaleza del contrato y modificar los límites de la responsabilidad, estableciéndose, incluso, en el supuesto del “caso fortuito”. Se pone pues un especial énfasis por parte de los glosadores en el principio de la autonomía privada»<sup>85</sup>.

Se parte en principio de la regla según la cual el depositario responde por dolo, excluyendo el que pueda quedar sometido a la diligencia del buen padre de familia. Pero se prevé que responderá por culpa lata o dolo si ha perdido la cosa recibida en custodia salvando las suyas propias. Es decir que se introduce de nuevo aquí el criterio de la responsabilidad «in concreto» («diligentia quam suis rebus»)<sup>86</sup>.

Eran cinco, según los glosadores, las hipótesis en que el depositario debía responder por caso fortuito<sup>87</sup>, siendo especialmente controvertido el caso de si el depositario moroso debía responder de la pérdida fortuita de la cosa. La mayoría entendía que recaía sobre él tal riesgo, sin que fuera posible exonerarse demostrando que la cosa habría perecido igualmente en manos del depositante y que éste no la habría vendido aunque hubiese sido puntualmente restituida. Pero parece que a pesar de la autoridad de Bartolo, representante de la tesis mayoritaria, habría podido prevalecer

<sup>83</sup> FERNÁNDEZ ESPINAR, R.: *Las fuentes del Derecho histórico español*, Madrid, 1985, p. 305.

<sup>84</sup> Rogerii *Summa Codicis*, IV, 38; *Vacarii Liber pauperum*, IV, 36; una glosa del *Liber pauperum* a D.16,3,1,6.

<sup>85</sup> HERRERA BRAVO, R.: «Planteamientos generales...», p. 675.

<sup>86</sup> En una glosa de ACCURSIO (Glosa «Nam etsi quis» a D.16,3,32) se plantea la pregunta de qué ocurre si el depositario emplea en sus propias cosas una diligencia inferior, no ya a la del buen padre de familia, sino al mínimo presumible según la naturaleza humana. Se entiende que también en este caso hay culpa grave y por tanto responsabilidad. El mismo principio aparece enunciado en una Decretal del Papa Gregorio IX (c.2,X,3,16). También el Derecho canónico, al igual que el Derecho romano, preveía la posibilidad de que la responsabilidad del depositario se extendiera, en ciertos casos, a la culpa levis y hasta a la culpa levísima: a) si el depositario se ofreció; b) si se recibió algo por la custodia; c) en caso de pacto, culpa o mora, imputándose incluso los casos fortuitos.

<sup>87</sup> Glosa «saepe evenit» a D.16,3,1,35.

durante largo tiempo la solución de Martino Gosia, que distinguía si tras la constitución en mora, la cosa habría o no perecido en manos del depositante<sup>88</sup>.

Si bien los juristas del Derecho común retornan a las fuentes justinianeas, no lo hacen con toda la fidelidad que cabría esperar, interpretando los textos en función de las realidades y circunstancias de la época (sobre todo los comentaristas o escritores del «mos italicus»), y probablemente fueron éstas las que les llevaron a agravar la responsabilidad del depositario que no restituía lo que le había sido confiado<sup>89</sup>.

Junto al depósito pecuniario en manos de los bancos u otras instituciones con análogas funciones, se desarrolla también en el medievo el depósito de otros bienes fungibles y de mercancías en general, en poder de grandes almacenes establecidos generalmente en los grandes puertos de comercio internacional<sup>90</sup>.

Si bien se inició en Italia, el fenómeno de la Recepción se extendió en diversos momentos y con distinta intensidad a la totalidad de Europa. En España, a lo largo de los siglos XIII, XIV y XV, coexisten los Derechos tradicionales de origen consuetudinario, el Derecho Real emanado de la actividad legislativa del Rey y de las Cortes, y el Derecho Común creado por los juristas estudiosos del viejo Derecho romano. El *Liber Iudiciorum* traducido al castellano bajo el nombre de *Fuero Juzgo*, sigue vigente como fuero municipal en diversos territorios de la Península. En su libro V, título V,

<sup>88</sup> NEGRI, G.: «Deposito nel diritto...», p. 236.

<sup>89</sup> ASTUTI, G., voz «depósito...», p. 231: «las tentativas de conciliación (dolo/culpa lata/culpa in concreto) dan lugar, entre notables divergencias, a una extensión de la responsabilidad del depositario, que resulta manifiesta en el pensamiento de los mayores maestros de la escuela boloñesa»; NEGRI, G.: «Deposito nel diritto...», p. 236: «los criterios de responsabilidad por falta de restitución de la cosa custodiada son en el Derecho común más amplios y severos».

<sup>90</sup> ASTUTI, G., voz «depósito...», p. 233: «en estos almacenes los comerciantes podían depositar cosas fungibles o cosas determinadas, y a menudo, incluso las fungibles eran individualizadas, por medio de signos o marcas. En cualquier caso el depósito conservaba siempre, a diferencia del depósito irregular bancario, su finalidad fundamental de custodia, y los gerentes de estas instituciones carecían de toda facultad de uso sobre las mercancías depositadas. También para el depósito de mercancías (al igual que para el depósito bancario) se desarrolló el uso de una documentación probatoria: los gestores registraban los depósitos efectuados en sus almacenes así como sus posteriores restituciones, dejando a los depositantes notas del depósito que podían ser utilizadas como títulos representativos de las mercancías, transferibles según varias modalidades, e idóneos para llevar a cabo operaciones de compraventa o de crédito sobre las mercancías, sin que estas tuvieran que salir del almacén». NEGRI, G.: «Deposito nel diritto...», p. 239: «los Almacenes Generales encontraron posteriormente desarrollo orgánico con el gran comercio inglés y holandés, favoreciendo la circulación de productos que llegaban de colonias y mercados libres de todas partes del mundo a estos países, y se extendían sobre el continente europeo, modificándose así su finalidad originaria: el contrato de depósito pasa a ser solamente el momento inicial de una relación más compleja, ya sea bajo el perfil económico, ya bajo el jurídico».

leyes I a X, bajo el título de *De las cosas encomendadas hy enprestadas*, se regula el contrato de depósito, gratuito u oneroso, que sigue obedeciendo en cuanto a la responsabilidad del depositario a criterios más rigurosos que los del Derecho Romano: responsabilidad por culpa en caso de depósito gratuito<sup>91</sup>, responsabilidad por caso fortuito en caso de depósito oneroso<sup>92</sup>, indemnización de la mitad del daño en caso de no conseguir recuperar la cosa de manos de quien la hurtó<sup>93</sup>, y criterio de la «culpa in concreto» en caso de pérdida de la cosa por fuerza mayor salvando lo propio<sup>94, 95</sup>.

Junto al *Liber Iudiciorum* y a los fueros municipales (derecho tradicional castellano) vigentes en los diversos territorios peninsulares, y como fruto de la política legislativa de Alfonso X el Sabio, estuvieron vigentes en España durante la Baja Edad Media el *Fuero Real* y el *Código de las Siete Partidas*<sup>96</sup>.

Con el *Fuero Real* Alfonso X trata de poner fin al localismo jurídico existente, dotando de unas mismas leyes a diversas poblaciones. Este Código recoge la tradición jurídica española: derecho castellano, a través de las leyes del Fuero de Soria, derecho visigodo, a través de los principios del *Liber Iudiciorum*, y puntos de vista del Derecho romano y canónico de la Recepción.

Este sincretismo jurídico se manifiesta en el Libro 3.º, Título 15, leyes 1 a 11, *De las cosas encomendadas*, dedicado a la regulación del contrato de depósito.

Se parte de la responsabilidad por culpa<sup>97</sup>, pero se introduce de nuevo el criterio de la culpa «in concreto», atribuido por algunos a Celso, por otros a los compiladores<sup>98</sup>, en caso de que se perdiese lo depositado salvando lo propio<sup>99</sup>. Se hace responsable al depositario del caso fortuito si hubiere incurrido previamente en mora<sup>100</sup> o se hubiese pactado precio por la encomienda (guarda)<sup>101</sup>. Es decir

<sup>91</sup> Ley I (*Fuero Juzgo ó Libro de los jueces*, por la Real Academia Española. Madrid, 1980, pp. 90 ss.). Hay que destacar la importancia que se concede al juramento como prueba de que los daños no son imputables al depositario.

<sup>92</sup> Ley I.

<sup>93</sup> Ley III.

<sup>94</sup> Ley V.

<sup>95</sup> Permanece igualmente inalterada la regulación del depósito de dinero en que se hubieran pactado intereses: ley IV.

<sup>96</sup> Nos detenemos sólo en estos dos textos, a pesar de la fecundidad de la obra legislativa del monarca, por ser los únicos que nos proporcionan información sobre el depósito.

<sup>97</sup> Ley 1.ª (*Leyes de Alfonso X*, t. II, Fuero Real, Ávila, 1988. Fundación Sánchez Albornoz. Edición y análisis crítico por MARTÍNEZ DÍEZ, G., pp. 365 ss.).

Al igual que en el caso del Fuero Juzgo (Ley I), cabe señalar la importancia del juramento: ley 1.ª

<sup>98</sup> D. 16,3,32.

<sup>99</sup> Leyes 2.ª y 4.ª (*Leyes de Alfonso X*, t. II...).

<sup>100</sup> Ley 10.ª

<sup>101</sup> Ley 3.ª

que, una vez más, se prevé en el *Fuero Real* la posibilidad de un depósito oneroso agravando la responsabilidad del depositario.

Se hace mención por primera vez, al regular el depósito irregular, al depósito cerrado o sellado, previéndose en caso de uso del mismo, una sanción del doble <sup>102</sup>.

Pero es con el *Código de las VII Partidas*, obra claramente inspirada en los textos romanos y en la doctrina de los glosadores italianos, que se produjo la penetración del Derecho común en León y Castilla. Las leyes I a X, Partida V, Título III, agrupadas bajo el nombre de *De los condesijos a que dicen en latin depositum*, contiene la regulación jurídica del depósito. La palabra romanceada «condesar» significaba dar en prenda o custodiar. De ahí que la Ley 1.<sup>a</sup> parte de que hay «condesijo» «cuando un ome da á otro sus cosas en guarda, fiándose en él».

Se admite el depósito de bienes inmuebles, si bien se afirma que «más propiamente, usan a dar en condessijo las cosas muebles que las otras» <sup>103</sup>. Se reconoce igualmente la posibilidad de recibir en depósito bienes fungibles, señalando que en tal caso la propiedad de lo depositado pasa al depositario <sup>104</sup>.

Después de afirmar categóricamente que el depósito (condessijo) sólo puede ser gratuito, pues la existencia de precio daría lugar a una figura jurídica distinta <sup>105</sup>, la Ley III del mismo Título y Partida, al regular la responsabilidad del depositario, parece afirmar lo contrario. Del Pozo Carrascosa entiende que las leyes II y III citadas son compatibles, no sólo porque la poca cuantía de la remuneración no va a afectar a la tipicidad del contrato, sino también porque, ateniéndonos a la literalidad de la ley III, cabe entender la remuneración, no como una contrapartida de la custodia sino como una contrapartida de una mayor diligencia.

Se parte de la responsabilidad por dolo y por culpa, pero ésta ya no es entendida como la falta de diligencia que se emplea en el cuidado de las cosas propias, sino como el no observar la diligencia del hombre medio, aquella que ponen la mayoría de los hombres en el cuidado de sus cosas. Es decir que frente al criterio de la culpa «in concreto», se introduce el de la culpa «in abstracto», el de la diligencia del buen padre de familia. Tal responsabilidad

<sup>102</sup> Ley 5.<sup>a</sup>

<sup>103</sup> Ley II (*Las Siete Partidas del Rey don Alfonso el Sabio*, por la Real Academia de la Historia, t. III, Madrid, 1972, pp.164 ss.).

<sup>104</sup> Ley II (*Las Siete Partidas...*). GARCÍA GOYENA, F.: *Febrero o Librería de jueces, abogados y escribanos, comprensiva del Código civil, criminal y administrativo con arreglo en todo a la legislación hoy vigente*, t. II, Madrid, 1852, p. 259, entiende que esto constituye, prescindiendo de que se haga o no uso, un verdadero préstamo.

<sup>105</sup> Ley II.



podía incluso agravarse hasta la culpa leve, entendida como la falta de diligencia propia de un hombre sabedor y astuto, en determinadas ocasiones: cuando así se hubiese previsto por las partes, cuando el depositario se hubiese ofrecido a recibir la cosa y en caso de tratarse de depósito retribuido<sup>106</sup>. Como regla general el depositario no respondía de los casos de fuerza mayor, de no ser que así se hubiere estipulado, que el depositario hubiere incurrido en mora a la hora de restituir la cosa, que la cosa depositada se hubiese perdido o deteriorado por culpa del depositario, o que el depósito se hubiere celebrado principalmente en utilidad del depositario<sup>107</sup>.

Es clara la influencia romanística en los criterios de determinación de la responsabilidad del depositario. Siguen siendo las mismas las circunstancias que dan lugar a una agravación de responsabilidad: la voluntad de las partes, el carácter oneroso del contrato, el haberse ofrecido el depositario, el tratarse de un depósito celebrado en utilidad del depositario, o la mora del depositario. Pero se aprecia un mayor rigor ya que no sólo se responde por dolo, sino también por culpa, y la culpa no se entiende como culpa lata o falta de «diligentia quam suis», sino como ausencia de la diligencia observada por el hombre medio<sup>108</sup>.

La cosa depositada debía restituirse con sus frutos<sup>109</sup>, rentas y mejoras<sup>110</sup>. Y en cuanto a la valoración de los daños se está al juramento del depositante, pero el juez atenderá igualmente a la persona del depositante<sup>111</sup>.

El Título VIII de la Partida V regula, entre los «loqueros y arrendamientos», el antecedente del actual depósito de bienes fungibles en almacén (Ley XXV) y de la introducción de efectos en establecimiento hotelero (Leyes XXVI y XXVII).

La Ley XXV somete el propietario del almacén que se obligó a la guarda de las mercancías en él depositadas, a un tipo de responsabi-

<sup>106</sup> Ley III.

<sup>107</sup> Ley IV.

<sup>108</sup> GARCÍA GOYENA, F.: *Febrero...*, p. 260, entiende que no es responsable el depositario cuando en caso de ruina, incendio, u otro caso fortuito, pudiendo salvar las cosas depositadas, prefirió las suyas. La aplicación al depositario de la responsabilidad del comodatario, sostenida por algunos autores a partir de la ley 32, título 3, libro 16 del Digesto, es difícilmente conciliable —entiende GARCÍA GOYENA—, con la regulación que de la responsabilidad del depositario hacen las Partidas.

En el mismo sentido SÁNCHEZ ROMÁN, F.: *Estudios de Derecho civil*, t. IV, Madrid, 1899, 2.ª ed, p. 884: «no hay que olvidar que el depósito es un contrato, generalmente celebrado en utilidad exclusiva del depositante, y que es contra razón exigir más diligencia en la defensa de las cosas ajenas que en la de las propias, ó pedir preferencia para salvar aquéllas á costa de que perezcan éstas».

<sup>109</sup> Los percibidos y los debidos percibir desde que se le reclamó (Ley VIII).

<sup>110</sup> Ley V.

<sup>111</sup> Ley VIII.

lidad que recuerda la «responsabilidad por custodia» del Derecho Romano: responde de cualquier tipo de pérdida, salvo que la misma se debiese a caso fortuito sin mediar culpa suya, a incendio, a fuerza de ladrones o enemigos o a cualquier otro suceso semejante<sup>112</sup>.

La Ley XXVI se refiere a la introducción de efectos en hostales, tabernas y navíos, y responsabiliza a sus propietarios de los daños causados en tales efectos por su dolo, culpa o hurto cometido por quienes allí se hospedaban, cuando dichos efectos fueron llevados al hostal, taberna o navío con conocimiento del hostelero o de sus empleados. La misma Ley prevé excepciones a esta responsabilidad: la exoneración unilateral por parte del hostelero en el momento de introducir los efectos, el ofrecimiento a depositar los efectos en caja o arca cerrada quedando la llave en manos del cliente, la pérdida por caso fortuito, incendio, crecida de ríos, derribo de la casa o peligro de la nave o fuerza de los enemigos, no concurriendo culpa del señor<sup>113</sup>.

### 3. DERECHO DE LA EDAD MODERNA

Si bien la unión de las coronas de Castilla y Aragón supuso el inicio de un nuevo periodo, el de la Edad Moderna, este cambio político no vino acompañado de grandes transformaciones en el plano jurídico. La Edad Moderna es una etapa recopiladora. Se intenta poner orden en el confusiónismo jurídico existente mediante la elaboración de obras que contienen todo el Derecho real vigente, pero se conservan igualmente las grandes redacciones de la Edad Media, como son el Fuero Real y las Partidas. Si bien surgen algunas posturas en defensa de la enseñanza y aplicación del Derecho nacional (Pedro Núñez de Avendaño, Pedro Simón Abril)<sup>114</sup>, hasta entrado el siglo XVIII siguió habiendo un claro predominio del Derecho romano. Los juristas no aplicaban el Derecho de las Partidas sino el Derecho Romano estudiado.

El absolutismo y el afán racionalista del siglo XVIII ponen fin a esta situación. Se promueve el estudio del Derecho castellano en las universidades, desplazando paulatinamente el viejo Derecho Romano. Éste ya no sirve a las aspiraciones de los reyes absolutistas, sólo se concibe el Derecho como fruto de la voluntad del soberano. La técnica de las recopilaciones es sometida a crítica y sin

---

<sup>112</sup> Ley XXV, Título VIII.

<sup>113</sup> Ley XXVI, Título VIII.

<sup>114</sup> Otra reacción a favor del Derecho nacional se produce con las Leyes de Toro y las Ordenanzas Reales de Castilla.

romper radicalmente con la tradición jurídica anterior, se intenta crear un Derecho racional y uniforme, a imagen del pensamiento ilustrado que impera en la Europa del siglo XVIII.

Comienza a extenderse por el Continente la técnica codificadora, aunque no de forma simultánea en todos los países. Mientras en Francia se promulgaba el Código napoleónico, en España, un año después (1805), todavía se promulgaba la *Novísima Recopilación*<sup>115</sup>.

Esta obra, tardía y anacrónica, significa el fin de las Recopilaciones castellanas y el inicio de una nueva etapa en la Historia del Derecho Español, acompañada de una nueva técnica legislativa: la codificadora.

### III. LA REGULACIÓN DEL DEPÓSITO EN LOS PRIMEROS CÓDIGOS EUROPEOS Y EN LOS ANTECEDENTES AL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL

#### 1. CÓDIGO NAPOLEÓNICO

Uno de los primeros Códigos europeos sobre el que necesariamente debemos detenernos, habida cuenta su enorme influencia sobre los Códigos posteriores y en particular sobre la codificación española, es el Código civil francés de 1804. El éxito del Código napoleónico se debe sin duda a las circunstancias sociales del momento: la revolución francesa y la consiguiente consagración del dogma democrático de la libertad e igualdad como base entera del orden político, y de la Ley como expresión de la voluntad general garantizadora de la libertad de todos para autodisponer de sí

---

<sup>115</sup> Este texto se refiere únicamente en dos ocasiones al depósito convencional. La Ley XXI, Título I, Libro X, *De los contratos y obligaciones, testamentos y herencias*, prohíbe, fuera de los casos permitidos por la ley, exigir intereses del dinero depositado, prestado o dado a mercaderes para cambiar, tratar o contratar, so pena para el que lo diere «de perdimiento del dinero que así diere, aplicado por tercias partes, Cámara, Juez y denunciador», y para el que lo recibiere de incurrir «en pena de otro tanto aplicado de la misma manera» (MARTÍNEZ ALCUBILLA, M.: *Códigos antiguos de España*, vol. II, Madrid, 1885, p. 1712 y pp. 1725 y 1726). Es decir que se prevé el depósito pecuniario pero se sanciona el pacto de intereses con la pérdida de lo depositado por el depositante y la pérdida de otro tanto por parte del depositario. Y la Ley I, Título IX, del mismo Libro se refiere al supuesto en que se hubieran entregado en confianza, por encomienda o por cualquier otra razón, cantidades de oro y plata (en moneda o en pasta) que hubiesen aumentado de valor a lo largo de la encomienda. Queda obligado quien las tuviese en su poder, a restituir las mismas cantidades recibidas, en las mismas monedas, del mismo valor, peso y ley, y en los mismos metales y pastas que les fueron entregados. Por lo tanto, el depósito de oro y plata es tratado como depósito de cosa específica, quedando los aumentos o descensos que su valor experimente a cargo del depositante.

mismos. Pero también obedece a que sus redactores pudieran contar con una sólida tradición doctrinal. Las obras de Pothier y Domat<sup>116</sup> proporcionaron a los autores del Code el sistematismo y racionalismo que haría triunfar este cuerpo normativo<sup>117</sup>.

El Código civil francés, promulgado el 24 de marzo de 1804, se ocupa del depósito en el título XI, libro III, artículos 1917 a 1951. Prescindiendo de las cuestiones concernientes los límites de la responsabilidad del depositario, la disciplina jurídica del contrato es fuertemente deudora del Derecho Romano. La crítica y el abandono generales de los juristas del «mos italicus», preconizada por los políticos y filósofos ilustrados, estuvo acompañada por lo que concierne a la codificación del Derecho civil de una vuelta a las fuentes originales del Derecho privado romano. Con razón afirma Negri que «las obras que mayor influencia han tenido sobre el Código napoleónico y los en él inspirados (comprendido el Código civil italiano de 1865), son las *Pandectae Iustinianae in novum ordinem digestae* y el *Traité du contrat de dépôt* de Pothier»<sup>118</sup>.

## 1.1 Pervivencia de los elementos típicos del contrato

Pothier definía el depósito como «un contrato en virtud del cual uno de los contratantes confía la guarda de una cosa al otro, que se encarga de ella gratuitamente y se obliga a restituirla cuando le sea reclamada». El texto francés, separándose de tal definición, no habla ya de contrato sino de acto, incluyendo igualmente el sequestro.

La admisibilidad del depósito de bienes inmuebles, objeto de controversia secular, es reconocida por la doctrina más prestigiosa hasta fines del siglo XVIII<sup>119</sup>. Pero el artículo 1918 del Código francés termina recogiendo la que, por obra de la pandectística, acaba siendo la tesis dominante y según la cual el depósito sólo puede tener por objeto cosas muebles. Se admite el depósito de cosas fungibles, pero siempre que se individualicen de tal forma

<sup>116</sup> DOMAT, M.: «Du dépôt et du séquestre», *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, t. 1, Paris, 1777; POTHIER, R. J.: «Tratado del contrato de depósito», *Tratado de los contratos de beneficencia*, Barcelona, 1845.

<sup>117</sup> DALLOZ, M.D., voz «Dépôt», *Répertoire méthodique et alphabétique de législation de doctrine et de jurisprudence*, t. 15, 1850, p. 445: «Los principios de Derecho romano, de derecho canónico y de nuestra antigua jurisprudencia sobre el depósito, han pasado a nuestro Derecho moderno. Domat, en sus Leyes civiles, les ha consagrado el título 7, libro 1, y Pothier les dedica un tratado particular, seguido punto por punto por los redactores del Código, con un cuidado tal que no podríamos encontrar un comentario mejor al título del depósito, de no ser en lo que concierne el depósito hotelero y el sequestro, materias importantes a las que Pothier no dedica la suficiente importancia».

<sup>118</sup> NEGRI, G.: «Deposito nel...», p. 241.

<sup>119</sup> DOMAT, M.: «Du dépôt...», p. 126.

que puedan ser objeto de restitución las mismas cosas que fueron entregadas <sup>120</sup>.

Sigue siendo incontestable la calificación del depósito como contrato real <sup>121</sup>. La doctrina admite la validez de la promesa de recibir un depósito y la posibilidad del depositante de obligar al depositario a recibir el mismo, pero entiende que tal acuerdo se regirá por los principios generales y no por las normas del contrato de depósito <sup>122</sup>.

El depósito es calificado como contrato bilateral imperfecto, subrayando el carácter eventual de las obligaciones del depositante hacia el depositario. A no ser que el depositario percibiese un salario, en cuyo caso los que admiten tal posibilidad afirman que el contrato se convierte en sinalagmático.

Pothier enumeraba el depósito entre los contratos de «bienfaisance», si bien admitía la posibilidad de que el depositario recibiese regalos del depositante siempre que no obedecieran a una exigencia suya. Ésta parece ser la postura adoptada por el Código francés, que en principio lo define como contrato «esencialmente gratuito» (art. 1917) aunque incurra posteriormente en alguna contradicción a la hora de regular la responsabilidad del depositario (art. 1928). La doctrina inmediatamente posterior al texto francés mantiene tal definición pero la interpreta con cierta flexibilidad, no faltando por parte de algún intérprete un más amplio reconocimiento a la admisibilidad de un precio <sup>123</sup>.

Por lo que respecta al permiso de usar la cosa depositada, la doctrina francesa entiende que la concesión al depositario de tal

<sup>120</sup> TROPLONG: «Du dépôt...», p. 17.

<sup>121</sup> En contra de la opinión mayoritaria: DUVERGIER, J.B.: «Comentarios y continuación a Touiller», *Droit civil français*, t. 21, t. 6, Paris, 1843, pp. 494 ss.

<sup>122</sup> TROPLONG: «Du dépôt...», p. 5; PONT, P.: «Des petits contrats», t. 1, *Explication du Code civil*, t. 8., Paris, 1867, p. 176; LAURENT, F.: *Principes de Droit civil*, t. 27, Paris, 1878, 3.<sup>a</sup> ed., p. 88; BAUDRY-LACANTINERIE, G. y WAHL, A.: *Traité théorique et pratique de Droit civil. De la société, du Prêt et du Dépôt*, Paris, 1907, 3.<sup>a</sup> ed., p. 559.

<sup>123</sup> DUVERGIER, J.B.: *Droit civil...*, p. 533, y TROPLONG, «Du dépôt...», p. 13, distinguen el salario de los regalos espontáneos, que no alteran según ellos la naturaleza del contrato. PONT, P., «Des petits contrats...», p. 170, y BAUDRY-LACANTINERIE, G. y WAHL, A.: *Traité...*, pp. 626 y 627, entienden que es esencial para que haya depósito que una intención de liberalidad mueva al depositario, pero que no es necesario que actúe bajo la influencia de un móvil exclusivamente desinteresado. Si el salario fijado es el equivalente exacto del servicio prestado, estaremos ante un arrendamiento aunque las partes hayan dado al contrato otro nombre, pero si la remuneración no se corresponde con el cuidado que debe ser adoptado por el depositario, el contrato seguirá siendo un depósito. DALLOZ, M.D., voz «Dépôt...», pp. 449 y 451, entiende que hay que diferenciar si el precio proporciona beneficios al depositario (y pone el ejemplo de personas dedicadas profesionalmente a tal actividad), en cuyo caso habrá arrendamiento de obra, o si se trata de una indemnización por los gastos derivados de la conservación de la cosa, en cuyo caso seguirá habiendo depósito. Remite en último término la decisión a los tribunales, que deberán examinar cada caso concreto.

facultad, de forma accidental y no habitual y conservando el depositante su derecho a reclamarla en cualquier momento, no desnaturaliza el depósito (al igual que el tener que prestar algún servicio accesorio en interés del propietario)<sup>124</sup>. Y a diferencia de la solución alcanzada posteriormente por nuestro Código civil, el texto francés admite que el permiso de uso haya sido concedido de forma expresa o presunta (art. 1930)<sup>125</sup>.

En caso de tratarse de cosas consumibles, hay quien reconoce autonomía propia a esta figura jurídica<sup>126</sup>. Otros niegan la existencia del depósito si se concedió la facultad de uso en el momento de la celebración del contrato, pero si se concedió con posterioridad, distinguen ambos momentos: antes de hacer uso de tal facultad, habría un depósito regular, con posterioridad, un depósito irregular<sup>127</sup> o un mutuo<sup>128</sup>.

La doctrina se mantiene fiel a la tradición romanista y a la opinión de Pothier al considerar que el depositario es un simple detentador que carece de la posesión y propiedad de lo depositado<sup>129</sup>, de no ser que fuese propietario pero que el depositante gozase de algún derecho de retención sobre ella (en concepto de usufructuario o acreedor prendario)<sup>130</sup>. Sigue sin requerirse la condición de propietario para poder depositar la cosa. El artículo 1922 del Código francés se interpreta en el sentido de que el propietario no queda vinculado por el contrato celebrado entre el depositante y el depositario<sup>131</sup>.

<sup>124</sup> DUVERGIER, J.B.: *Droit civil...*, p. 511; TROPLONG: «Du dépôt...», pp. 21 y 24; DALLOZ, M. D.: voz «Dépôt...», pp. 449 y 450; PONT, P.: «Des petits contrats...», p. 173; LAURENT, F.: *Principes...*, p. 91; BAUDRY-LACANTINERIE, G. y WAHL, A.: *Traité...*, pp. 587 y 588.

<sup>125</sup> LAURENT, F.: *Principes...*, p. 122, admite la posibilidad de un consentimiento tácito (aquél que resulta de hechos que no admiten otra interpretación posible), pero sostiene el desacierto de POTHIER y del Código en la admisión del consentimiento presunto.

<sup>126</sup> PONT, P.: «Des petits contrats...», pp. 175, 198 y 199, y AUBRY y RAU, *Droit civil français*, t. 6. «Contrats civils divers. Quasi-contrats. Responsabilité civile», París, 1975, p. 197, entienden que habrá que atender a la voluntad de las partes para saber cuándo estamos ante un depósito y cuándo ante un préstamo. Por lo general, si el interés es mínimo y la restitución debe tener lugar poco tiempo después de un aviso, habrá depósito, si el interés es normal, habrá préstamo.

<sup>127</sup> LAURENT, F.: *Principes...*, p. 91.

<sup>128</sup> DUVERGIER, J.B.: *Droit civil...*, p. 509; GUILLOUARD, L.: *Traité du prêt, du dépôt et du séquestre*, París, 1893, 2.ª ed., pp. 301 y 302, y DURANTON, A.: *Cours de droit français*, t. X, Bruxelles, 1834, 3.ª ed., p. 14.

<sup>129</sup> TROPLONG: «Du dépôt...», p. 2.

<sup>130</sup> PONT, P.: «Des petits contrats...», p. 168; POTHIER, R. J.: «Tratado...», p. 155, entendía que esa condición de detentador es la que impedía la adquisición de la cosa por prescripción de la «actio depositi», pero que si el depositario dejara de ser mero detentador, nada le impediría oponer la adquisición por prescripción de la acción contractual.

<sup>131</sup> PONT, P.: «Des petits contrats...», p. 180; LAURENT, F.: *Principes...*, p. 99.

## 1.2 Cambio en la configuración de las obligaciones a cargo del depositario

Obligaciones del depositario son las de guardar la cosa y restituirla. La *diligentia in custodiendo* se transforma en «obligation de veiller à la conservation de la chose avec la diligence d'un bon père de famille». La custodia aparece en la legislación moderna, no ya como un criterio de responsabilidad o una mera carga de conservación, sino como contenido de una auténtica obligación cuyo cumplimiento es exigible por el depositante. El depósito, no sólo no puede centrarse ya en la obligación de restituir, sino que en la guarda reside –según la doctrina– la finalidad del contrato que permite distinguirlo de figuras afines<sup>132</sup>.

No obstante, el Código sigue dedicando la mayor parte de su contenido a regular con detalle la obligación de restituir a cargo del depositario, regulación que sigue inspirándose en la tradición romanística en que era la única obligación exigible por el depositante.

## 1.3 La responsabilidad del depositario por incumplimiento contractual. Criterio de la diligencia *quam suis*

Así como la obligación de custodiar o conservar, instrumento necesario al cumplimiento de cualquier obligación de dar, ha de contar como primera fuente informadora de su contenido con el criterio de la diligencia propia de un buen padre de familia (art. 1137), el artículo 1927 del Código civil francés establece que el depositario debe usar la misma diligencia que la empleada para custodiar las cosas de su propiedad<sup>133</sup>. Con ello se consagra la tesis defendida por Portalis (en contra de la opinión de algún comisario que proponía imponer la diligencia del buen padre de familia<sup>134</sup>) y se introduce, en el ámbito del contrato de depósito, un nuevo criterio de imputación de responsabilidad que rompe con la responsabilidad por dolo o culpa lata que había predominado históricamente.

<sup>132</sup> POTHIER, R. J.: «Tratado...», p. 129; GUILLOUARD, L.: *Traités...*, p. 283; PONT, P.: «Des petits contrats»..., pp. 172-173; DALLOZ, M. D., voz «Dépôt»..., p. 449.

<sup>133</sup> GUILLOUARD, L.: *Traités...*, p. 333, señala que la excepción que introduce el artículo 1927 en cuanto al grado de vigilancia a observar por el detentador de la cosa, es única en Derecho francés.

<sup>134</sup> M. DEFERMON. Ésta parece que fue también la postura mantenida por FAVARD en su Discurso pronunciado ante el Corps Législatif, FENET, P. A.: *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil*, t. XIV, Osnabrück, 1968, p. 512.

En los supuestos previstos expresamente por el artículo 1928 del *Code* (ofrecimiento del depositario<sup>135</sup>, depósito remunerado, depósito hecho en interés exclusivo del depositario<sup>136</sup> y acuerdo expreso de las partes), la doctrina mayoritaria entiende que se restablece, a modo de responsabilidad agravada, la aplicación del principio de la culpa leve en abstracto, que es la del derecho común<sup>137</sup>. Salvo que las partes hubieran acordado una responsabilidad más grave, como la de la culpa levísima, que al ser desconocida en materia contractual habrá de ser objeto de una cláusula formal sobre la que no quepa duda alguna.

El criterio de la culpa *in concreto* es de carácter subjetivo, ya que la diligencia que suele emplear el depositario en sus propias cosas puede ser inferior a la propia de un buen padre de familia, o superior. Y en este punto esencial existe discrepancia doctrinal. Mientras algunos autores entienden que el depositario que no vigila la cosa depositada con el mismo cuidado que emplea en las suyas, comete una falta grave de la que debe responder aunque tal descuido en sí mismo considerado sólo fuese constitutivo de una falta leve<sup>138</sup>, según otros ello nos llevaría al absurdo de sancionar más rigurosamente al depositario que presta un servicio gratuito que a quien guarda una cosa ajena en su propio interés, como puede ser el prestatario<sup>139</sup>.

<sup>135</sup> TROPLONG, «Du dépôt...», p. 65; PONT, P.: «Des petits contrats...», pp. 193-194 y GUILLOUARD, L.: *Traité...*, p. 340, incluían ya en esta excepción el caso de las personas llamadas, por razón de su ocupación, a recibir depósitos (notarios, hoteleros y posaderos). Pero TROPLONG, pp. 63 y 64, exige que el depositante no hubiera tenido intención de efectuar el depósito y el depositario le haya prácticamente convencido. O que estando decidido a constituirlo en manos de otra persona, el depositario le persuada de encargárselo a él, pp. 63 y 64.

<sup>136</sup> BAUDRY-LACANTINERIE, G. y WAHL, A.: *Traité...*, p. 581, PONT, P.: «Des petits contrats...», p. 195 y GUILLOUARD, L.: *Traité...*, p. 343 añade también el caso en que el contrato se hubiera celebrado en interés de ambas partes.

<sup>137</sup> TROPLONG, «Du dépôt...», p. 69; DALLOZ, M. D., voz «Dépôt...», p. 458; GUILLOUARD, L.: *Traité...*, p. 339. Se separan en este punto la mayoría de los autores de la opinión sostenida por POTHIER, R. J.: *Traité des obligations*, vol. I, Paris, 1825, p. 171, quien hacía responsable al depositario, en cuyo favor se hizo el depósito, incluso de la culpa muy leve. También parece existir acuerdo doctrinal en cuanto a que no queda descartada esta agravación de responsabilidad por el hecho de que el interés del depositante se mezcle con el del depositario: TROPLONG, «Du dépôt...», p. 68.

<sup>138</sup> TROPLONG, «Du dépôt...», p. 54; PONT, P.: «Des petits contrats...», pp. 191 y 192; LAURENT, F., *Principes...*, p. 113; HUC, T.: *Commentaire...*, pp. 303 y 304; GALDI, M.: *Trattati...*, p. 127.

<sup>139</sup> BAUDRY-LACANTINERIE, G., y WAHL, A.: *Traité...*, p. 580, GUILLOUARD, L.: *Traité...*, p. 336 y FERRINI, C.: *Manuale...*, p. 579, para quienes la regla de la *culpa levis in concreto* sólo juega en favor del depositario y no en contra suya, aunque él observara en el cuidado de sus cosas una diligencia superior a la del buen padre de familia. Ya POTHIER, R. J.: «Tratado...», pp. 137 y 138, no mantenía una postura clara al respecto. Comienza afirmando que el depositario responderá de la culpa leve que no suele cometer en la conservación de sus propias cosas, aunque ello implique una diligencia superior a la del buen



Podría valorarse como postura intermedia la de quienes se remiten al criterio jurisprudencial, dejando a los jueces un cierto margen a la hora de apreciar los hechos, valorar los sucesos, percibir las sutilezas, tener en cuenta las intenciones, pronunciándose en cada caso de acuerdo con las circunstancias concurrentes y las personas intervinientes<sup>140</sup>.

Consecuencia de este criterio de responsabilidad es –según la doctrina mayoritaria– la de que el depositario que hubiese optado por salvar sus propias cosas dejando perecer las del depositante, cuando las confiadas tuvieran un valor superior a las suyas y fueran igual de fáciles de salvar, debe responder de dicha pérdida. De haber optado por las depositadas, siempre tendrá el derecho a ser indemnizado por el valor de las propias que hubiera debido sacrificar<sup>141</sup>.

El depositario no responde de los casos fortuitos<sup>142</sup>, a no ser que a) se encontrase en mora y la cosa no hubiese periclitado igualmente en manos del depositante (art. 1929)<sup>143</sup>; b) así se hubiera acordado por las partes en el momento de la celebración del contrato<sup>144</sup>; c) hubiese incurrido previamente en culpa<sup>145</sup>; d) hubiera usado la cosa sin permiso y no pudiera demostrar que ésta habría periclitado igualmente si no la habría utilizado<sup>146</sup>.

padre de familia, pero a continuación matiza tal opinión y añade que, cuando la falta del depositario considerada en abstracto sea una falta leve y ordinaria, se presumirá fácilmente que las comete del mismo tipo en el cuidado de sus cosas y que por lo tanto no ha hecho prueba de falta de fidelidad en la guarda del depósito.

<sup>140</sup> DUVERGIER, J. B.: *Droit civil...*, pp. 529 y 535, afirma que, pese a que se atendía a la diligencia empleada por el depositario en el cuidado de sus propias cosas, tal regla no se aplicaba siempre al pie de la letra. En ocasiones la levedad de la falta lo exoneraba de toda responsabilidad, a pesar de que el depositario no soliese cometer faltas de ese tipo. Otras veces una falta muy grave acarrea su responsabilidad, aunque cometiese también faltas de ese tipo en la gestión de sus propios asuntos. El autor se muestra partidario de aplicar el artículo 1927 «con la templanza de la antigua jurisprudencia». En el mismo sentido, DALLOZ, M. D., voz «Dépôt»..., p. 457.

<sup>141</sup> POTHIER, R. J.: «Tratado...», p. 138; DURANTON, A.: *Cours...*, p. 12; DUVERGIER, J. B.: *Droit civil...*; TROPLONG, «Du dépôt...», p. 56; DALLOZ, M. D., voz «Dépôt»..., p. 457; PONT, P.: «Des petits contrats...», p. 192; BAUDRY-LACANTINERIE, G., y WAHL, A.: *Traité...*, p. 583; JACMIN, P.: *Du dépôt...*, p. 26. En contra: GUILLOUARD, L.: *Traité...*, p. 348 y HUC, T.: *Commentaire...*, p. 308, según quienes no puede obligarse al depositario, que presta un servicio gratuito, a preferir la cosa ajena antes de la propia.

<sup>142</sup> Los eventos constitutivos de caso fortuito, por lo general, no eran definibles a priori, sino en función de las circunstancias concurrentes: BAUDRY-LACANTINERIE, G. y WAHL, A.: *Traité...*, pp. 585 y 586.

<sup>143</sup> En cuyo caso POTHIER, R. J.: *Traité des obligations...*, vol. I, p. 171, entendía que el depositario debía restituir, no sólo los frutos percibidos sino también los debidos de percibir.

<sup>144</sup> GUILLOUARD, L., *Traité...*, pp. 344 y 345; TROPLONG, «Du dépôt...», pp. 71-72.

<sup>145</sup> GUILLOUARD, L., obr. ant. cit., pp. 344 y 345; DUVERGIER, J. B.: *Droit civil...*, p. 536.

<sup>146</sup> PONT, P.: «Des petits contrats...», p. 199, entiende, a diferencia de POTHIER, que si el depositario que uso la cosa sin autorización la hubiese perdido y vuelto a recuperar, queda purgado su incumplimiento, luego si la volviese a perder por caso fortuito, no ponderará del mismo.

### 1.3.1 LA RESPONSABILIDAD DEL HOTELERO POR LA INTRODUCCIÓN DE EFECTOS EN SU ESTABLECIMIENTO

Los comentaristas al *Code* ya coincidían en que sólo desde el punto de vista de la prueba podía asimilarse el llamado depósito hotelero con el depósito necesario<sup>147</sup>. Una importante diferencia entre depósito necesario y depósito voluntario en Derecho francés ha radicado (hasta la derogación del artículo 1923 por la Ley n.º 80-525 de 12 de julio de 1980) en la admisión de todo tipo de prueba, incluso la testimonial, y cualquiera que sea el importe de lo depositado, siempre que se probara el carácter necesario del depósito (art. 1950)<sup>148</sup>. Esta libertad probatoria se admitía también en el caso de introducción de efectos en establecimiento hotelero, frente a la necesidad de prueba escrita que el artículo 1923 imponía cuando lo depositado tuviera un valor superior a cincuenta francos.

Al tratarse de un depósito remunerado, la excepción de la *culpa levis in concreto* queda derogada y restablecida la regla de la *culpa levis in abstracto*. Pero la agravación de tal responsabilidad va aún más allá, el hotelero no sólo ha de responder de la conducta de su personal, lo cual no es sino aplicación de las normas generales, sino también del robo o daños cometidos por personas extrañas al hotel (art. 1953).

Duvergier habla de presunción de culpa o negligencia, que sólo puede quedar rechazada mediante la prueba de un caso de fuerza mayor, fundamentalmente el robo a mano armada<sup>149</sup>. El robo y el incendio no eran exonerantes por sí mismos sino que el depositario debía demostrar, en cada caso concreto, que eran constitutivos de fuerza mayor<sup>150</sup>.

También quedaba exento el hotelero en caso de demostrar que hubo negligencia culposa por parte del cliente. La culpa del depo-

<sup>147</sup> Se defiende mayoritariamente que el contrato que se forma entre el hotelero y el cliente es doble: hay un arrendamiento de servicios como contrato principal y, accesoriamente, un contrato de depósito: PONT, P.: «Des petits contrats...», p. 232; TROPLONG, «Du dépôt...», p. 163; LAURENT, F., *Principes...*, p. 152

<sup>148</sup> La Ordonnance de 1667, tit. XX, artículo 3, a fin de suavizar tal responsabilidad y proteger a los hoteleros de las posibles confabulaciones entre sus clientes y terceros, reconocía a los jueces el poder discrecional de admitir o no la prueba teniendo en cuenta «la cualidad de las personas y las circunstancias de hecho». Según TOULLIER, DUVERGIER, J. B.: *Droit civil...*, p. 573, el poder discrecional del juez iría aún más allá, y también a la hora de evaluar y determinar el importe de los objetos depositados, el juez podría moderar tal suma (art. 1369). Incluso podría rechazar la demanda del cliente cuando la misma se refiriera a objetos preciosos cuya presencia en el hotel no fue señalada al hotelero.

<sup>149</sup> DUVERGIER, J. B.: *Droit civil...*, p. 572.

<sup>150</sup> PONT, P.: «Des petits contrats...», p. 242, afirma que el caso fortuito y la fuerza mayor, casi siempre asimilados cuando se trata de la extinción de una obligación de cosa cierta, se encuentran aquí implícitamente distinguidos a diferencia de lo que ocurre en el depósito ordinario o depósito necesario.

sitante unida a la del depositario daba lugar por lo general a una atenuación de la responsabilidad del depositario<sup>151</sup>.

Rompiendo con la doctrina de Pothier, la responsabilidad del hotelero ya no queda limitada a los efectos que le son entregados en mano por el cliente. Quedan comprendidos igualmente aquellos objetos, preciosos o no, cuya presencia no hubiese sido señalada al hotelero, y que hubiesen sido depositados en la habitación o en cualquier otro sitio del hotel donde se acostumbre a dejar tales bienes<sup>152</sup>. Aunque se suele considerar que, en ausencia de culpa por parte del hotelero o de sus empleados, su responsabilidad queda limitada al valor de los objetos preciosos que el viajero, teniendo en cuenta su condición y las circunstancias concurrentes, podía llevar razonablemente consigo. Si el cliente llevara consigo objetos de valor superior al que pueda esperar el hotelero, debía entregárselos o al menos señalarle su presencia<sup>153</sup>.

Los comentaristas al Código francés ya se plantearon la admisibilidad o no, en materia de depósito hotelero, de pactos modificativos de responsabilidad. Aunque se entendía que no podían nunca suponer una exoneración por culpa grave o dolo y que era necesario contar con el consentimiento de ambas partes, se admitía tal posibilidad cuando hubiera habido consentimiento expreso y el

<sup>151</sup> TROP LONG, «Du dépôt...», p. 180; AUBRY y RAU, *Droit civil...*, p. 223; DALLOZ, M.D. voz «Dépôt»..., p. 488 y LAURENT, F.: *Principes...*, p. 165, entienden que la culpa del cliente sólo exonera al hotelero cuando es indudable que, sin ella, el robo no habría tenido lugar, lo cual será siempre muy difícil de probar. Lo normal será que la responsabilidad del hotelero subsista, aunque disminuida. El juez lo tendrá en cuenta en la valoración de los daños y perjuicios. En contra: DUVERGIER, J. B.: *Droit civil...*, p. 575, para quien la culpa del cliente exoneraría completamente de responsabilidad al hotelero, de no ser que el robo hubiese sido cometido por uno de los empleados del hotel.

<sup>152</sup> BAUDRY-LACANTINERIE, G., y WAHL, A.: *Traité...*, pp. 641 y 642, entiende que tal responsabilidad se extiende también a los objetos que el viajero va introduciendo durante su estancia en el hotel y a los que hizo llegar al hotel antes de presentarse él personalmente en el mismo, siempre que haya habido consentimiento de ambas partes.

<sup>153</sup> TROP LONG, «Du dépôt...», pp. 165-166 y 174; PONT, P.: «Des petits contrats...», pp. 236-238; GUILLOUARD, L.: *Traité...*, p. 439; DALLOZ, M. D., voz «Dépôt»..., p. 491. BAUDRY-LACANTINERIE, G., y WAHL, A.: *Traité...*, p. 655 y LAURENT, F.: *Principes...*, pp. 182-183, entienden que hay que distinguir entre responsabilidad del hotelero y prueba de lo depositado. El juez debe, atendiendo a las circunstancias del caso concreto (condición de los viajeros, costumbres del hotel), decidir si queda probado que el cliente trajo consigo al hotel bienes preciosos o de considerable valor. Pero una vez admitidos tales extremos, no puede moderar la responsabilidad del hotelero sino que deberá aplicarla con todo su rigor.

Los artículos 1952 a 1954 del texto francés han sido objeto de diversas reformas. Podemos mencionar la llevada a cabo por la ley de 18 de abril de 1889, que limita a 1.000 francos la responsabilidad del hotelero respecto del dinero y títulos al portador no depositados en sus manos. En caso de que el viajero demuestre que ha habido culpa por parte del hotelero, de sus empleados o de uno de sus clientes, el depositario responde no obstante ilimitadamente del valor de lo depositado. Y la de la Ley de 24 de diciembre de 1973, que modifica los artículos 1952 a 1954 para adecuarlos a la Convención europea de 17 de diciembre de 1962. Con ella se eleva el importe de la responsabilidad respecto de los objetos no depositados en manos del hotelero y se añade como causas eximentes, además de la fuerza mayor, la pérdida procedente de la naturaleza o de un vicio de la cosa (aunque de hecho esta causa ya se venía aplicando).

cliente tuviera la posibilidad de recurrir a otro establecimiento<sup>154</sup>. También cabía una delimitación del contenido de la obligación de custodiar del depositario por medio de advertencias hechas y debidamente publicadas por el hotelero, siempre que las mismas no desvirtuaran el contenido de su obligación<sup>155</sup>.

## 2. CÓDIGO ITALIANO DE 1865

El Código civil italiano de 1865 sigue con fidelidad los principios del texto francés. Se mantiene la definición del depósito como acto (art. 1835), incluyendo el *sequestro*. El depósito propiamente dicho reviste las notas de contrato esencialmente gratuito y de contrato real (art. 1837), replanteándose las mismas discusiones sobre tales características que con ocasión del Código francés. Se reconoce el permiso de uso, expreso o presunto, de la cosa (art. 1846) y la figura del depósito irregular de dinero (art. 1848), a la cual Tempesta equipara el depósito de cosas típicamente fungibles en general<sup>156</sup>.

Frente al tipo abstracto del «buen padre de familia» previsto con carácter general en el cumplimiento de toda obligación de custodiar (art. 1244), se somete de nuevo el depositario al criterio de la culpa *in concreto*. Criterio agravado: a) cuando el depositario se ha ofrecido a recibir el depósito, b) cuando se ha previsto una remuneración por la custodia, c) cuando el depósito se realiza en interés exclusivo del depositario, d) en caso de haberse pactado que el depositario respondería por cualquier tipo de culpa (art. 1844). Existe mayor discrepancia entre la doctrina italiana sobre cuál ha de ser el significado exacto de tal agravación. Mientras la doctrina mayoritaria lo interpreta como un retorno al criterio general de la responsabilidad (responsabilidad «in abstracto»)<sup>157</sup>, otros autores entienden que el mayor rigor no alude a un tipo fijo de culpa, sino que deja a la apreciación del juez la medida de la diligencia exigible al depositario<sup>158</sup>. Según quienes el criterio de la culpa «in concreto» es una atenuación del de la culpa «in abstracto», no puede nunca exigirse al depositario –aun tratándose de una persona de una excepcional y escrupulosa diligencia– una diligen-

<sup>154</sup> PONT, P.: «Des petits contrats...», p. 245; DALLOZ, M. D., voz «Dépôt»..., p. 489.

<sup>155</sup> PONT, P., obr. ant. cit., pp. 245-246.

<sup>156</sup> TEMPESTÀ, E.: «Deposito (Diritto civile)», *Nuovo Digesto italiano*, t. IV, Torino, 1938, p. 753.

<sup>157</sup> MATTEI, *Il Codice civile italiano*, vol. VI, Venezia, 1874, p. 63; GIANTURCO, E.: *Contratti speciali*, Napoli, 1904, p. 275.

<sup>158</sup> GALDI, M.: *Trattati...*, p. 131; TEMPESTÀ, E.: «Deposito...», pp. 750 y 751; PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni di Diritto civile italiano*, vol. V, parte II, Firenze, 1921, 5.ª ed., p. 445.

cia superior a la de un buen padre de familia<sup>159</sup>. Sin embargo, quienes consideran independientes los dos tipos de culpa, entienden que quien emplee habitualmente cuidados extremadamente diligentes, debe emplearlos también con la cosa depositada<sup>160</sup>.

Los eventos constitutivos de fuerza mayor o caso fortuito (que Tempestà define negativamente, como no culpa<sup>161</sup>) que impidan al depositario la custodia o restitución de la cosa, le liberan de cualquier responsabilidad (arts. 1226 y 1845) siempre que tales eventos no se hayan visto precedidos de culpa o mora (art. 1845)<sup>162</sup> del depositario en la restitución, o que las partes no hubieran acordado una responsabilidad del depositario por caso fortuito<sup>163</sup>. El depositario sólo está obligado a restituir la cosa en el estado en que se encuentra en el momento de la restitución. Los deterioros no debidos a su culpa deben ser soportados por el depositante (art. 1849).

El Código civil italiano de 1865 vuelve a equiparar la introducción de efectos en establecimiento hotelero al depósito necesario, a efectos probatorios (art. 1866), y reproduce el régimen jurídico agravado previsto por el Código francés respecto de los daños causados en dichos efectos (art. 1867). Se recoge como causas exoneradoras, junto al robo a mano armada u otro supuesto de fuerza mayor, la culpa grave del propietario<sup>164</sup>, que la doctrina francesa venía aplicando ya cuando la misma fuere causa determinante del daño (art. 1868)<sup>165</sup>.

### 3. ANTECEDENTES AL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL

Cumpliendo el mandato de la Constitución de 1812 y lidiando con las resistencias nacionalistas, surge el primer Proyecto de

<sup>159</sup> SIMONCELLI, V.: «Contributo alla teoria della custodia», *Riv. It. per le Scienze Giur.*, t. XIV, fasc. I, Roma, 1892, pp. 40 ss.

<sup>160</sup> MATTEI, *Il Codice civile...*, p. 59; GALDI, M.: *Trattati...*, p. 127; GIORGI, J.: *Teoría de las obligaciones en el Derecho Moderno*, traducida por la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, vol. II, Madrid, 1977, p. 69; PACIFICI-MAZZONI: «Del deposito...», p. 445; TEMPESTÀ, E.: «Deposito...», p. 750.

<sup>161</sup> TEMPESTÀ, E., obr. ant. cit., p. 752, «donde no juega el criterio de la culpa, en cualquiera de sus grados, subentra el campo amplísimo del caso fortuito».

<sup>162</sup> MATTEI: «*Il Codice civile...*», p. 64; TEMPESTÀ, E., obr. ant. cit., p. 751 y DE FILIPPIS, *Diritto civile italiano comparato. Contratti in specie*, Napoli, 1877, p. 173, entiende que para que el depositario moroso respondiera de los daños originados por caso fortuito, era además preciso que la cosa no hubiera perecido en manos del depositante si le hubiese sido devuelta en plazo.

<sup>163</sup> Habría que añadir, en opinión de GALDI, M.: *Trattati...*, p. 139, MATTEI, *Il Codice civile...*, p. 66 y TEMPESTÀ, E., obr. ant. cit., p. 752, entre otros, el caso en que el depositario hubiera usado la cosa sin permiso y no pudiera demostrar que ésta habría perecido igualmente en caso de no ser utilizada.

<sup>164</sup> Una vez más el Código hace referencia, erróneamente, al propietario, cuando el depositante no tiene por qué revestir tal condición. (Ver en el mismo sentido el art. 1842).

<sup>165</sup> Por medio de la Ley de 7 de abril de 1921, número 610, se limita dicha responsabilidad a mil liras por cada persona alojada.

Código civil español en 1821. En su formación se han destacado las influencias del Código austriaco, del prusiano y, sobre todo del Código de Napoleón y sus comentaristas. Pero junto a ellas aparece también recogida la tradición jurídica española, el viejo Derecho contenido en las Partidas y en la Novísima Recopilación. De este Proyecto sólo llegaron a redactarse el Título Preliminar y los Libros I y II, correspondientes a los derechos y las obligaciones de los españoles en general y los derechos y las obligaciones según la diferente condición doméstica de las personas, con lo cual no se contiene ninguna referencia a los contratos en particular.

Entre 1821 y 1851 se sucedieron distintas tentativas de codificación civil. El 16 de noviembre de 1836 se presenta a las Cortes un Proyecto de Código civil iniciado por M. M. Cambroneró en 1833 y finalizado por E. Tapia, T. Vizmanos y J. Ayuso. El texto se ocupaba, en el Libro III, Título VII, del contrato de depósito. Se define en el artículo 1367 como «contrato según el cual una persona entrega a otra cierta cosa para que la custodie, con la obligación de devolverla en especie en cualquier tiempo que se la pidiere el depositante». Se admite el depósito de inmuebles (art. 1371), el depósito cerrado (art. 1371) y el depósito irregular (art. 1372). Se sigue manteniendo el carácter real del contrato (art. 1374) pero, aunque se define como gratuito por naturaleza, se prevé la posibilidad de pactar una remuneración (art. 1373).

En materia de responsabilidad el artículo 1378 hace responsable al depositario del dolo y de la culpa grave, de no ser que se hubiese pactado una responsabilidad mayor (art. 1379). También se prevén como circunstancias agravatorias, la existencia de remuneración (art. 1380), en cuyo caso el depositario debe responder de su actuación culposa (*culpa in abstracto*: art. 1380) y el haberse constituido el depósito en interés exclusivo del depositario o haberse ofrecido el depositario a recibir el depósito, en cuyo caso la agravación llega hasta la culpa leve (art. 1381). El depositario no responde del caso fortuito, salvo que hubiese actuado morosamente en la restitución de lo depositado (art. 1382). Por tanto, en materia de responsabilidad, se acusa la influencia de las Partidas frente a la del Código napoleónico.

En 1843 se publica un nuevo Proyecto de Código civil del que llegaron a redactarse los libros I, II y parte del III, pero hubieron de transcurrir varios años hasta que la Comisión General de Codificación elaborase y publicase en 1851, el primer Proyecto serio de Código civil.

### 3.1 Proyecto de 1851

#### 3.1.1 CARACTERES DEL CONTRATO

Siguiendo al *Code*, el artículo 1658 del *Proyecto de 1851* (Título XIV, Libro III) define el depósito como «acto por el que uno recibe la cosa ajena con la obligación de guardarla y de restituirla en la misma especie»<sup>166</sup>.

La influencia francesa se aprecia a lo largo de toda la regulación del contrato, como por ejemplo en su calificación como contrato esencialmente gratuito, frente al Proyecto de 1836 o a la que será la redacción definitiva del Código. García Goyena, a quien suele asociarse la autoría del Proyecto debido a su gran aportación al mismo<sup>167</sup>, interpreta esta nota en el sentido de que la intervención de un precio haría degenerar el contrato en arriendo, préstamo u otro contrato innominado<sup>168</sup>. Pero no faltan autores que siguen basándose en el derecho histórico (fundamentalmente en *Las Partidas*) y discrepan, como es el caso de Sánchez Román, para quien el depósito puede ser retribuido sin dejar de tener por ello la consideración de tal. Cosa distinta es que mientras esa retribución o precio no resulte expresamente estipulado, el contrato se presumirá gratuito<sup>169</sup>.

El objeto del contrato queda limitado a los bienes muebles (art. 1661) –siguiendo así la tradición jurídica castellana (con el paréntesis del Proyecto de 1836) y el Código napoleónico– y a las cosas fungibles o no, pero individualizadas. García Goyena entiende que con el artículo 1671 del Proyecto de 1851 queda definitivamente desterrado el depósito irregular del Derecho español<sup>170</sup>, dando lugar la existencia de permiso de uso –que además ha de ser expreso– a la transformación del contrato en préstamo, si se trata de cosas fungibles, o comodato si no lo son<sup>171</sup>. Una vez más dis-

<sup>166</sup> SANCHEZ ROMÁN, F.: *Estudios...*, p. 870, no es partidario de la expresión «acto». A su entender el depósito es siempre un contrato, aunque se trate de un depósito judicial.

<sup>167</sup> El Proyecto de Código civil de 1851 fue una obra redactada por un conjunto de juristas, pero destaca especialmente Florencio GARCÍA GOYENA, impulsor y miembro más activo de la Sección. Entre otras, a él debe atribuirse la ponencia sobre el Título del depósito.

<sup>168</sup> GARCÍA GOYENA, F.: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Zaragoza, 1974, p. 868.

<sup>169</sup> SÁNCHEZ ROMÁN, F.: *Estudios...*, pp. 871 y 872.

<sup>170</sup> GARCÍA GOYENA, F.: *Concordancias...*, p. 871. En el mismo sentido NAVARRO AMANDI, M.: *Código civil de España*, 1880, p. 362.

<sup>171</sup> GARCÍA GOYENA, F., obr. ant. cit., p. 871.

Se aparta aquí el Proyecto isabelino del Código francés, que no solamente admite el permiso presunto, sino que no prevé expresamente la conversión del depósito en préstamo o comodato en caso de permiso de uso de la cosa (art. 1930). La doctrina francesa era no obstante dispar, y mientras algunos autores reconocían autonomía al depósito irregular,

crepa Sánchez Román, entre otros, a cuyo entender el depósito irregular goza de autonomía jurídica frente al mutuo<sup>172</sup>.

La influencia de las corrientes iusnaturalistas en el Código francés, que centran el poder constitutivo del vínculo en el mero consentimiento, exigiendo sólo en algunos casos para la perfección del contrato la entrega de la cosa, se deja también<sup>173</sup> sentir en el Título XIV: comienza la Sección II del Capítulo II afirmando que el depósito voluntario se forma por el consentimiento recíproco del depositante y depositario<sup>174</sup>. Separándose de la tradición castellana, el Proyecto introduce en la regulación del contrato de depósito normas probatorias (arts. 1664, 1665 y 1666) que, tal y como afirma García Goyena, no son sino una reiteración de lo previsto en el Título V, Libro III, con carácter general, pudiendo en rigor suprimirse, pero estas mismas consideraciones obraban en el Código francés y sin embargo en su artículo 1923 se repite lo dispuesto en el 1341.

Fiel a la tradición romanista<sup>175</sup> recogida por los textos castellanos y el Código francés, García Goyena afirma que en el depósito dominio y posesión de la cosa no pasan al depositario<sup>176</sup>.

### 3.1.2 LA RESPONSABILIDAD DEL DEPOSITARIO POR INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL. LA DILIGENCIA DEL BUEN PADRE DE FAMILIA

Sorprendentemente, allí donde la institución del depósito ha sido siempre más permeable a los cambios y evoluciones, no se produce la influencia de la codificación francesa. Mientras el artículo 1927 del Código francés había introducido el criterio de la culpa *in concreto*<sup>177</sup>, como excepción al régimen general, el artículo 1669 del Proyecto isabelino sigue sometiendo el depositario a las reglas generales (Título V, Libro III)<sup>178</sup>, es decir a la obligación de conservar la cosa depositada con la diligencia propia de un buen padre de fami-

---

otros atendían al momento en que se hubiera concedido el permiso para atribuir al contrato la calificación de préstamo o depósito (ver notas 126, 127 y 128).

<sup>172</sup> SÁNCHEZ ROMÁN, F.: *Estudios...*, p. 876.

<sup>173</sup> Ver artículo 978 del Proyecto.

<sup>174</sup> El artículo 1763 del Código civil actual suprime en cambio la referencia al consentimiento y habla de «entrega por voluntad del depositante».

<sup>175</sup> D.16,3,17,1.

<sup>176</sup> GARCÍA GOYENA, F.: *Febrero...*, p. 259, y *Concordancias...*, p. 870.

<sup>177</sup> El mismo principio de la culpa *in concreto* fue asumido, además de por los códigos directamente derivados del napoleónico, por el Código civil albertino de 1837 (art. 1961), por el Código civil italiano de 1865 (art. 1843) y más tarde por el Código civil germánico (art. 690 BGB).

<sup>178</sup> Afirma GARCÍA GOYENA, F.: *Concordancias...*, p. 870, al respecto que: «ó las reglas generales habian de ser inútiles, ó habia de bastar una simple referencia á ellas, como se hace en la nueva redacción que tiene nuestro artículo».



lia<sup>179</sup>, y a la de restituirla al depositante siempre que se la pidiere. Tampoco recoge el Proyecto el contenido del artículo 1928 del texto francés, abandonando igualmente la que ha venido siendo la tradición castellana. El contrato de depósito queda definitivamente sometido a las reglas generales en materia de responsabilidad contractual: responsabilidad por dolo, negligencia (que consiste en no respetar la diligencia pactada o, en su defecto, la que es propia de un buen padre de familia), contravención a lo pactado o morosidad en el cumplimiento de las obligaciones (art. 1011)<sup>180</sup>.

El depositario no responde de los casos fortuitos salvo que se hubiera pactado expresamente lo contrario (art. 1014), que se hallase constituido en mora y la cosa no se hubiere perdido igualmente en poder del depositante (art. 1006 y 1160)<sup>181</sup> o que se hubiere comprometido sucesivamente a entregar lo depositado a dos o más personas diversas (art. 1006)<sup>182</sup>. Se presume que la pérdida de la cosa en

<sup>179</sup> GARCÍA GOYENA, F., obr. ant. cit., p. 538: «...el que se obliga á la conservación de una cosa debe poner en ello todos los cuidados de un buen padre de familias, sea que la convencion tenga por objeto la utilidad de una sola de las partes ó la de todas. Yo añado lo que tengo ya dicho en otra obra: “Pedir mas al deudor seria la más injusta y exorbitante exigencia: creer que se cumple con menos, equivale á renunciar abiertamente á la justicia y á la delicadeza”. La fuerza de esta reflexion es igual en todas las obligaciones: y por lo mismo no se ha dado entrada á la escepcion ó reserva del Código francés (...). La regla es general para todos los contratos y sin una sola escepcion: así no volverá á hablarse mas en ninguno de ellos sobre la obligacion y cuidados del deudor en conservar la cosa. La espresión “como un buen padre de familias” es feliz, y encierra en abstracto un concepto fácil y sencillo: si se dijera que el deudor debe cuidar de la cosa agena, como de las propias suyas, habria de descenderse en cada caso á la averiguacion imposible de la diligencia personal del deudor en sus cosas; de todos modos, se echa de ver claramente que en esta materia entra por mucho el prudente y justificado arbitrio del juez».

<sup>180</sup> NAVARRO AMANDI, M.: *Código...*, p. 364 y SÁNCHEZ ROMÁN, F.: *Estudios...*, p. 884, a pesar de tener obras posteriores al Proyecto de 1851, vuelven a hacer referencia exclusivamente al Derecho histórico, limitando la responsabilidad del depositario al dolo y a la culpa lata: «el depositario debe guardar la cosa con la diligencia que es propia de los hombres menos cuidadosos y de manera que no se empeore por su culpa ni por su engaño». Solo en determinados casos: 1.º) cuando en ello hubiere convenido el depositario al hacerse el depósito, 2.º) cuando el depositario mismo hubiere solicitado que se constituya el depósito en su poder; 3.º) cuando recibiere alguna remuneración por razón del depósito), bastaría con exigir al depositario la diligencia de un «hombre medianamente diligente».

<sup>181</sup> GARCÍA GOYENA, F.: *Concordancias...*, pp. 616 y 617, remonta el origen de este párrafo al Digesto: D.16,3,14,1; D.6,1,15,3 y D.10,4,12,4. Pero añade que en Derecho Romano, para trasladar el riesgo de la cosa, era necesario que el poseedor supiese de cierto que la cosa no era suya y a pesar de ello litigase maliciosamente. MOLINER NAVARRO, R. M.: «La pérdida de la cosa debida», *Centenario del Código civil*, t. II, Madrid, 1990, p. 1445, entiende que «quizás sea más justa la solución ofrecida por el Proyecto de 1851 en este punto (respecto del art. 1182 del Código civil actual que sólo prevé que se extinguirá la obligación cuando la cosa se perdiera sin culpa del deudor “y antes de haberse éste constituido en mora”) porque puede haber supuestos en los que los efectos atribuidos a la mora –la no extinción de la obligación por caso fortuito– sean absolutamente desproporcionados con la causa, es decir, con el simple retraso en el cumplimiento previsto por el artículo 1100 del Cc.»

<sup>182</sup> Aquí el Proyecto añade una excepción más a la extinción de la obligación por fuerza mayor (en concepto de sanción a la mala fe del deudor), no prevista por el texto francés (art. 1138).

poder del deudor se debió a culpa suya, recayendo por tanto sobre el depositario la prueba de lo contrario (art. 1161)<sup>183</sup>.

El Proyecto también se aparta del Código francés a la hora de fijar el contenido de la indemnización por daños y perjuicios. Si bien al igual que el texto francés incluye el valor de la pérdida experimentada y el de la ganancia o utilidad dejada de percibir por el acreedor (art. 1015), prevé que, en caso de no haber dolo por parte del deudor, se comprenderán en el resarcimiento de los daños y perjuicios «los que fueren consecuencia inmediata y necesaria de la falta de cumplimiento del contrato»<sup>184</sup>. Y en caso de dolo, «los que hubieren sido conocidamente ocasionados por él» (art. 1016)<sup>185</sup>.

Por tanto, frente a los textos castellanos<sup>186</sup> y a la postura adoptada por el Código napoleónico, el Proyecto de 1851 parece optar por agravar la responsabilidad del depositario, no sólo sometién-dole a una diligencia mayor (la del buen padre de familia con carácter general y no como excepción), sino también indirectamente, ampliando el contenido de la responsabilidad del deudor con carácter general<sup>187</sup>.

El Proyecto, al igual que su antecesor<sup>188</sup>, recoge la figura del depósito cerrado, pero dotándolo de una regulación mucho más minuciosa

<sup>183</sup> Aunque el precepto se refiere literalmente a la pérdida, GARCÍA GOYENA, F.: *Concordancias...*, p. 617, entiende que «lo mismo, según las leyes ha de observarse, por igualdad de razón en el caso de menoscabo, que viene á ser una pérdida parcial de la cosa». NAVARRO AMANDI, M.: *Curso...*, p. 365 añade, entre los supuestos en que el depositario debe responder del caso fortuito: el que éste se hubiera producido por culpa del depositario (ya que mantiene que el depositario, en principio, sólo responde del dolo y de la culpa lata), y cuando el depósito se constituyera principalmente en utilidad del depositario.

<sup>184</sup> En cambio el artículo 1150 del Código francés establece que el deudor sólo responde de los daños y perjuicios previstos o podidos prever en el momento de la celebración del contrato. GARCÍA GOYENA, F.: *Concordancias...*, p. 543, entiende que «las palabras del artículo Frances para el caso de no haber dolo no dan una idea clara: ¿qué es lo que se previó ó pudo preverse? Cada contrayente dirá que él previó los daños de diferente manera».

El Código civil actual (art. 1107) adopta la misma redacción que la del texto francés.

<sup>185</sup> El artículo 1151 francés dice del caso de dolo que los daños sólo deben comprender lo que es una consecuencia inmediata y directa de la inexecución de la convención. GARCÍA GOYENA, F.: *Concordancias...*, p. 544, comenta que «en este segundo párrafo nos apartamos tambien del artículo 1151 Francés, y damos mayor estension que él á la responsabilidad: la citada ley del Código no ponía tasa ó coto á ella en los delitos. Bastará, pues, que el daño haya sido conocidamente ocasionado por el dolo, y que sin este no habria tenido lugar, aunque no sea su consecuencia directa, inmediata é inevitable: vé los artículos 1399 y 1408, párrafo 2. Pero, aun después de todo lo expuesto, será preciso convenir en que el prudente arbitrio del juez es casi tan lato en estimar las causas ú ocasión del daño como en fijar su tanto; y para lo primero es necesario tacto mas fino y mayor sagacidad que para lo segundo».

<sup>186</sup> Partida V, tít. III, ley VIII.

<sup>187</sup> NAVARRO AMANDI, M.: *Curso...*, p. 366 y SANCHEZ ROMÁN, F.: *Estudios...*, p. 887, se mantienen fieles al criterio de las Partidas y excluyen de la obligación de indemnizar las utilidades ó ganancias que el depositante hubiera podido obtener.

En este mismo sentido también GARCÍA GOYENA, F.: *Febrero...*, p. 262.

<sup>188</sup> Art. 1385 del Proyecto de 1836.

en materia de responsabilidad que la de su homólogo el artículo 1931 del Código francés. Mientras que el precepto francés se limita a enunciar la obligación de secreto que rodea al depósito cerrado (obligación que la doctrina mayoritaria hace extensiva a toda clase de depósito), el artículo 1672 del Proyecto regula las consecuencias derivadas de la violación de tal secreto, materializadas en la no restitución de la cosa en el mismo estado en que se recibió. Se parte de la presunción de culpa en el depositario, lo que García Goyena considera una aplicación de lo previsto en el artículo 1161, coherentemente con su postura de aplicar tal precepto tanto en los casos de pérdida como en los de deterioro de la cosa. La única particularidad que aporta tal precepto respecto de las reglas generales radica en atender a la declaración del depositante, en cuanto al valor de lo depositado, en caso de no haber conseguido demostrar el depositario que no actuó culpablemente.

El papel de la restitución como obligación preponderante sobre la que se fundó tradicionalmente la eficacia típica del depósito, desaparece con la codificación. La guarda pasa a configurarse como obligación independiente a la que se encuentra sometido el depositario, pero, al igual que constatamos al estudiar el texto francés, la normativa dedicada a la obligación de restituir sigue siendo aquí también la principal.

### 3.1.3 LA RESPONSABILIDAD DEL HOTELERO POR LA INTRODUCCIÓN DE EFECTOS EN SU ESTABLECIMIENTO

Al igual que el Código francés, el Proyecto de 1851 dedica una sección específica, dentro del capítulo dedicado al contrato de depósito, al depósito necesario. El artículo 1689, que reproduce en su primera parte el artículo 1952 del texto francés<sup>189</sup>, reputa depósito necesario el de los efectos introducidos por los viajeros en las fondas o mesones. Del mismo modo que la mayoría de la doctrina francesa, García Goyena considera que esta asimilación queda limitada exclusivamente a la prueba<sup>190</sup>, pero tampoco faltan autores que, como Sánchez Román, entienden que se trata de casos de verdadero depósito<sup>191</sup>.

<sup>189</sup> El precepto termina exigiendo que se haya dado conocimiento al fondista o mesonero, o a sus dependientes, de los efectos introducidos en su casa. El Código francés no señala nada al respecto y la doctrina francesa lo interpreta en el sentido de que el cliente ya no necesita depositar sus efectos en manos del hotelero, éste es responsable aunque no hubiese sido informado sobre las cosas que el cliente introduce en el hotel. Ver notas 152 y 153.

<sup>190</sup> GARCÍA GOYENA, F.: *Concordancias...*, p. 879.

<sup>191</sup> SÁNCHEZ ROMÁN, F.: *Estudios...*, p. 889. NAVARRO AMANDI, M.: *Curso...*, p. 369, sigue las Partidas y lo considera arriendo, regulando la responsabilidad del fondista o posadero al hablar del arrendamiento

A pesar de que el Proyecto de 1851 optó por seguir nuestra tradición histórica y acoger el principio de la *culpa in abstracto*<sup>192</sup>, coincide con la responsabilidad a la que el texto francés somete el hotelero por los daños causados en los efectos de los clientes: regreso al modelo del buen padre de familia como una de las excepciones al criterio de la *culpa in concreto* (art. 1928 del *Code*) y responsabilidad por los daños causados por los criados o dependientes, así como por los provocados por extraños que van y vienen a la fonda o mesón. Sólo se admite como causa de exoneración los sucesos debidos a fuerza mayor (art. 1690).

En cuanto al hurto o robo, el Proyecto de 1851 se remite al artículo 17.2 del Código Penal de 1848, que hace responsables subsidiarios de la restitución de los efectos robados o hurtados dentro de sus casas a los posaderos, siempre que se hubiere dado previo conocimiento al posadero o a sus empleados del depósito. El precepto sólo exceptúa los casos de robo con violencia o intimidación en las personas, no cometidos por los empleados del posadero<sup>193</sup>. En este aspecto el texto isabelino parece apartarse de nuevo de la tradición romanista<sup>194</sup> para adoptar el carácter más riguroso de las leyes modernas<sup>195</sup>.

El seguimiento del régimen jurídico de la responsabilidad del depositario, desde sus orígenes hasta los antecedentes inmediatos al Código civil, es de gran ayuda para quien desee profundizar en la actual regulación de esta cuestión. El entendimiento de preceptos como el 1760, 1766, 1774, 1775 ó 1778 de nuestro Código civil sólo es posible tras remontarse a los orígenes del contrato y descubrir la importancia que la *Fides* desempeñaba en la sociedad romana en general y en el contrato de depósito en particular. La nota de la gratuidad, consustancial a la idea de amistad sobre la que descansaba el contrato de depósito en Derecho Romano, determinaba un tipo de responsabilidad específica, muy diferente a la que los propios romanos preveían cuando dicha relación iba acompañada

<sup>192</sup> Recordemos que el *Code* somete el depositario, como regla general, al principio de la *culpa in concreto*, y que sólo como excepción dispone un retorno al criterio general de la *culpa in abstracto* (art. 1928).

<sup>193</sup> PACHECO, J. F.: *El Código penal concordado y comentado*, t. I, Madrid, 1867, pp. 289 y 290, consideraba la aplicación de tal grado de responsabilidad inviable: «Mas el viajero que recibe las llaves de su habitación, y encierra en ésta sus efectos, es imposible que pueda hacer responsable por este artículo al jefe de la posada, de las cosas que diga faltarle. Será menester que pruebe delitos verdaderos; y entonces, por ellos, por esos delitos, será por los que recaigan las responsabilidades criminales y civiles».

<sup>194</sup> El Digesto (D.47,5,6) y Las Partidas (V,VIII,XXVI) no hacían responsable al hotelero de los robos cometidos por los extraños o viajeros no hospedados en el hotel.

<sup>195</sup> El artículo 1954 del Código civil francés exoneraba al posadero de los robos cometidos a mano armada o mediante otro tipo de fuerza mayor.

de una remuneración o era prestada por un profesional. Esta constante en la evolución del régimen jurídico de la responsabilidad del depositario no puede perderse de vista a la hora de interpretar la normativa actual.

La necesaria coordinación, ya en los orígenes de la relación contractual, de las obligaciones o deberes a cargo del depositario desde el punto de vista de la configuración causal del contrato, no ha hecho sino afianzarse en la sociedad actual. ¿Qué duda cabe de que quien recurre a un depositario, generalmente profesional, espera que le guarden o custodien sus bienes diligentemente pero sobre todo que se los devuelvan en las mismas condiciones en que los entregó? Todas estas cuestiones son objeto de riguroso análisis en nuestro trabajo *El depositario y la responsabilidad del depositario*<sup>196</sup>.

---

<sup>196</sup> Dicho trabajo verá la luz próximamente (editorial Aranzadi). MARTÍN SANTISTEBAN, S., *El depósito y la responsabilidad del depositario*, Navarra, 2002.

Límites a la utilización de las técnicas  
de reproducción asistida.  
Reflexión a propósito del auto del Juzgado  
de Primera Instancia número 13 de Valencia  
de 13 de mayo de 2003

MARINA PÉREZ MONGE  
Universidad de Zaragoza

SUMARIO: I. *Pretensión inicial de la promotora: Solicitud de autorización judicial para la obtención de espermatozoides de su esposo y con ellos proceder a la inseminación artificial de la solicitante.*—II. *Finalidad de la promotora manifestada en el acto de la vista: ser madre:* A) Naturaleza del consentimiento del marido. B) ¿Se puede solicitar la utilización del semen del marido sin que el nacido sea, jurídicamente hijo del marido ni pueda ostentar tampoco ninguna clase de derechos hereditarios?—III. *Inscripción en el registro civil del nacido vigente la presunción de paternidad:* A. Hijo no matrimonial de la madre.—B. Hijo matrimonial dejando actuar la presunción de paternidad. ¿Quién puede impugnar?: 1. Los herederos del marido. 2. En vida del marido, él mismo no puede impugnar porque está incapacitado.—3. ¿Podría impugnar el representante legal del marido?: a) Jurisprudencia y doctrina tradicional: Doctrina de los actos personalísimos. b) STC 311/2000, de 18 de diciembre.c) Opinión personal.—IV. *Inscripción en el Registro Civil del nacido no vigente la presunción de paternidad.*—V. *Conclusión.*

Este comentario tiene por objeto el estudio del Auto del Juzgado de Primera Instancia número 13 de Valencia de 13 de mayo de 2003. Reviste importancia respecto de la utilización de las técnicas de reproducción asistida. En él se resuelve acerca de si una mujer puede solicitar autorización judicial para la obtención de

espermatozoides de su esposo en coma desde hace once años para la posterior inseminación artificial. La mujer, a su vez es la representante legal de su marido, incapacitado judicialmente. Ante la negativa de la familia del varón (padres e hija de su primer matrimonio, representada por su madre) a esta petición, la promotora matiza que lo único que pretende es tener un hijo biológico de su marido, renunciando a los derechos hereditarios que el nacido pudiera tener en la herencia del marido. Se plantean las siguientes cuestiones: ¿Puede un varón ser padre jurídicamente sin su consentimiento? ¿Qué relevancia tendría la exclusión de efectos respecto del marido? En el hipotético supuesto de que en la realidad se produjese tal nacimiento e inscripción del nacido como hijo matrimonial del marido ¿se podría impugnar en vida del marido tal paternidad? A estas cuestiones se trata de dar respuesta en el presente trabajo.

El supuesto de hecho de este Auto se contiene en el antecedente de hecho primero: D. P. S. M. contrae segundo matrimonio con doña M. J. B. L. el 9 de marzo de 1991. A los siete meses de la celebración del matrimonio, el marido sufre un accidente y queda en coma vigil irreversible. Por ello, se solicita la incapacidad judicial, y es declarado –según consta en el referido antecedente– «totalmente incapaz en virtud de sentencia judicial, en la que se procedió además a designar tutora del incapaz a su esposa».

Pasados diez años, el 12 de diciembre de 2001, la esposa solicita autorización judicial para la obtención de espermatozoides de su marido y con ellos proceder a la inseminación artificial de la solicitante.

Se da audiencia al Ministerio Fiscal y a los siguientes parientes del incapaz: sus padres y su hija –fruto del primer matrimonio–, representada por su madre. Todos se oponen a la pretensión.

Posteriormente, doña M. J. B. L. se ratifica en su solicitud de autorización judicial para ser inseminada con gametos de su marido, matizando en el antecedente de hecho tercero que «el único interés perseguido en el presente expediente es el solo hecho de poder ser madre a través de la reproducción asistida, de modo tal que, al no ser ello factible por medio de semen procedente de donante anónimo, en razón de precisarse legalmente para dicho sistema el consentimiento del esposo, se interesaba entonces que la inseminación se le realice con semen de este último, pero sin que el fruto de ello sea ni pueda ser tenido por hijo de su esposo incapaz ni, consecuentemente, que pueda ostentar tampoco ninguna clase de derechos hereditarios respecto del mismo».

El Juez autoriza inseminación artificial con semen de donante (en adelante, IAD), entendiéndose que existe separación de hecho a estos solos efectos, y la filiación únicamente se determinará respecto de la madre.

Las cuestiones jurídicas que se plantean son las siguientes:

a) De forma directa, en un supuesto en que el marido no prestó su consentimiento, se pretende que el Juez sustituya dicha voluntad, a lo que se opone la familia del marido (hija del primer matrimonio y los padres).<sup>1</sup>

b) De modo colateral, en el Auto se alude a la posibilidad de que una vez producido el nacimiento, la mujer inscribiese al nacido como hijo matrimonial «por descuido o por malicia», en cuyo caso los herederos podrán impugnar la paternidad. Creo que debe plantearse la posibilidad de que el representante legal del incapacitado, o en su caso, el defensor judicial<sup>2</sup>, pueda impugnar la paternidad en vida del incapacitado. En caso contrario, mientras viva el incapacitado, constará que el nacido es hijo jurídicamente del marido, con los consiguientes deberes que derivan de la filiación; y la doctrina de los actos personalísimos, pensada para proteger al incapacitado, surtirá efectos contrarios (desproteger la persona y bienes del mismo). La cuestión es problemática y se verá más adelante.

En otro supuesto, una mujer que ha tenido su hijo, –tras la transferencia del embrión de los cónyuges una vez fallecido el marido–, pretende la determinación de la filiación respecto del marido fallecido. En este caso –incumpliendo los requisitos previstos en el artículo 9 de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida (en adelante LTRA), ella y el equipo médico, en su caso, y quizás por la omisión de información–, ha pasado el plazo previsto por el artículo 116 CC., que regula la presunción de paternidad y no se ha prestado el consentimiento en la forma exigida para la fecundación *post mortem*. Lo deniega el Encargado del Registro y también la DGRN en la Resolución de 24 de septiembre de 2002, que ordena: «En consecuencia, sólo puede inscribirse la filiación no matrimonial de la madre.»

---

<sup>1</sup> Un caso parecido se suscitó en 1999 ante el Juzgado de El Ferrol: los cónyuges habían prestado consentimiento para congelar el semen para que el marido pudiera ser padre cuando se curase, y posteriormente falleció por otra causa, sin prestar su consentimiento para la fecundación *post mortem*, y la viuda pretende que el Juez supla dicha voluntad. En este caso estaban de acuerdo todos los parientes llamados en su momento: padres y hermana. En el Auto del Juzgado de Primera Instancia de El Ferrol se autoriza la realización de la fecundación *post mortem*, pero apeló el Ministerio Fiscal y la Audiencia de La Coruña denegó tal autorización, como se indica más adelante.

<sup>2</sup> El representante legal del marido y del nacido, sería la madre, y un representante no puede defender los intereses de dos personas, que pueden resultar contradictorios.



## I. PRETENSIÓN INICIAL DE LA PROMOTORA: SOLICITUD DE AUTORIZACIÓN JUDICIAL PARA LA OBTENCIÓN DE ESPERMATOZOIDES DE SU ESPOSO Y CON ELLOS PROCEDER A LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL DE LA SOLICITANTE

La promotora, inicialmente solicita autorización judicial para la obtención de espermatozoides de su esposo, con la finalidad de proceder posteriormente a la inseminación artificial de la solicitante (en adelante, IAC). Parece que lo que pretendía era tener un hijo de su marido, con todos los efectos que derivan de la filiación (apellidos, derechos hereditarios, etc.).

Conviene recordar que la incapacitación se promueve en interés del incapaz, y se le nombra un representante para protegerlo. Con la misma finalidad, el Código Civil, exige, en ocasiones la autorización judicial para la realización de determinados actos relevantes (artículo 271 CC). Ahora bien, en este supuesto, se pretende que dicha autorización supla la voluntad del incapaz. Como se argumenta en el Fundamento de Derecho Segundo del Auto objeto de comentario, «la suplencia de la voluntad del incapaz en aquellos supuestos que, por su naturaleza o entidad, excedan del ámbito competencial propio de los tutores no puede en ningún caso extenderse a la realización de un acto de carácter tan personalísimo como es la decisión de tener un hijo, ya que la misma es de todo punto discrecional subjetiva, de un orden absolutamente ajeno a lo que constituye la finalidad esencial que preside y justifica el ejercicio de todas las instituciones tutelares, que no es otra que la búsqueda del beneficio del propio incapaz, y que conlleva además la creación a cargo de éste de una situación jurídica, la de la paternidad, que no sólo no implica, *per se* y en cuanto tal ningún provecho ni mejora para el que la asume, sino que, antes al contrario, genera unas cargas y responsabilidades de tal magnitud y trascendencia que, desde luego, sólo en virtud del personal consentimiento o actuación del afectado, y nunca por otra vía sustitutoria, puede admitirse la constitución de la paternidad.»

Así, parece que el juez no puede suplir el consentimiento del incapaz para tener descendencia. Como muy bien se justifica en el Fundamento de Derecho segundo, «todas las partes están contestes al respecto en que no es jurídicamente factible que la voluntad de un varón incapacitado y en estado de coma pueda ser suplida, mediante autorización judicial, en orden a prestar su consentimiento para tener descendencia con su esposa a través del sometimiento de ésta –ya sea con utilización de semen extraído de aquél o ya

recurriéndose al precedente de donante anónimo– a técnicas de reproducción asistida.»

## II. FINALIDAD DE LA PROMOTORA MANIFESTADA EN EL ACTO DE LA VISTA: SER MADRE

Tras la oposición de los parientes del marido en el acto de la vista, la promotora se ratifica en sus pretensiones, pero matiza que el único interés es ser madre a través de la reproducción asistida, indicando que hace esta solicitud, al no ser ello factible por medio de donante anónimo (en cuanto la mujer casada necesita el consentimiento del marido). Ha de advertirse que el nacimiento de un hijo cambiaría la distribución de los bienes en la sucesión del incapacitado.

El artículo 6.3 LTRA establece: *Si estuviere casada, se precisará además el consentimiento del marido, con las características expresadas en el apartado anterior, a menos que estuvieren separados por sentencia firme de divorcio o separación, o de hecho o por mutuo acuerdo que conste fehacientemente.*

De ello, se deducen los siguientes temas objeto de reflexión: A) Naturaleza del consentimiento del marido y, B) ¿Se puede solicitar la utilización del semen del marido sin que el nacido sea, jurídicamente hijo del marido ni pueda ostentar tampoco ninguna clase de derechos hereditarios?

### A) NATURALEZA DEL CONSENTIMIENTO DEL MARIDO

Es preciso distinguir si la autorización que la LTRA exige para que la mujer casada se someta a estas técnicas de reproducción asistida con semen de donante, es una «licencia marital»<sup>3</sup>, que impide que la mujer casada se someta a estas técnicas, o simplemente es un consentimiento que presta el marido de modo que impedirá que éste posteriormente pretenda impugnar su paternidad respecto del nacido.<sup>4</sup> De la dicción del referido artículo 6.3 LTRA parece que entiende que una mujer casada no puede someterse a estas técnicas heterólogas sin el consenti-

<sup>3</sup> GÓMEZ SÁNCHEZ, *El derecho a la reproducción humana*, Marcial Pons, Madrid, 1994, p. 96.

<sup>4</sup> Cfr. más extensamente PÉREZ MONGE, *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*, Madrid, 2002, pp. 135 ss.

miento del marido. En este sentido, considero que el consentimiento tiene un doble carácter:

- «a) por una parte, supone autorización del marido para que se realicen las técnicas, ya que de ellas nacerá, en su caso, un niño, cuya paternidad, en principio, la ley atribuye al propio marido por la presunción de paternidad.
- b) por otro lado, el consentimiento del marido produce efectos no en la determinación de la paternidad, sino en la prohibición de impugnación de dicha paternidad.»<sup>5</sup>

A mi juicio, se trata de un consentimiento dirigido a proteger la relación de paternidad respecto de quien nazca de mujer casada tras la correspondiente inseminación artificial o fecundación *in vitro* con semen de donante. Se trata, por una parte de que quien va a ser considerado el padre por el Derecho haya prestado su consentimiento, para que después no pueda impugnar una filiación que biológicamente no le corresponde, y en caso de desavenencias de la pareja pudiera ser utilizada para impugnar esta filiación, en perjuicio del nacido, como ya lo advirtió Delgado Echeverría<sup>6</sup>.

Sin embargo, es una realidad que existe separación de hecho. Por esta razón, de la dicción del artículo 6.3 LTRA, e independientemente de que el consentimiento del varón se considere licencia marital o no, la esposa puede someterse a técnicas de reproducción asistida con semen de donante, sin consentimiento del marido, acreditando la separación de hecho. De este modo, se satisfaría el interés único de la esposa: ser madre. En consecuencia, la filiación podría quedar determinada sólo respecto de la madre.

<sup>5</sup> PÉREZ MONGE, *op. cit.*, p. 137. En este sentido el artículo 116 establece: *Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges.*

<sup>6</sup> DELGADO ECHEVERRÍA, «Los consentimientos relevantes en la fecundación asistida. En especial el determinante de la asunción de una paternidad que biológicamente no corresponde», Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28 de septiembre a 2 de octubre de 1987), en *La filiación a finales del siglo xx. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Madrid, 1988, p. 224, afirma: «Aun en este segundo caso, no parece adecuado que la documentación del consentimiento quede sólo a disposición de los cónyuges o en un centro sanitario, pues de ese consentimiento dependerá, en definitiva, el estado civil de la personas. Podría pensarse en algo similar al Libro especial de 'matrimonios secretos' en el Registro Central. Si no hubiera ninguna constancia oficial del consentimiento, cabría siempre que marido y mujer privaran al nacido de su condición de hijo matrimonial y prácticamente, de toda posibilidad de filiación paterna, absteniéndose simplemente de alegar el consentimiento 'secreto' en un juicio de impugnación de paternidad entablado por cualquiera de ellos. Actitud que no parece impensable –dentro de la rareza de estos casos– si, ante el deseo del marido de desentenderse del hijo nacido de su mujer, sigue ruptura del matrimonio y la madre prefiere, a la vista del divorcio, retener al hijo como exclusivamente suyo».

De este modo, nada impide que se someta a estas técnicas heterólogas si lo único que se pretende es ser madre. En este caso, ciertamente no habrá relación de filiación entre el nacido y su esposo, sino que será un hijo no matrimonial de mujer casada. De hecho, en los centros en que se realizan las técnicas de reproducción asistida, en numerosas ocasiones parece que no se pregunta acerca del estado civil ni de la vida familiar de la que formará parte el nacido. En la práctica, en las estadísticas de Cataluña<sup>7</sup>, en más de la mitad de los ciclos, no consta si la mujer tiene pareja o no<sup>8</sup>. Por ello, es posible que una mujer casada solicite IAD (como si fuese mujer sola) ocultando su estado civil al Centro médico, y posteriormente nazca un niño, que por la presunción de paternidad se calificará como matrimonial, en el caso de que el marido ignore todo el procedimiento o, de no se impugne tal paternidad<sup>9</sup>. Por ello, si —como dice la promotora— el «interés único» es el solo hecho de poder ser madre, no se entiende la razón de comenzar este procedimiento, pues podría resolverse acudiendo a un centro como mujer sola que solicita inseminación con semen de donante. No obstante, esta conducta podría tener efectos respecto de una posible separación judicial, divorcio, etc.

Respecto de esta petición, en el fundamento de derecho tercero se distingue la regulación referida a la mujer casada de la separada, y en el fundamento de derecho cuarto se afirma con claridad: «Ahora bien, teniendo en cuenta que, según ya se ha referido anteriormente, el único interés perseguido por la promotora es el de poder ser madre a través de la reproducción asistida, y que su esposo se encuentra desde hace más de once años en estado de coma vigil irreversible, no se aprecia sin embargo la concurrencia en el presente caso de obstáculo legal alguno para que la misma pueda libre y lícitamente ser usuaria de técnicas de reproducción asistida con semen procedente de donante anónimo, ya que es lo cierto que aquí, evidentemente, se da la situación de separación de hecho del matrimonio contemplada en el ya citado artículo 6.3 de la Ley. En este sentido, desde la perspectiva del fin de la norma, el estado de coma del marido cuadra perfectamente con la

---

<sup>7</sup> Los datos se refieren a Cataluña únicamente porque no existe documento similar a nivel nacional, tras realizar la correspondiente consulta al Ministerio de Sanidad.

<sup>8</sup> Generalitat de Catalunya, Departamento de Sanidad y Seguridad Social, Dirección General de Recursos Sanitarios, Servicio de Información y Estudios, «Informe Técnico del Registro de Reproducción Humana Asistida». Así sucede en los Informes de los años 1993, 1994 y 1995.

<sup>9</sup> Ciertamente, si el marido conoce los hechos, es decir, la realización de IAD por su mujer sin su consentimiento, podrá dejar actuar sin más la presunción de paternidad, o bien impugnar una filiación en la que no aportó el elemento biológico ni el volitivo.

situación de separación de hecho aludida en el artículo 6.3, ya que este precepto no pretende otra cosa que evitar la determinación legal de paternidades matrimoniales subrepticamente constituidas a través del uso, a espaldas del marido, de las técnicas de reproducción asistida; de ahí que la necesidad del consentimiento marital resulte eliminada para los casos en que, por no haber convivencia conyugal, no pueda generarse duda alguna sobre la eventual paternidad del esposo, y correlativamente, que esa misma falta de necesidad del consentimiento es aplicable al supuesto de autos, en el que, evidentemente, el hijo que pueda tener la promotora no podrá nunca serlo también de su esposo, al encontrarse el mismo en estado de coma vigil irreversible desde hace más de once años».

Aun siendo lo más deseable que los hijos de una mujer casada lo sean de su marido, podría suceder que una mujer casada se sometiese a IAD sin consentimiento del marido. En principio, jurídicamente el hijo sería del marido por aplicación del artículo 116. Sin embargo, el marido podría impugnar la paternidad, pues no aportó elemento biológico ni volitivo, y, de este modo sólo habrá determinación de la filiación por la línea materna, con los consiguientes «perjuicios», en su caso, para el así nacido. Ahora bien, esta conducta en determinados supuestos puede ser causa de separación por incumplimiento de los deberes conyugales.

**B) ¿SE PUEDE SOLICITAR LA UTILIZACIÓN DEL SEMEN DEL MARIDO SIN QUE EL NACIDO SEA, JURÍDICAMENTE, HIJO DEL MARIDO NI PUEDA OSTENTAR TAMPOCO NINGUNA CLASE DE DERECHOS HEREDITARIOS?**

Ciertamente una mujer puede pretender tener un hijo biológicamente de su marido sin que se atribuya la paternidad del nacido a su marido. De hecho, así se plantea en el supuesto objeto de comentario, y ya anteriormente, en 1999, una mujer viuda solicitó que el Juez autorizase la fecundación *post mortem* con semen de su marido premuerto (pues no prestó consentimiento con los requisitos legalmente exigidos) y no se llevó a efecto<sup>10</sup>. Por otra parte, la RDGRN de 24 de septiembre de 2002 responde a una fecundación *post mortem* realizada incumpliendo los requisitos legales (formalidades y plazo) en la que se pretende inscribir al nacido

---

<sup>10</sup> Vide nota 1.

como hijo matrimonial del marido; y no lo admite el Encargado del Registro Civil ni la DGRN.

A la vista del Auto, se plantea si puede tener eficacia que la mujer solicite ante un Juzgado la exclusión de efectos de la filiación respecto del marido, en la hipótesis de que el Juez, en su caso, lo admitiese. Teniendo en cuenta la vigente regulación, son relevantes los siguientes argumentos:

a) Respecto de la filiación, Rivero Hernández afirma: «su régimen jurídico está trascendido por el interés público, de donde; a') la autonomía de la voluntad no tiene otro juego que el legalmente prescrito; b') sobre la filiación no cabe transacción ni arbitraje; c') de ella debe haber constancia oficial en un instrumento idóneo (el Registro civil), y d') el Ministerio Fiscal tiene una especial intervención en su determinación, con régimen también muy particular de las acciones y procesos de filiación»<sup>11</sup>.

b) En principio, el artículo 6.2 CC establece: «La exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros.» La petición de que el nacido no sea considerado jurídicamente hijo del marido le perjudicaría y además iría contra el interés público.

c) El artículo 29 CC afirma: «El concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables.» *A contrario* no puede admitirse que la persona llamada a proteger a su representado renunciase derechos en perjuicio del mismo<sup>12</sup>. Una eventual renuncia a la filiación sería, en principio, perjudicial para el hijo.

d) A ello se añade que la determinación de la filiación no es renunciable. La filiación es una cualidad irrenunciable, indisponible, imprescriptible.

En consecuencia, no es posible dar eficacia a la voluntad excluyente de la mujer, en virtud de los argumentos expuestos: Así pues, no es un ámbito disponible a la autonomía de la voluntad de la mujer, sino que son razones de orden público, de interés del menor, etc., las que ordenan esta materia<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, en Lacruz Berdejo *et al.*, *Elementos de Derecho Civil*, t. IV, 2.º (3.ª ed., Barcelona, José María Bosch Editor, S.A., 1989), p. 35.

<sup>12</sup> En este supuesto, la mujer pretende renunciar a tales derechos, aun cuando todavía no se ha producido la concepción.

<sup>13</sup> Curiosamente, en el supuesto –ya citado– resuelto en el Juzgado de Primera Instancia de Ferrol, en el que una mujer solicitaba autorización judicial –que sustituyese la falta de consentimiento del varón en testamento o escritura pública– para someterse a fecundación *post mortem* con semen del marido fallecido, inicialmente se autorizó considerando que dicho requisito no es necesario para someterse a las técnicas, sino para que el nacido sea hijo jurídicamente del marido fallecido. No obstante, el Ministerio Fiscal apeló, y no se autorizó dicha fecundación *post mortem*, pues la Audiencia de A Coruña consideró

En el supuesto objeto de comentario, resulta paradójico que la esposa advierte que no es posible la utilización de semen de donante si está casada y, sin embargo, no considera que para que se pueda utilizar semen del marido según lo previsto en los artículos 6 y 8 LTRA, es preciso su consentimiento en todo caso:

a) En general, si el marido está vivo, debe consentir su utilización, consentimiento coherente con el hecho de que por la presunción legal de paternidad del artículo 116 del Código Civil el nacido será hijo del marido.

b) Del mismo modo, es preciso el consentimiento del marido para la utilización de estas técnicas tras su muerte mediante consentimiento prestado en testamento o en escritura pública, y en los plazos señalados por la ley. Así, como ya he señalado, hace unos años se planteó un supuesto similar al presente, en el sentido de que la mujer solicitaba autorización judicial que sustituyese el consentimiento exigido por la ley para someterse a fecundación asistida con semen del varón, que no prestó el consentimiento en la forma requerida por la ley para que su viuda utilizase estas técnicas tras la muerte del varón. Del mismo modo, pretendía que sólo quería ser madre y que se le permitiese utilizar el semen del marido fallecido, sin que el nacido tuviese relación de paternidad con el varón. Inicialmente se autorizó por Auto de 22 de noviembre de 1999 del Juzgado de Primera Instancia de Ferrol, la inseminación artificial *post mortem*, porque se consideró que los requisitos exigidos por la LTRA no son necesarios para la realización de la técnica, sino para la determinación de la filiación<sup>14</sup>. Posteriormente, el Ministerio Fiscal apeló ante la Audiencia Provincial de A Coruña. En el fundamento de derecho quinto del Auto de la Audiencia Provincial de A Coruña de 3 de noviembre de 2000 se afirma que los requisitos exigidos por el artículo 9 LTRA (consentimiento formal del varón y plazo de realización) son necesarios

---

que se exigen los requisitos para la realización de la técnica y, entonces, el nacido será hijo del marido, en este caso fallecido.

<sup>14</sup> En el razonamiento jurídico cuarto del Auto de 22 de noviembre de 1999 se afirma: «este Juzgador no tiene duda de la conveniencia de permitir a doña [...] ser inseminada con el semen de su fallecido esposo, por ser una petición razonable e intensamente querida por la solicitante, aceptada implícitamente por el fallecido y deseada por todo el entorno familiar, además de jurídicamente correcta». En este sentido, BERCOVITZ, «Reproducción asistida *post mortem*», *Aranzadi civil*, 2001, pp. 2166-2167, considera: «En definitiva, lo que quiero poner de relieve es que una cosa es permitir la utilización del semen del premuerto, en lo que me inclinaría por una regulación sumamente permisiva, limitada básicamente por la voluntad expresa en contra del fallecido, y otra cosa —que no tiene por qué ir unida a la anterior, ni, por ende, limitar su alcance— es permitir que esa inseminación *post mortem* produzca efectos sucesorios e implique la atribución del nombre del causante en cualquier circunstancia».

para que «tal material orgánico pueda ser utilizado, y es entonces y sólo entonces, además, cuando la filiación queda determinada como consecuencia del mismo»<sup>15</sup>. En este mismo sentido se ha manifestado la igualmente citada RDGRN de 24 de septiembre de 2002<sup>16</sup>. En este supuesto, no se puede aplicar el plazo previsto en el artículo 9 LTRA porque falta dicho consentimiento formal del marido. Por tanto, se aplican las reglas generales por remisión del artículo 7 LTRA. De este modo, no se incluye en los plazos previstos por el artículo 116 CC para aplicar la presunción de paternidad. Por ello la DGRN entiende: «En consecuencia, sólo puede inscribirse la filiación no matrimonial de la madre». A mi juicio, es necesario reconsiderar la regulación de la fecundación *post mortem*, así como los efectos derivados del incumplimiento de los requisitos para la realización de tal técnica: incumplen la madre o los médicos, y sin embargo la «sanción» más grave se atribuye al nacido, en cuanto que se le priva de la determinación de la filiación paterna, aun cuando se conoce que biológicamente procede de él. Este planteamiento no parece muy acorde con la aproximación de la verdad biológica a la verdad legal.

A mi juicio, en principio, parece poco adecuado que se produzcan los mismos efectos cumpliendo o no la ley, pero la solución contraria –no reconocer derechos al nacido– supondría sancionar al hijo por una conducta de los padres, solución vivamente criticada respecto de los limitados derechos reconocidos a los hijos ilegítimos en la regulación anterior a la reforma de 13 de mayo de 1981<sup>17</sup>. Previsiblemente, esta materia será objeto de revisión legal<sup>18</sup>.

Posiblemente en alguno de estos supuestos, si el varón hubiese conocido los requisitos para la realización de la fecundación *post*

---

<sup>15</sup> Auto de la Audiencia Provincial de A Coruña de 3 de noviembre de 2000, fundamento de derecho quinto.

<sup>16</sup> Recordemos el supuesto: se pretende inscribir el nacimiento de una niña, concebida mediante fecundación *post mortem*, pero sin consentimiento expreso –exigido por el art. 9 LTRA– del marido de la madre.

<sup>17</sup> Vid. SSTS de 30 de enero de 1993, 23 de marzo de 2001, 3 de diciembre de 2002). Con mayor extensión, PÉREZ MONGE, *op. cit.*, pp. 290 ss. y p. 374, afirma: «Si no se cumplen los requisitos legales, no se permitirá su realización (como sucedió en el supuesto resuelto por Auto de la Audiencia Provincial de A Coruña de 3 de noviembre de 2000). Ahora bien, si se produce el nacimiento, podrá reclamarse la filiación respecto del que fue el marido. De este modo, se obtendrán los mismos efectos que si se hubiesen cumplido tales requisitos.

<sup>18</sup> Actualmente se prevé una modificación de la LTRA, cuya finalidad no es modificar esta materia, sino dar cobertura legal a la investigación con células madre embrionarias con fines terapéuticos y restringir el número de embriones que han de ser implantados para controlar, de este modo, el número de embriones sobrantes de la fecundación *in vitro*. En Consejo de Ministros de 25 de julio de 2003 se autorizó el inicio de la tramitación del anteproyecto de Ley que modifica la Ley 35/1988, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida. A fecha de corrección de pruebas, se ha aprobado la Ley 45/2003, de 21 de noviembre, por la que se modifica la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, aludida en la nota 18 como Anteproyecto de Ley.



*mortem* los habría completado<sup>19</sup>, o habría manifestado, en su caso, su voluntad en contra. Por ello, me parece que sería conveniente que el consentimiento para someterse a las técnicas de reproducción asistida se prestase ante Notario, de tal modo que este informe no sólo de los requisitos para la realización de las técnicas en vida, sino que también le preguntase al varón si autoriza la fecundación *post mortem*. De este modo quedaría claramente manifestada la voluntad del varón. Además advierto que no es lo mismo congelar material genético para ser padres en vida que autorizar a la viuda para que nazca un hijo tras la muerte del varón. El Auto del Juzgado de Primera Instancia de Ferrol, objeto de análisis, no se refiere a que el marido pretendiese tener un hijo «superpóstumo» tras su fallecimiento, sino más bien al contrario, es decir cuando se recuperase. Hay que advertir que el tiempo transcurrido desde el fallecimiento del varón (29 de noviembre de 1998) hasta la resolución judicial (3 de noviembre de 2000) es, aproximadamente, de dos años. De ahí la conveniencia de evitar conflictos judiciales, mediante la intervención del Notario, según he indicado, para informar y recoger con claridad la voluntad del varón<sup>20</sup>.

En el supuesto objeto de comentario, el Juez del Juzgado de Primera Instancia Número 13 de Valencia, en el fundamento de

---

<sup>19</sup> BERCOVITZ y RODRÍGUEZ-CANO: «Reproducción asistida *post mortem*», *Aranzadi civil*, 2001, p. 2166 se cuestiona acerca de la voluntad del varón en el caso de que no lo haya manifestado de manera expresa: «Pero no deja de ser duro, y quizá en algún grado excesivo, el resultado al que se llega en el Auto de la Audiencia Provincial de A Coruña. Produce desazón que esa viuda no pueda tener un hijo de su marido fallecido porque –lo más seguro– ni él ni ella pensaron que ese fallecimiento pudiera producirse tan pronto, y, por ello, el marido no prestó su consentimiento en la forma debida. Surge la pregunta sobre qué es lo más probable, a falta de declaración expresa, cuando un varón ha depositado semen de acuerdo con su pareja para proceder a la práctica de una técnica de reproducción asistida: ¿lo más probable es que se produzca esa inseminación artificial en su mujer aun después de muerto o lo más probable es lo contrario? Me inclino por lo primero, aun admitiendo las dificultades que ello plantea, sobre todo si la inseminación artificial no se produce en un breve plazo de tiempo después del fallecimiento del depositante de semen». Respecto del plazo para su realización, BERCOVITZ, *op. et loc. cit.*, se pregunta «¿es más sensato desde el punto de vista humano obligar a que esa reproducción *post mortem* tenga lugar inmediatamente, cuando subsiste el dolor o la alteración derivada del fallecimiento de la pareja querida, o, por el contrario, no limitar temporalmente el momento de la decisión, o permitir que la misma se prolongue temporalmente mucho más, con el fin de propiciar que una opción tan importante sea debidamente meditada? Es verdad que la sucesión hereditaria no puede quedar ilimitadamente abierta en el tiempo. Pero no hay nada que impida atribuir el apellido a un hijo póstumo, aunque nazca mucho tiempo después del fallecimiento de aquel. Por otra parte, ya en el caso de la adopción nos encontramos con hermanos que dejan de ser hermanos.» Ya en BERCOVITZ y RODRÍGUEZ-CANO: «La filiación inducida y las clasificaciones legales», Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28 de septiembre al 2 de octubre de 1987), en *La filiación a finales del siglo xx. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Madrid, 1988, en p. 128 indicaba el plazo de treinta años.

<sup>20</sup> PÉREZ MONGE, *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*, Madrid, 2002, pp. 265-266.

derecho tercero del Auto de 13 de mayo de 2003, constata la existencia de dos sistemas cerrados de uso por parte de la mujer de las técnicas de reproducción asistida en los siguientes términos:

«A) Uno, en que la reproducción asistida se practica [...] a una mujer casada que no se encuentra separada legalmente, de hecho ni por mutuo acuerdo que conste fehacientemente, debiendo concurrir forzosamente entonces el consentimiento del marido, [...], y en el cual el así nacido tiene en todo caso la condición jurídica de hijo del esposo de la madre., según resulta de lo establecido en los artículos 6.3, 6.4, 8.2 y 7.1 de la Ley<sup>21</sup>.

B) El otro, en que las técnicas de reproducción se practican a mujer no casada o separada legalmente, de hecho o por mutuo acuerdo fehacientemente consignado sin existencia tampoco de ningún concreto y conocido varón que, a efectos de adquirir la correspondiente paternidad, haya hecho donación del semen para esa específica fecundación, y en el cual esta se ha de realizar forzosamente con material procedente de donante anónimo [...] y sin que, como señala el artículo 8.3, la revelación de la identidad del respectivo donante anónimo pueda implicar en ningún caso determinación legal de la filiación».

En este supuesto, el Juez autorizó a la mujer a someterse a las técnicas de reproducción asistida, utilizando semen de donante, de modo que únicamente se determinaría la filiación materna no matrimonial del nacido.

En la práctica, si por las vías que fuese llegase a nacer, y se demostrase la relación biológica, parece que por el principio de aproximación de la verdad biológica a la legal, se atribuiría la paternidad al marido. Sin embargo, una interpretación estricta del límite temporal establecido por el artículo 116 del Código Civil, podría impedir tal atribución. Así ha sucedido en la RDGRN de 24 de septiembre de 2002. A mi juicio, como ya indiqué en mi obra *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*, si no se cumplen los requisitos legales, no me parece adecuado sancionar con la privación de la paternidad al nacido por una conducta –la realización de tal fecundación *post mortem* sin cumplir los requisitos exigidos por el art. 9 LTRA– de la madre o de los médicos<sup>22</sup>.

---

<sup>21</sup> Adviértase la falta de precisión jurídica (respecto de la distinción entre divorcio y separación) del referido artículo 6.3 LTRA, que establece: «Si estuviere casada, se precisará además el consentimiento del marido, con las características expresadas en el apartado anterior, a menos que estuvieren separados por sentencia firme de divorcio o separación, o de hecho o por mutuo acuerdo que conste fehacientemente».

<sup>22</sup> PÉREZ MONGE, *op. cit.*, pp. 374 y 375.

### III. INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO CIVIL DEL NACIDO VIGENTE LA PRESUNCIÓN DE PATERNIDAD

En el supuesto de que, como se indica en el Auto, la mujer se someta a inseminación artificial con semen de donante, y sucediese el nacimiento en vida del marido, o al menos antes de los trescientos días siguientes a su fallecimiento podría producirse la inscripción del nacido como hijo matrimonial del marido.

Respecto de la inscripción de los nacidos mediante técnicas de reproducción asistida, el artículo 7 LTRA establece:

«1. La filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se regulará por las normas vigentes, a salvo de las especialidades contenidas en este capítulo.

2. En ningún caso la inscripción en el Registro Civil reflejará datos de los que pueda inferirse el carácter de la generación.»

El Auto admite que la mujer se someta a estas técnicas con semen de donante, sin consentimiento del marido, y sin atribución de la paternidad al mismo.

La especialidad a que se refiere el artículo 7 es la regulación contenida en el artículo 6.3 LTRA. Según el Auto, se considera a la mujer como separada de hecho «a estos efectos» y deberá inscribir al nacido, en su caso, como hijo no matrimonial suyo, como se indica en el apartado A)<sup>23</sup>. En lo no previsto, se aplicarán las reglas del Código Civil, como se indica en el apartado B).

#### A) HIJO NO MATRIMONIAL DE LA MADRE

Con carácter general, afirma Rivero Hernández: «La madre podrá inscribir al nacido como hijo no matrimonial, aportando la prueba de la no paternidad [...] ya como demostración de la falta de cohabitación sexual, ya como justificación de la no causalidad de la relación íntima»<sup>24</sup>.

En este supuesto, según el Auto, si la mujer se somete a estas técnicas con semen de donante, podrá dejar sin efecto la presunción de paternidad matrimonial establecida por el artículo 116 del

---

<sup>23</sup> Puede tener cierta relevancia en el sentido de que dicha técnica no suponga incumplimiento de deberes conyugales, y por tanto no constituiría causa de separación matrimonial, en su caso.

<sup>24</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, en *Comentarios al Código Civil II*, v. 2.º, libro I (títulos V a XII), coordinados por RAMS ALBESA, José María Bosch Editor, Barcelona, 2000, p. 1158.

Código Civil<sup>25</sup>, aportando el Auto judicial en el que se indica que está incurso en causa de separación de hecho. En su caso, podría aportar la documentación médica relativa a la situación de su esposo. Así podría inscribirse la filiación únicamente respecto de la madre. Es dudoso, desde el punto de vista registral, si será posible la inscripción o será necesaria la acción judicial de impugnación de paternidad matrimonial.

## B) HIJO MATRIMONIAL DEJANDO ACTUAR LA PRESUNCIÓN DE PATERNIDAD. ¿QUIÉN PUEDE IMPUGNAR?

Podría suceder, como se indica en el fundamento de derecho cuarto que «por malicia o descuido el nacido fuera inscrito como hijo también del esposo». La maternidad se determinaría por el parte de nacimiento y la paternidad, por aplicación de la presunción de paternidad. Se plantea la cuestión relativa a la legitimación para impugnar la paternidad.

La regla general de legitimación, contenida antes en los artículos 129 y 130 del Código Civil, y actualmente en el artículo 765 LEC (representante legal, Ministerio Fiscal)<sup>26</sup> quedaría desplazada por la particular (marido), contenida en el artículo 136 CC<sup>27</sup>.

Así pues, se podría impugnar la paternidad solicitando la prueba biológica, que determinaría, en su caso, que el incapacita-

<sup>25</sup> Teóricamente, en este caso no sería aplicable la presunción de paternidad contenida en el artículo 116 del Código Civil, debido a que los cónyuges están separados de hecho.

<sup>26</sup> Artículo 129: «Las acciones que correspondan al hijo menor de edad o incapaz podrán ser ejercitadas indistintamente por su representante legal o por el Ministerio Fiscal».

Art. 130: «A la muerte del actor, sus herederos podrán continuar las acciones ya entabladas».

Estos artículos han sido derogados. Actualmente esta materia se regula en el artículo 765 LEC, que establece: 1. Las acciones de determinación o de impugnación de la filiación que, conforme a lo dispuesto en la legislación civil, correspondan al hijo menor de edad o incapacitado podrán ser ejercitadas por su representante legal o por el Ministerio Fiscal, indistintamente.

2. *En todos los procesos a que se refiere este capítulo, a la muerte del actor, sus herederos podrán continuar las acciones ya entabladas.*

<sup>27</sup> Artículo 136: «El marido podrá ejercitar la acción de impugnación de la paternidad en el plazo de un año contado desde la inscripción de la filiación en el Registro Civil. Sin embargo, el plazo no correrá mientras el marido ignore el nacimiento.

Si el marido falleciere antes de transcurrir el plazo señalado en el párrafo anterior, la acción corresponde a cada heredero por el tiempo que faltare para completar dicho plazo.

Fallecido el marido sin conocer el nacimiento, el año se contará desde que lo conozca el heredero».

RIVERO HERNÁNDEZ, en LACRUZ BERDEJO *et al.*, *Elementos de Derecho civil*, t. IV-2.º (3.ª ed., Barcelona, José María Bosch Editor, S.A., 1989), p. 158, afirma: «La norma del

do no es el progenitor del nacido, en el supuesto de que la mujer se hubiese sometido a inseminación artificial con semen de donante.

Desde otro punto de vista, el marido podría impugnar la paternidad con fundamento en el artículo 8 LTRA interpretado *a contrario*. El artículo 8.1 LTRA dispone: «Ni el marido ni la mujer, cuando hayan prestado su consentimiento, previa y expresamente, a determinada fecundación con contribución de donante o donantes, podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido por consecuencia de tal fecundación». Por ello podría impugnar la filiación con fundamento en la falta de consentimiento del marido para tal fecundación.

En definitiva, se podría probar en su caso que el varón no aportó ni el elemento genético ni tampoco su consentimiento, criterios básicos para la determinación de la paternidad en nuestro ordenamiento.

Por otra parte, teniendo en cuenta que no está vigente la presunción de paternidad, el marido separado de hecho a quien se atribuye la paternidad podrá ejercitar la acción correspondiente en el correspondiente juicio, por aplicación de los artículos 92 y 94 LRC para rectificar el asiento del Registro Civil<sup>28</sup>.

---

artículo 129 es, como dije, general; por tanto puede verse desplazada por las particulares, como la del artículo 137.2».

En el supuesto objeto de comentario, este artículo 129 se vería desplazado por el artículo 136, referido a la impugnación de la presunta paternidad del marido por él mismo. El artículo 137 se refiere a la legitimación del hijo para impugnar su propia filiación.

<sup>28</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, en *Comentarios al Código Civil II*, v. 2.º, libro I (títulos V a XII), coordinados por Rams Albesa, José María Bosch Editor, Barcelona, 2000, p. 1158 afirma: «En el origen de todo nacimiento se halla un encuentro sexual generador de ese nuevo ser. Por ello, la presunción *pater is est* ha de referirse a dos presunciones distintas: por una parte, una presunción de cohabitación (*Beiwohnung*), y, por otra, una presunción de generación (*Erzeugung*). Se presume así que el marido ha cohabitado con la mujer durante el período de la concepción del hijo. El conjunto de estas dos presunciones justifica la formulación de la (global) presunción de paternidad del marido de la madre.» En este sentido se plantea DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, t. III, v. 1.º, de los *Comentarios al Código Civil*, dirigidos por Albaladejo, artículos 108 a 141, Madrid, 1984, pp. 228 y ss. en la edición de 1984, y pp. 215 y ss. en la edición de 2000: «¿Qué puede hacer el marido separado de hecho a quien la inscripción de nacimiento le imputa la paternidad, a pesar de que, según el artículo 116, no es el padre presunto? Parece que tendrá que ejercitar la consiguiente acción en juicio declarativo, conforme al artículo 92 de la Ley, salvo una hipótesis en que la rectificación quizá sea posible por medio de expediente. Si de acuerdo con el artículo 94 es posible la rectificación de errores (en nuestro caso estaríamos ante una mención errónea de la filiación) que procedan de documento público ulteriormente rectificado parece que con mayor razón debe admitirse cuando mediante documento público, aunque no haya habido necesidad de rectificarlo, se pruebe el error padecido al practicar la inscripción [...] Supuesto que esta tesis no prospere, el marido no necesitará ejercitar la acción impugnatoria que le concede el artículo 136 del Código Civil. Porque, en rigor, no tendrá que atacar la presunción legal acerca de su propia paternidad, sino sólo poner en claro la inexistencia de aquella presunción.

El artículo 92 establece: «Las inscripciones sólo pueden rectificarse por sentencia firme recaída en juicio ordinario.

Se indican a continuación las personas legitimadas para impugnar la paternidad, una vez fallecido el marido, por aplicación directa del artículo 136 CC. A continuación planteo la situación en la que podría encontrarse el incapacitado, que, como es sabido, no puede ejercitar la acción por sí mismo, y tampoco impugnar el representante legal (o en su caso, el defensor judicial<sup>29</sup>), debido a que se trata de un acto personalísimo. Es necesario considerar que la doctrina de los actos personalísimos, pensada para proteger al incapacitado de intromisiones indebidas en determinados ámbitos, llevada a sus últimas consecuencias, puede resultar perjudicial para el incapacitado, como se expone a continuación.

## 1. Los herederos del marido

Según el Auto del Juzgado número 13 de Valencia, en el fundamento de derecho cuarto, se afirma que si «por descuido o por malicia, el así nacido fuese inscrito como hijo también del esposo, al amparo entonces de lo dispuesto en el artículo 136.3 del Código Civil, una vez fallecido este último y dentro del año siguiente a ello, sus herederos podrían siempre impugnar judicialmente dicha paternidad». Advierto que únicamente se contempla la legitimación una vez que se ha producido el fallecimiento.

## 2. En vida del marido, él mismo no puede impugnar porque está incapacitado

Como es sabido, el marido está en coma vigil. Por ello, fue incapacitado judicialmente. En consecuencia, no podrá ejercitar por sí mismo las acciones que le puedan corresponder.

---

La demanda se dirigirá contra el Ministerio Fiscal y aquellos a quienes se refiere el asiento que no fueren demandantes».

*En este juicio no tiene lugar la restricción de pruebas que establece el artículo 2.*

El artículo 94 LRC establece: «También pueden rectificarse por expediente gubernativo, con dictamen favorable del Ministerio Fiscal:

1.º Aquellos errores cuya evidencia resulte de la confrontación con los documentos en cuya virtud se ha practicado la inscripción.

2.º Los que proceden de documento público o eclesiástico ulteriormente rectificado».

<sup>29</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, «La protección jurídico-civil de la persona por razón de la edad», *ADC*, 1992, p. 1472, respecto del defensor judicial del menor –al que califica como «pieza de ajuste del sistema»– afirma que «se trata de una institución de cierre del sistema protector, prevista para procurar una protección efectiva del menor, en los casos en los que los mecanismos legales dispuestos con carácter general para la obtención de dicha finalidad no la garantizan suficientemente frente a eventuales desviaciones interesadas en el ejercicio de sus facultades, por parte de quienes deben prestarla (conflicto de intereses), o simplemente se encuentren paralizados por cualquier causa (no ejerciendo las funciones de que se trate) –pero esto último sólo en relación con la tutela o la curatela.

### 3. ¿Podría impugnar el representante legal del marido?

En el supuesto de que se produjese el nacimiento, la madre sería representante legal de su marido incapacitado –nombrada en el correspondiente procedimiento de incapacitación, como se recoge en el propio Auto objeto de comentario– y del hijo. Parece que un representante no puede defender dos intereses de dos personas que podrían ser contradictorios. Se podría resolver nombrando un defensor judicial<sup>30</sup> del padre incapacitado, con fundamento en el artículo 299 CC<sup>31</sup>.

A continuación me refiero, en primer lugar, a la postura tradicional tanto de la doctrina como de la jurisprudencia, que considera que el representante legal no puede ejercitar actos personalísimos, entre los que se incluiría la impugnación de la paternidad [apartado a)]. Desde otro punto de vista, la STC de 18 de diciembre de 2000 admitió la legitimación de la tutora de una incapacitada para instar un acto personalísimo –la separación judicial–, con fundamento en los artículos 14 (principio de igualdad) y 24 (tutela judicial efectiva) de nuestra Constitución [apartado b)]. Aun cuando se trata de una sentencia aislada –referida únicamente a la legitimación del representante legal para ejercitar el acto en principio, personalísimo, relativo a la acción de separación de su representado– entiendo, como expongo en el apartado c), que serían aplicables los mismos argumentos al supuesto contemplado por el Auto de 13 de mayo de 2003.

#### a) JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA TRADICIONAL: DOCTRINA DE LOS ACTOS PERSONALÍSIMOS

Para un supuesto similar, respecto del poder personal del menor, De Castro afirmaba: «En la esfera estrictamente personal y en la familiar de carácter personal está normalmente excluida la sustitución de titular; en ellas, el representante no puede actuar o su

<sup>30</sup> Cfr. MAYOR DEL HOYO, «Sobre la intervención del defensor judicial en los procesos de impugnación de la paternidad (Comentario a la STS 481/1997, de 5 de junio)», *ADC*, 1998 pp. 917 ss., afirma: «Si en un principio, en concreto antes de la reforma de 13 de mayo de 1981, la mayoría de los autores entendía que la oposición de intereses se circunscribía únicamente al ámbito patrimonial, basándose en argumentos de carácter sistemático, gramatical e histórico, en la actualidad, tras la citada reforma, no cabe duda de que los intereses en conflicto pueden ser personales y así lo ha entendido la doctrina unánimemente».

<sup>31</sup> Artículo 299: «Se nombrará un defensor judicial que represente y ampare los intereses de quienes se hallen en alguno de los siguientes supuestos:

1. Cuando en algún asunto exista conflicto de intereses entre los menores o incapacitados y sus representantes legales o el curador. En el caso de tutela conjunta ejercida por ambos padres, si el conflicto de intereses existiere sólo con uno de ellos, corresponderá al

actuación es sólo complementaria, y en los supuestos especiales, en que especialmente se permite, carece de carácter definitivo»<sup>32</sup>.

En principio, están legitimados para impugnar la paternidad (atribuida por presunción al marido de la madre) el marido –art. 136 CC.–, el hijo, y en su interés podrá ejercitar la acción la madre que ostente la patria potestad, y el Ministerio Fiscal –art. 137 CC.–. Respecto de los legitimados activamente para impugnar la filiación, afirma García Cantero: «El primer interesado en que no se le atribuya un hijo que no es suyo, en virtud de la presunción *pater is est* es, sin duda, el marido, y, en determinados casos, sus herederos»<sup>33</sup>.

Respecto de la protección del hijo, García Cantero considera: «Cabría dudar del interés del hijo, a quien se priva de una filiación matrimonial para pasar acaso a la condición legal de hijo de padre desconocido o, en todo caso, a la de hijo no matrimonial, sin embargo prima aquí el *bonum filii* que postula la veracidad de la filiación»<sup>34</sup>.

Entiende Rivero Hernández, al examinar el supuesto de la madre: «En nuestro Código (como en el BGB, § 1597, que habla genéricamente de representante legal), la madre no tiene legitimación *propio nomine*, sino sólo en su calidad de representante legal del hijo («a la madre que ostente la patria potestad»), durante tiempo limitado; y únicamente a ella en tal calidad –no a otros representantes legales– junto con el Ministerio Fiscal–»<sup>35</sup>. Se ha de observar que se refiere al representante legal del hijo. Se limita la legitimación, pues se trata de proteger al hijo de posibles acciones de impugnación.

A mi juicio, este argumento no es aplicable al supuesto objeto de estudio, en el que se trata de que el representante legal del pre-

---

otro por ley, y sin necesidad de especial nombramiento, representar y amparar al menor o incapacitado.

2. En el supuesto de que, por cualquier causa, el tutor o el curador no desempeñare sus funciones, hasta que cese la causa determinante o se designe otra persona para desempeñar el cargo.

3. En todos los demás casos previstos en este Código».

<sup>32</sup> DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *Derecho civil de España*, tomo II, reimpresión de la ed. de 1952, Civitas, Madrid, 1984, p. 179.

Cfr. también esta doctrina respecto de los actos personalísimos, recogida por MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, en Martínez de Aguirre y Aldaz, De Pablo Contreras, Pérez Álvarez y Parra Lucán, en *Curso de Derecho Civil*, Madrid, 2001, p. 408.

<sup>33</sup> GARCÍA CANTERO, en Castán Tobeñas, *Derecho civil español, común y foral*, t. V-2.º (10.ª ed. revisada y puesta al día por García Cantero y Castán Vázquez, Madrid, Reus, S. A., 1995), p. 154.

<sup>34</sup> GARCÍA CANTERO, *op. et loc. cit.*

<sup>35</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, en *Comentarios al Código Civil II*, v. 2.º, libro I (títulos V a XII), coordinados por Rams Albesa, José María Bosch Editor, Barcelona, 2000, p. 1363.



sunto padre –no del hijo– ejercite la acción de impugnación, para evitar una indebida atribución por presunción, de la paternidad que no corresponde, pues no aportó elemento biológico ni volitivo. Así, el representante legal cumple la función de proteger al sometido a tutela.

Como es sabido, la tutela del incapacitado incluye la protección personal del mismo, la administración de su patrimonio y su representación legal. Así, Cuenca Casas, respecto del deber de velar por el tutelado que establece el artículo 269 del Código Civil, afirma: «Para el cumplimiento de la finalidad de la tutela, que es la guarda y protección de la persona y bienes, o sólo de la persona o de los bienes de los menores e incapacitados (art. 215 CC), la Ley atribuye al tutor su condición de representante legal del tutelado»<sup>36</sup>.

El artículo 267 del Código Civil establece: «El tutor es el representante del menor o incapacitado salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí solo, ya sea por disposición expresa de la Ley o de la sentencia de incapacitación».

Respecto de los padres, el artículo 162.2 del Código Civil establece: «Los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados.

Se exceptúan:

1. Los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las Leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo.
2. Aquellos en que exista conflicto de intereses entre los padres y el hijo.
3. Los relativos a bienes que estén excluidos de la administración de los padres.

Para celebrar contratos que obliguen al hijo a realizar prestaciones personales se requiere el previo consentimiento de éste si tuviere suficiente juicio, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 158».

Comparando estos dos preceptos, se observa que se excluyen expresamente de la representación de los padres determinados actos por su carácter personalísimo; y sin embargo no se indica del mismo modo respecto del tutor. De Castro, ya en 1954 planteaba este tema bajo el epígrafe de «Límites de la facultad representativa del tutor». De Castro afirmaba: «Con-

---

<sup>36</sup> CUENA CASAS, en *Comentarios al Código Civil II*, v. 2.º, libro I (títulos V a XII), coordinados por Rams Albesa, José María Bosch Editor, Barcelona, 2000, p. 1953.

forme al criterio general de nuestra legislación, sentarse el principio de que el tutor no podrá disponer por el incapacitado sobre: facultades o acciones de naturaleza estrictamente personal, derechos de la personalidad, familiares, facultades y acciones respecto al propio estado civil, en cambio el tutor deberá ejercitar las facultades y acciones necesarias para defender la persona, derechos de la personalidad y sus consecuencias patrimoniales, pedir la declaración de su estado y, también, para ejercitar en beneficio del tutelado acciones contradiciendo el estado civil de terceras personas»<sup>37</sup>.

En principio, se puede observar la posición doctrinal clásica, según la cual el tutor no puede representar a su pupilo en los actos de carácter estrictamente personal y en la esfera familiar de carácter personal<sup>38</sup>. La jurisprudencia del Tribunal Supremo mantiene unánimemente este criterio, Así, por ejemplo, en Sentencia de 27 de febrero de 1999 afirma: «la generalidad de la doctrina excluye [d]el ámbito de la representación los negocios jurídicos de Derecho de familia, dado su carácter personalísimo que requiere que esa declaración de voluntad emane de la persona a quien el acto va a afectar; especialmente, se considera inadmisibles la representación en relación con aquellos actos que implican un cambio en el estado civil de las personas que sólo pueden ser decididos por aquellos cuyo estado civil va a resultar modificado. Tal es el caso de las acciones civiles de separación matrimonial o divorcio en que, por su estimación, surge un estado civil nuevo de los cónyuges o ex-cónyuges sometidos a un régimen jurídico distinto de aquel por el que se venían rigiendo; por ello, el ejercicio de tales acciones sólo puede ser consecuencia de un acto de la voluntad del propio cónyuge a quien la Ley reconoce legitimación para ello».

Tras esta sentencia, algunos autores admitieron la legitimación del tutor para ejercitar determinados actos, con fundamento —entre otros argumentos— en la propia función de la tutela, pensada para proteger los intereses de los sometidos a la misma, en el hecho de que el legislador haya permitido la actuación del tutor en importantes ámbitos que limitan la libertad del tutelado (internamiento en determinados supuestos), etc.<sup>39</sup>.

---

<sup>37</sup> DE CASTRO Y BRAVO: *op. cit.*, p. 315.

<sup>38</sup> Puede consultarse dicha posición en DE SALAS MURILLO Y MAYOR DEL HOYO: «La legitimación del tutor para el ejercicio de la acción de separación matrimonial en representación del pupilo (Comentada en STC 311/2000, de 18 de diciembre)», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, 2001, junio 2001, p. 17.

<sup>39</sup> Cfr. más extensamente DE SALAS MURILLO Y MAYOR DEL HOYO, *op. cit.*, pp. 22-23.

b) STC 311/2000, DE 18 DE DICIEMBRE

La madre, como representante legal de la incapacitada, recurrió en amparo ante el Tribunal Constitucional, solicitando la separación judicial de su hija. La STC 311/2000, de 18 de diciembre, reconoce la legitimación del tutor para ejercitar la acción de separación matrimonial en representación del pupilo, acogiendo los argumentos esgrimidos por la doctrina.

En el fallo se declara que se han vulnerado los derechos de la recurrente a la tutela judicial efectiva, y a la igualdad en los siguientes términos:

a) Lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE): el Tribunal considera que «la separación matrimonial y la acción judicial, que constituye el medio para obtenerla, vienen a satisfacer un interés legítimo de defensa de los cónyuges frente a la situación de convivencia matrimonial, cuando esta les resulta perjudicial en las situaciones previstas por el legislador como supuestos legales de las distintas causas de separación. Ese perjuicio, por ejemplo, puede referirse, bien directamente a la persona del cónyuge, que puede encontrarse incluso en una situación de peligro físico en su convivencia con el otro cónyuge (piénsese, *v. gr.*, en el supuesto de la causa 4 del art. 82 CC), o que puede afectar de modo inaceptable a su dignidad (*v. gr.* el supuesto de la causa 1 del propio artículo del CC), o bien a su situación patrimonial en supuestos fácilmente reconducibles al incumplimiento de los deberes conyugales (*v. gr.* causas 1 y 2 del precepto de reiterada cita)». Continúa: «la negativa de la legitimación de la tutora para el ejercicio de la acción de separación matrimonial de la hija incapacitada determina de modo inexorable el cierre, desproporcionado por su rigorismo, del acceso del interés legítimo de esta a la tutela judicial, si se advierte que, privado el incapacitado con carácter general del posible ejercicio de acciones, dado lo dispuesto en el artículo 2 LEC, el ejercicio de la separación sólo puede verificarse por medio de su tutor; con lo que, si a este se le niega la legitimación para ello, dicho cierre absoluto es su ineludible consecuencia. Y puesto que esta se ha producido en el presente caso, resulta claro que se ha producido en él la violación del derecho de tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) contra la que se demanda el amparo de este Tribunal, que debe ser otorgado»

b) Vulneración del derecho a la igualdad (art. 14 CE). En el fundamento jurídico quinto se añade: «En efecto, el cierre de la posibilidad de ejercicio de la acción respecto al cónyuge incapaz producido por las Sentencias recurridas, aparte de que no cumple

las exigencias de razonabilidad ni de proporcionalidad respecto de ningún fin discernible en el régimen de la tutela, constitucionalmente necesarias para impedir el acceso a la justicia, desemboca en una inaceptable situación de desigualdad de los esposos en la defensa de sus intereses patrimoniales, ya que no responde a ningún fundamento objetivo y razonable que pueda justificar una diferencia de trato de tal naturaleza, máxime si se atiende a los mandatos que se derivan del artículo 49 CE en cuanto al tratamiento de los incapaces y del artículo 32.1 CE en cuanto a la posición de igualdad de ambos cónyuges en el matrimonio; por lo que resulta vulneradora del artículo 14 CE».

En el fundamento jurídico cuarto de esta sentencia se afirma: «Pues bien, en el presente caso, en que la tutora y madre de la incapacitada ha acudido al ejercicio de la acción de separación matrimonial, autorizada judicialmente al efecto, y después de que se le negase en cambio autorización para el ejercicio de acción reivindicatoria, resulta claro que era únicamente la vía de la separación la que resultaba viable para la defensa de los intereses patrimoniales de la incapacitada».

Esta sentencia del Tribunal Constitucional marca un punto de inflexión respecto a las facultades del representante legal, de modo que se admite que el representante pueda ejercitar una de las acciones que únicamente podía ejercitar la propia persona, y no el representante, por tratarse de un acto personalísimo. Por ello se replantea el concepto de acto personalísimo<sup>40</sup>.

### c) OPINIÓN PERSONAL

Si se inscribe al nacido como hijo matrimonial, desde un punto de vista estricto, el artículo 136 únicamente reconoce legitimación al marido, no al representante legal de éste. De este modo, si se inscribe al nacido como hijo matrimonial, el marido no puede impugnar porque está incapacitado, el representante legal tampoco porque se trata de un acto personalísimo. A ello se añade un probable conflicto de intereses, ya que una misma persona (la promotora, en este caso) sería representante del marido incapacitado y del hijo menor de edad, que se resolvería nombrando un defensor judicial. Me parece que la exclusión de determinados actos de la esfera de actuación del representante legal para proteger al incapaz –persona legitimada para realizarlos–, llevada a sus últimas consecuencias, produce el efecto contrario al pretendido. Si el incapacitado

---

<sup>40</sup> Cfr. DE SALAS MURILLO y MAYOR DEL HOYO, *op. cit.*, p. 25

no puede impugnar y tampoco el representante legal (en su caso, el defensor judicial), la consecuencia es que mientras viva el incapacitado (una vez fallecido, podrán impugnar sus herederos si reúnen los requisitos previstos por el art. 136.2 CC), el marido será padre legal del nacido.

Considero que con fundamento en el artículo 24 de la Constitución, que reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva, podría admitirse la legitimación del representante legal (en este caso, defensor judicial)<sup>41</sup>, de modo similar a la legitimación reconocida por la STC de 18 de diciembre de 2000 a la madre de una incapaz para instar la separación legal de su hija, pues quedaría en situación de indefensión, en caso contrario. De este modo se evitaría que mientras viviese el incapacitado tuviese los derechos y deberes derivados de la relación de filiación y se protegería mejor la persona y bienes del mismo. Ha de tenerse en cuenta, además, que si no se impugna la paternidad podría cambiar la distribución de los bienes en la futura sucesión del incapacitado.

Respecto del supuesto objeto de comentario, han de tenerse en cuenta los siguientes principios inspiradores:

1) Verdad biológica.—El marido no consintió la inseminación artificial con semen de donante de su esposa. Por tanto, para determinar la filiación del nacido no se aplican las reglas especiales de la LTRA, sino la regulación general del Código Civil. Afirma Rivero Hernández: «En la actualidad no cabe duda que el *favor veritatis* se sobrepone a la ficción, especialmente en el proceso y siempre que se entable la acción de acuerdo con los requisitos previstos en el Código»<sup>42</sup>. Por tanto, considero que en la línea de ampliación de la legitimación seguida por nuestro TS debe prevalecer en materia de filiación la verdad real sobre la presunta resultante del estado matrimonial. Así resulta de las SSTs de 30 de enero de 1993, 23 de marzo de 2001 y 3 de diciembre de 2002. En el fundamento de derecho segundo de esta última Sentencia se afirma. «Procede traer a colación la doctrina de la STS 30 de enero de 1993, posteriormente seguida por la STS 23 de marzo de 2001, según la cual “[...] la conclusión a que por rigurosa observancia de esta norma del artículo 136 del Código, aisladamente considerado,

---

<sup>41</sup> En este supuesto podría existir conflicto de intereses entre el representante legal (madre del nacido) que inscribe la filiación como matrimonial y su representado (que no es padre biológico ni pudo prestar consentimiento a IAD). Por esta razón debería nombrarse un defensor judicial que impugnaría la determinación de la filiación matrimonial por la presunción establecida por el artículo 116 CC.

<sup>42</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, en *Comentarios al Código Civil II*, v. 2.º, libro I (títulos V a XII), coordinados por Rams Albesa, José María Bosch Editor, Barcelona, 2000, p. 1162.

se llega, pidiendo la desestimación de la acción entablada por el marido, cuya paternidad está, sin asomo de duda, absolutamente descartada, ofrece serios visos de contradicción a los principios informadores de la Ley de 13 de mayo de 1981, en su patente tendencia a que en materia de estado civil prevalezca la verdad real sobre la presunta resultante del estado matrimonial, como proclama la misma Ley de Reforma y deja constancia el artículo 127 del Código, al admitir toda clase de prueba en los juicios sobre filiación que puedan desvanecer las situaciones presuntas [...] una vez patente que la reforma de 1981 tuvo como uno de sus presupuestos asentar la filiación sobre la verdad biológica, y desvanecida la presunción del artículo 116 del Código, no sólo por su acomodo al sentido que en la normativa del Código, informa la filiación como condición personal definida, de una parte, por el hecho veraz de ser hijo y, de otra, por el de ser verdadero progenitor, sino en consideración, a estos fines mucho más trascendentes, de su ajuste a la normativa constitucional en la que, luego que el artículo 39 CE asegura la protección integral a los hijos, protección que clama contra la inexactitud en la determinación de la paternidad que incidiría en la anomalía de atribuir la potestad sobre ellos a quien no es su progenitor, ha consagrado la amplia investigación de paternidad sin someter tal facultad a limitaciones que, contra la realidad y voluntad del interesado expresada sin detenimiento ni vacilación, en cuanto tuvo oportunidad de ello, conllevaría ante el desconocimiento por el marido de cualquier circunstancia que le permitiera impugnar la determinación registral, un efecto de indefensión vedado por el artículo 24 de la propia CE [...]. La tan deseada pacificación en modo alguno puede ser conseguida desde un formalismo, sustentado sobre una situación fraudulenta y como tal –art. 6.4 CC– contrarias, desde su origen, a Derecho, cuyas normas se resisten a ser aplicadas produciendo un efecto de indefensión constitucionalmente vedado, y con olvido de la investigación de paternidad también constitucionalmente admitida sin limitaciones en sí ni en unas consecuencias, que imperativos de culto a la verdad y equidad y al espíritu y finalidad que han de inspirar la aplicación de las normas –art. 3.1 y 2 CC– impiden desconocer, desde aquel artículo 39.2 CE, ignorado si es que se concluyese en la prevalencia de la presunción *pater is est*, pese a que no se corresponde con la realidad”, cuya posición es de aplicación al supuesto que nos ocupa».

2) Tutela judicial efectiva. Nuestro TC, en Sentencia de 18 de diciembre de 2000, se pronuncia admitiendo la legitimación de la tutora (madre) de una incapacitada para interponer demanda de separación. La negativa de la misma supone vulneración del

derecho a la igualdad (art. 14 CE) y a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE). Así resulta de los fundamentos de derecho cuarto y quinto de dicha Sentencia, como se ha indicado en el precedente apartado *b*).

A mi juicio, esta argumentación puede aplicarse al supuesto objeto de estudio en el caso de que la esposa inscribiese al nacido como hijo matrimonial, para admitir la legitimación del defensor judicial para impugnar en vida del incapacitado la paternidad indebidamente atribuida al marido por presunción. La negativa, supone como se indica en el fundamento jurídico cuarto el cierre de la legitimación en vida del incapacitado, con vulneración del artículo 24 CE.

Del mismo modo, respecto del supuesto objeto de estudio, debe ser admitida la legitimación del defensor judicial para evitar «una inaceptable situación de desigualdad de los esposos en la defensa de sus intereses patrimoniales».

En el supuesto objeto de comentario, la intervención del defensor judicial (el representante legal del marido y del nacido sería la madre, y un representante no puede defender los intereses de dos personas, que pueden resultar contradictorios) impugnando la paternidad será la vía para proteger la persona y el patrimonio del incapacitado si la esposa inscribe al nacido como hijo matrimonial tras IAD sin consentimiento del marido:

*a*) La legitimación del defensor judicial para la impugnación de la paternidad evitará la constancia de la determinación de la paternidad durante todo el tiempo que el incapaz se mantenga en esta situación, con los consiguientes deberes derivados de la filiación, y, de este modo, se protegerá mejor al incapaz<sup>43</sup>. El nacido será hijo no matrimonial de la madre.

*b*) Asimismo, admitiendo la legitimación del defensor judicial se podrá proteger de modo más eficaz el patrimonio del inca-

---

<sup>43</sup> DE SALAS MURILLO y MAYOR DEL HOYO, «La legitimación del tutor para el ejercicio de la acción de separación matrimonial en representación del pupilo (Comentada en STC 311/2000, de 18 de diciembre)», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, 2001, junio 2001, p. 24, afirman que «nos interesa resaltar que los actos personalísimos no pueden quedar sujetos a una regla general porque, en atención a su fundamento, hay actos de diferente gradación y contenido. Aplicando una visión teleológica, puede decirse que no atendería a la equidad un tratamiento homogéneo de los mismos: es decir, entender que todos ellos sólo pueden ser ejercidos por el propio individuo, sin que quepa en ningún caso, y bajo ningún concepto, su ejercicio por tercero. Debemos tener presente que estos actos tienen como finalidad proteger a la persona. Se trata de impedir que se le cause un perjuicio a través de la actuación de terceros que puedan inferir en su esfera más personal. Pero puede resultar contradictorio que, precisamente por llevarse al extremo esa premisa, se le cause un perjuicio. De ahí que haya que introducir diferencias y matices que, en orden al beneficio de la persona, impliquen un tratamiento distinto o, si se quiere, una excepción».

pacitado, mientras permanezca en coma. Si se inscribe al nacido como hijo del incapaz deberá ser alimentado con cargo al patrimonio del considerado padre legal, mientras se mantenga esta situación, pues según este Auto, los herederos podrán impugnar la paternidad, evidentemente cuando el incapaz muera. Es preciso señalar que habrían podido pasar años en los que el varón –que llevaba 11 años en coma en el momento de solicitarse la autorización judicial, y falleció el 17 de junio de 2003– deba cumplir con tales deberes.

Aun cuando no conozco ninguna sentencia del TC que de manera específica se refiera a la legitimación de los representantes legales del padre incapacitado, a quien se ha atribuido indebidamente una paternidad por presunción, considero que los argumentos del TC son aplicables, quizá en mayor medida, a este supuesto. Previsiblemente, planteado un recurso de amparo en este supuesto ante nuestro TC, resolvería con el mismo fundamento jurídico. Ha de tenerse en cuenta que se trata de una demanda del defensor judicial, que deberá resolver el juez, atendiendo a los intereses necesitados de protección, como indican en relación a la posibilidad de que el representante legal actúe en actos que en principio se consideran personalísimos<sup>44</sup>.

#### IV. INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO CIVIL DEL NACIDO NO VIGENTE LA PRESUNCIÓN DE PATERNIDAD

Si la técnica de reproducción asistida tuviese éxito una vez fallecido el marido, se produciría el nacimiento una vez transcurridos los trescientos días previstos por la presunción de paternidad en el artículo 116 CC. En este supuesto podría plantearse la siguiente paradoja:

El nacido es hijo biológico del marido, de modo que si se realizase la prueba biológica de paternidad así se determinaría, y sin embargo, podría suceder que el Encargado del Registro Civil y, en su caso, la DGRN denegasen la inscripción del nacido como hijo matrimonial porque no rige la presunción de paternidad ni consintió

---

<sup>44</sup> DE SALAS MURILLO y MAYOR DEL HOYO, *op. cit.*, p. 25, afirman: «Recuérdese, por último, que solicitar la separación no quiere decir que esta tenga lugar de modo automático. Interviene una tercera (o cuarta, en este caso, junto con los cónyuges y el tutor) persona, el juez, que de modo imparcial, apreciará si concurre causa suficiente, y cuál es la solución más acorde a la protección de la persona y del conjunto de los intereses en juego (incluidos, por qué no, los intereses y expectativas del otro cónyuge, y valoradas las posibles “torcidas” intenciones del tutor)».



el varón en documento público o testamento. En este sentido, se ha pronunciado la DGRN en Resolución de 24 de septiembre de 2002.

Según el vigente artículo 7.1 LTRA: «1. La filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se regulará por las normas vigentes, a salvo de las especialidades contenidas en este capítulo.

2. En ningún caso la inscripción en el Registro Civil reflejará datos de los que pueda inferirse el carácter de la generación».

Por ello, debido a que no concurren los requisitos relativos a la fecundación *post mortem*, deberían aplicarse las reglas generales del Código Civil. Ciertamente, no es posible aplicar la presunción de paternidad contenida en el artículo 116 CC, debido a que ha transcurrido el plazo de trescientos días. Sin embargo, no ha de olvidarse que la reforma de 1981 pretende acercar la verdad biológica a la legal, y en este caso el nacido procede biológicamente del marido. En esta línea se ha pronunciado recientemente nuestro Tribunal Supremo, de modo que ha primado la verdad biológica sobre una estricta interpretación de los correspondientes preceptos del Código Civil.

La solución no es sencilla, pues si se atribuye la paternidad al marido, con fundamento en el principio inspirador de la verdad biológica, se pueden producir consecuencias no queridas, como, por ejemplo el cambio en la distribución de los bienes de la sucesión del fallecido.

Si la filiación del nacido queda determinada únicamente respecto de la madre, matizo que ante una «posible negligencia» de los médicos que no verifican que el marido sigue vivo (pues presumen la buena fe de quienes se someten a estas técnicas) o una conducta omisiva de la mujer, la sanción grave recae sobre el hijo, en cuanto que no gozará de la determinación de filiación por ambas líneas. Considero que, si se cumplen los requisitos legales, tal generación debería producir los mismos efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial. Por ello, no es determinante cuál sea el carácter de la filiación, sino que los efectos serán los que correspondan a dicha filiación matrimonial.

Si no se cumplen los requisitos legales, no se permitirá su realización (como sucedió en el supuesto resuelto por Auto de la Audiencia Provincial de A Coruña de 3 de noviembre de 2000). Ahora bien, si se produce el nacimiento, sería deseable que prosperase la reclamación de la filiación respecto del que fue el marido – aun cuando no es segura su solución–. De este modo, se obtendrán los mismos efectos que si se hubiesen cumplido tales requisitos. A mi juicio, en principio, parece poco adecuado que se produzcan los

mismos efectos cumpliendo o no la ley, pero la solución contraria –no reconocer derechos al nacido– supondría sancionar al hijo por una conducta de los padres, solución vivamente criticada respecto de los limitados derechos reconocidos a los hijos ilegítimos en la regulación anterior a la reforma de 13 de mayo de 1981<sup>45</sup>.

## V. CONCLUSIÓN

1. En un primer momento, la demandante solicita autorización judicial para ser inseminada con semen de su marido en coma. En este sentido, ha de advertirse que entre las facultades del Juez no se incluye la posibilidad de sustituir el consentimiento del varón incapaz para tener descendencia.

2. En un segundo momento, tras la vista oral en la que los parientes del marido citados por el Juez (sus padres, primera esposa e hija nacida de este matrimonio) se oponen a tal petición (inseminación artificial con semen del marido), la mujer matiza que lo único que pretende es ser madre. Argumenta que no puede someterse a inseminación artificial con semen de donante porque el artículo 6.3 LTRA requiere el consentimiento del marido cuando la mujer está casada. Se discute si ese consentimiento es una licencia marital o más bien se dirige a asumir la paternidad. A mi juicio tiene un doble carácter:

a) Por una parte, supone autorización del marido para que se realicen las técnicas, ya que de ellas nacerá, en su caso, un niño, cuya paternidad, en principio, la ley atribuye al propio marido por la presunción de paternidad.

b) Por otro lado, el consentimiento del marido produce efectos no en la determinación de la paternidad, sino en la prohibición de impugnación de dicha paternidad.

El Juez autoriza a la mujer para que se someta a IAD sin consentimiento del marido, pues cuando los cónyuges están separados de hecho, la LTRA no requiere el consentimiento del marido.

¿Puede solicitar la madre que el nacido tras la inseminación artificial de la mujer con semen de su marido, no sea hijo jurídicamente del marido, que no sea ni pueda ser tenido por hijo de su esposo ni tener derechos hereditarios? Nadie puede renunciar derechos en perjuicio de un tercero por prescripción legal (art. 6.2 CC: «La exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los

---

<sup>45</sup> PÉREZ MONGE, *op. cit.*, pp. 374 y 375.

derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no contra-ríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros»). Además la filiación es irrenunciable.

3. Inscripción en el Registro Civil vigente la presunción de paternidad.—Si la mujer se somete a IAD, y esta prospera, caben dos posibilidades:

A) Inscripción aportando Auto judicial autorizando la IAD de mujer casada, pero separada de hecho, como indica el propio Juez. De este modo, el nacido constará en el Registro Civil como hijo no matrimonial de la madre. No obstante, es dudoso el modo de inscripción registral si debido al automatismo del mismo. Entiendo que este mismo resultado se habría obtenido acreditando la separación de hecho de los cónyuges, pues en este caso no rige la presunción de paternidad del artículo 116 CC ni es preciso el consentimiento del marido, según el artículo 6.3 LTRA.

B) Si, a pesar de todo, la mujer inscribe al nacido como hijo suyo, según el parte médico y, por aplicación del artículo 116 del Código Civil, como hijo matrimonial del marido, según el Auto objeto de comentario, serán los herederos del marido quienes podrán impugnar la paternidad. Ha de tenerse en cuenta que el nacimiento de este hijo cambiaría la distribución de bienes en la sucesión del incapaz.

Además, considero que ha de plantearse si en vida del incapaz podría impugnarse la paternidad indebidamente atribuida a este. En principio, el legitimado sería el marido (art. 136 CC). El marido no puede prestar consentimiento, y, por tanto, se plantea el siguiente interrogante: ¿podría impugnar la paternidad indebidamente atribuida por presunción el representante legal del incapaz? Como es sabido, el representante legal es su mujer. Por ello, parece que, de acuerdo con el artículo 299.1 CC existe conflicto de intereses y debería nombrarse un defensor judicial. De este modo, se mantiene la siguiente cuestión: ¿podría impugnar la paternidad el defensor judicial? En principio, se trata de un acto personalísimo interpretando el artículo 267 CC en relación al artículo 162 CC, de modo que sólo el incapaz podría ejercitar dichas acciones.

Considero que debe ser admitida la legitimación del defensor para impugnar, en vida del incapaz, la paternidad indebidamente atribuida<sup>46</sup>. De este modo, se protege mejor la persona y el patrimonio del incapacitado.

---

<sup>46</sup> Así lo considero, ya que de este modo se protege mejor la persona y bienes del padre incapacitado, aun cuando el Ministerio Fiscal podría interponer la acción correspondiente según el artículo 137 CC, relativo a la legitimación del hijo, en el caso de que se

a) Desde un punto de vista personal, mediante el éxito de la acción de impugnación de paternidad, el nacido quedará inscrito como hijo no matrimonial de la madre y no se le atribuirá al marido una paternidad que no le corresponde.

b) Desde una perspectiva patrimonial, no deberá cumplir los deberes que derivan de la filiación con cargo a sus bienes, durante todo el tiempo que viva el incapaz.

4. Inscripción en el Registro Civil no vigente la presunción de paternidad.—Si se hubiese producido el nacimiento pasados trescientos días después del fallecimiento del varón, y sin cumplir los requisitos exigidos por el artículo 9 LTRA (consentimiento y plazo), en principio no se podría atribuir la paternidad por las reglas establecidas por la LTRA para la fecundación *post mortem*, ni tampoco aplicar dicha presunción de paternidad del marido, por lo que posiblemente únicamente se podría determinar la filiación por la línea materna. A mi juicio, no debe sancionarse al nacido (privación de paternidad) por una conducta de su madre o del equipo médico, de modo similar a como sucedía antes de la reforma de 1981 con la filiación ilegítima,

5. En la realidad, al poco tiempo del Auto judicial se produjo el fallecimiento del varón. De este modo, la mujer que solicitó esta autorización judicial podrá ser madre mediante IAD. El nacido será hijo no matrimonial de la madre.

---

den los requisitos exigidos: «La paternidad podrá ser impugnada por el hijo durante el año siguiente a la inscripción de la filiación. Si fuere menor o incapaz, el plazo contará desde que alcance la mayoría de edad o la plena capacidad legal.

El ejercicio de la acción, en interés del hijo que sea menor o incapacitado, corresponde, asimismo, durante el año siguiente a la inscripción de la filiación, a la madre que ostente la patria potestad o al Ministerio Fiscal.

Si falta en las relaciones familiares la posesión de estado de filiación matrimonial, la demanda podrá ser interpuesta en cualquier tiempo por el hijo o sus herederos».

Parece que el Ministerio Fiscal no está legitimado en este supuesto, pues como se ha indicado, el artículo 765 LEC queda desplazado por la norma particular del artículo 137 CC, en el que no se refiere al mismo. Sería, pues, un supuesto similar al contemplado en la STC de 18 de diciembre de 2000, en el sentido de que, si no se admite la legitimación del defensor judicial para impugnar la paternidad indebidamente atribuida por presunción, se vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 de la Constitución).



# BIBLIOGRAFÍA

## Libros

**ÁLVAREZ MORENO, María Teresa:** *La mejora en favor de los nietos*, ed. «Edisofer S. L.», Madrid, 2003, 198 pp.

1. La mejora es una figura jurídica que forma parte del Derecho de Sucesiones. Sin embargo, definirla resulta muy complejo, pues al hacerlo ya nos estaríamos posicionando en una u otra postura doctrinal, con todo lo que ello conlleva a la hora de explicar y definir su régimen jurídico (¿es una parte de la legítima o es una parte totalmente autónoma?). Se trata de un tema muy discutido en la doctrina y en la jurisprudencia, pues a pesar de sus casi catorce siglos de existencia, su temprano origen no ha sido suficiente para dar respuesta a las distintas preguntas que surgen en torno a la mejora: ¿puede un abuelo mejorar a su nieto existiendo el padre de éste?, ¿se puede mejorar a un nieto no legitimario?, ¿a qué parte de la herencia hay que imputar la donación realizada a un nieto?, ¿qué responsabilidad tiene el nieto mejorado en las deudas del causante?... A todas estas cuestiones trata de dar respuesta María Teresa Álvarez Moreno con su obra, donde no sólo expone su propia postura, sino que nos analiza todas y cada una de las posiciones que nacen al amparo de cada uno de estos interrogantes.

Pocas obras han sido dedicadas a analizar este asunto, pues son muchos los puntos a discutir y muchos los problemas a resolver. La mejora está regulada en los artículos 823 a 833 CC, pero son unos preceptos tan abiertos y tan poco precisos, que dan lugar a todo tipo de interpretaciones. Una parte de la doctrina se remonta a los orígenes de esta figura y a lo que quiso el legislador entonces, mientras que otros tratan de hacer una interpretación más actual y más favorecedora de los nietos. Hay una cosa que hay que tener en cuenta desde el primer momento: la voluntad del causante es en este ámbito ley, siempre y cuando no sea contraria a la ley.

2. El libro consta de cinco capítulos: *Historia, concepto y naturaleza jurídica* (pp. 19 a 79), *Sujetos intervinientes* (pp. 81 a 95), *Forma de atribuir la mejora* (pp. 97 a 160), *El nieto mejorado en relación con otros sucesores del causante* (pp. 161 a 174), y *La mejora en los bienes reservables* (pp. 175 a 184).

3. Corresponde ahora analizar los puntos más relevantes de cada uno de estos capítulos. El primero de ellos empieza por repasar la evolución histórica de la mejora, haciendo una especial referencia a la mejora del nieto.

3.1 Existe diversidad de opiniones a la hora de explicar el origen de esta figura. Unos lo explican por su conexión con determinadas instituciones romanas (la evolución de la *patria potestas* y de los *bona materna*) y otros, la mayoría, fijan su origen en el triunfo hegemónico de los godos sobre los hispano-romanos (la *Dum Inlicita* de Chindasvinto). Efectivamente, fue Chindasvinto, a mediados del siglo VII, quien introdujo la mejora en nuestro Derecho, a través de la *Dum Inlicita*; en ella se establece por primera vez la

mejora en una cuantía de un décimo de los bienes sometidos a reserva. Posteriormente, Ervigio modifica la *Dum Inlicita*, introduciendo una serie de innovaciones: 1) se eleva la cuantía de la mejora (pasa a ser el tercio de la reserva); 2) se incluye la facultad de fraccionamiento de la mejora; 3) la posibilidad de que el testador grave con cargas la mejora de sus causahabientes. Durante esta época la mejora del nieto sólo era posible cuando éste era heredero legitimario.

Durante la Edad Media, casi todos los Fueros prohíben o desconocen la facultad de mejorar, aunque algunos la permitían mínimamente (el Fuero de Burgos o el Fuero de Fuentes). A pesar de todo, existía una práctica constitutiva de fraude de ley, por la cual un nieto, no legitimario, recibía el legado del abuelo, que encubría una mejora a su padre. Fue así como por primera vez se instauró la mejora del nieto *patre vivente*. A partir de mediados del siglo XIII resurge la facultad de mejorar en algunos Fueros (Fuero de Soria, Fuero Juzgo, Fuero Real) y en el siglo XIV esta figura queda recogida en las Leyes de Estilo. En cualquier caso, ninguno de estos cuerpos normativos permitía la mejora del nieto *patre vivente*, a pesar de aquella práctica.

Esta figura quedará olvidada en épocas posteriores hasta llegar al siglo XVI y a la aprobación de las Leyes de Toro. Es aquí donde se hace una regulación minuciosa de la materia y donde se permite por primera vez expresamente la posibilidad de mejora a los nietos viviendo el padre. Estas normas pasaron a la Nueva Recopilación de 1567 y a la Novísima Recopilación de 1805, sin apenas modificaciones.

El Proyecto de Código civil de 1836 recogía la posibilidad de mejorar al nieto, pero únicamente cuando el descendiente intermedio hubiera muerto previamente. Sin embargo, los Proyectos de 1851 y de 1882 volvían a contemplar la mejora del nieto aunque no fuera heredero forzoso. Finalmente, el Código civil actual no se pronuncia expresamente sobre la admisión o el rechazo de esa posibilidad.

3.2 A continuación, la autora hace referencia ya al concepto y a la naturaleza de la mejora. Aunque es muy difícil establecer una definición aceptada por todos, Álvarez Moreno, siguiendo a Vallet, caracteriza a la mejora con cinco términos: *a)* es un beneficio económico que irá a parar a un descendiente; *b)* consiste en una cuota o parte cualitativa o cuantitativa de bienes o del valor del haber hereditario del causante; *c)* su nacimiento exige una disposición expresa del causante, aunque hay excepciones (mejoras tácitas); *d)* esta parte del haber hereditario se detrae de la legítima de los descendientes y constituye una entidad jurídica propia; *e)* esta porción se imputa al segundo tercio del haber hereditario al hacer la partición. La mejora tiene un doble carácter: legal (puesto que la ley la reserva imperativamente a hijos y descendientes como parte integrante de la legítima) y voluntario (porque la voluntad del causante es la que hace surgir esta figura); de ahí que la autora hable aquí de *semiautonomía* de la voluntad.

Para poder ejercitar la facultad de mejorar, son necesarios tres requisitos: 1) la existencia de una pluralidad de descendientes del causante en el momento del fallecimiento del causante; 2) asignación desigual de cuotas entre los descendientes (este requisito sólo se da para los herederos legitimarios, pero no puede darse en el caso de mejora del nieto); 3) la existencia de un acto constitutivo (este punto es algo relativo, pues ya se ha dicho que caben las mejoras tácitas).

3.3 A pesar de todo esto, ¿se acepta en nuestro Derecho positivo actual la mejora del nieto, sea o no legitimario? Hay autores que la aceptan y hay

otros que la rechazan. Los argumentos que se manejan giran en torno a: el Derecho histórico; los principios que regulan la mejora y la tensión entre la libertad de testar y la necesidad de respetar los intereses legitimarios; el concepto de mejora; los artículos 806, 808, 823 y 833 CC. Tanto los que niegan como los que aceptan la facultad de mejorar *patre vivente* utilizan estos argumentos interpretándolos conforme a su posición.

En cualquier caso, los artículos del Código civil no se pronuncian expresamente ni por la aceptación ni por el rechazo de la mejora del nieto viviendo su padre. La solución parece inclinarse a favor de su aceptación; solución que ha sido fruto no sólo de la tradición histórica, sino también de la doctrina, las Resoluciones de la DGRN y la jurisprudencia del TS. La mayoría de la doctrina así lo entiende.

3.4 La autora continúa estudiando la proyección de este problema en los Derechos civiles especiales. Distingue tres grupos dentro de las legislaciones civiles forales: las que aceptan la existencia de una cuota de reserva pero no de mejora (Cataluña, Navarra, Valencia, Baleares); las que regulan instituciones sucesorias similares a la mejora (Aragón y Vizcaya); y las que aceptan la mejora tal cual (Galicia).

3.5 La naturaleza de la mejora es objeto de análisis del siguiente punto. La pregunta que se plantea ahora es si la mejora forma o no parte de la legítima. La doctrina se posiciona en torno a dos grupos: los que creen que la mejora es una figura diferente a la legítima y los que consideran que la mejora forma parte de aquélla (la mayoría). Dentro de esa primera postura se pueden matizar tres manifestaciones: *a)* la mejora tiene una naturaleza *sui generis* (es una posición muy minoritaria en la doctrina, cuyos exponentes son Villares Picó y Lacoste); *b)* la mejora y la legítima tienen naturaleza diferente (la mejora constituye una disminución del tercio segundo para formar una institución sujeta a un régimen jurídico propio); *c)* la mejora tiene una naturaleza distinta de la legítima, aunque nace de ésta (se parte de que es legítima aquella parte del tercio de mejora que no se haya empleado para mejorar; así, la mejora procede de la legítima, pero la parte de bienes que sale de esta se transforma y cambia de naturaleza para regirse por sus propias reglas).

El otro grupo lo constituyen aquellos que consideran que la mejora forma parte de la legítima, postura que defiende la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia. Para éstos, la mejora es una de las dos terceras partes destinadas a legítima. Conviene señalar que la naturaleza de la mejora no se debe confundir con la del acto jurídico atributivo de ésta. Pero estos autores pueden caer en una contradicción: si dicen que la mejora forma parte de la legítima, ¿cómo puede destinarse luego a un no legitimario (mejora del nieto *patre vivente*)? Albaladejo salva este obstáculo considerando esta última opción como una excepción a favor de descendientes no legitimarios.

Álvarez Moreno expresa su opinión y considera, entre otras cosas, que la mejora forma parte de la legítima y que el tercio de mejora es legítima en la parte que no se haya utilizado como mejora. Señala igualmente que la mejora nace de la legítima pero se regula con reglas propias.

3.6 El último punto de este primer capítulo está dedicado a la naturaleza de la posición jurídica del mejorado. La doctrina ha defendido todas las posiciones posibles: 1) es sucesor a título universal (objeción: hay preceptos que hablan de mejoras realizadas mediante donación o legado); 2) es sucesor a título particular (objeción: la posibilidad de establecer mejoras a título universal); 3) una corriente ecléctica que conjuga las posturas anteriores (el mejorado es sucesor a título universal cuando la mejora consiste en



una parte alícuota de la herencia; y será legatario cuando le corresponda una cosa cierta y determinada); 4) la postura mayoritaria considera que la mejora puede atribuirse tanto como herencia como por disposición particular (*mortis causa o inter vivos*).

4. En el capítulo segundo Álvarez Moreno aborda el tema de los sujetos que pueden mejorar y los que pueden ser mejorados. En una primera aproximación, podemos decir que mejorante puede ser el abuelo o ascendiente anterior, y mejorado puede ser el nieto, bisnieto o ulteriores ascendientes.

4.1 Respecto al sujeto mejorante, se plantea aquí la cuestión de la delegación de la facultad de mejorar en el cónyuge supérstite (art. 831 CC), si puede este mejorar a un nieto y, aún más, si puede mejorar a un no legitimario. Existen varias posturas doctrinales: *a)* unos pocos piensan que los únicos destinatarios de la facultad de mejorar delegada son los descendientes de primer grado (realizan una interpretación literal de la expresión «hijos comunes» que aparece en dicho artículo); *b)* otros consideran que sólo se podría en el supuesto de que los nietos fueran herederos forzosos y ocuparan por derecho de representación el puesto de su padre; *c)* la mayoría de la doctrina acepta como sujetos mejorables a los nietos, viva o no su padre, pues no se modifican las reglas sobre posibles beneficiarios (se interpreta la expresión «hijos comunes» extensivamente, incluyendo también a los descendientes ulteriores). Respecto a esta última postura, lo que sí hay que tener en cuenta es la voluntad del cónyuge premuerto al instituir esta delegación de la facultad de mejorar al cónyuge supérstite (*el viudo no sustituye la voluntad del premuerto, sino que la complementa*).

4.2 En cuanto a las personas que pueden ser mejoradas, destacan dos aspectos: pueden ser mejorados los descendientes de cualquier condición y pueden ser mejorados tanto varones como mujeres. Dos son los temas que en este ámbito se plantean: la mejora de nietos no nacidos y la mejora a favor de un nieto determinable pero aún no determinado.

Respecto a la primera cuestión, no es válida la disposición que haga el causante a favor de persona incierta y que no pueda llegar a ser cierta. Si el sujeto destinatario puede llegar a ser individualizado, dicha disposición será entonces válida. La doctrina acepta las mejoras realizadas a favor de personas no nacidas al tiempo de hacer la mejora; en el momento de realizarla, el descendiente o nieto beneficiario puede no existir e incluso es indiferente que esté o no concebido. Sin embargo, la facultad de mejorar se reduce a los descendientes, por lo menos, concebidos en el momento de la muerte del testador (los no concebidos no tendrán capacidad).

En cuanto al segundo problema, el causante puede establecer una mejora a favor de nietos que vayan a nacer sin más o a favor de aquel nieto que cumpla además algún requisito o condición, dentro del grupo de los posibles beneficiarios. Está claro que se pueden imponer cargas y gravámenes sobre la mejora, por lo que también se admitirá la institución de una mejora para aquel que cumpla determinados requisitos, siendo este un medio para elegir entre los posibles descendientes el que será el beneficiado por dicha mejora.

5. El capítulo tercero es el más extenso de todos. Hace referencia a la forma de atribuir la mejora y a las consecuencias que se derivan de los distintos modos de otorgarla.

5.1 Antes de explicar las distintas formas, la autora expone las clases de mejora que pueden incidir en la mejora del nieto. Así, se puede distinguir

entre: mejora por acto *inter vivos* o *mortis causa*, mejora expresa o implícita, mejora revocable o irrevocable, mejora directa o indirecta.

La mejora expresa es aquella en la que el mejorante establece por escrito su voluntad de que se repete mejora una determinada cantidad de bienes. La mejora implícita se divide, a su vez, en dos clases: tática (son aquellas que se deducen de la voluntad del causante, sin que este utilice las palabras mejora o mejorar) y presunta (es aquella que, sin deducirse de la intención del causante, hay que presumir que es mejora porque no puede imputarse a otro tercio que no sea ese). Caben las mejoras implícitas por disposición *mortis causa*, pero más dudas plantean las mejoras implícitas a título de donación, pues el artículo 825 CC parece que exige que se instituyan de modo expreso.

Por otro lado, la mejora dispuesta *mortis causa* es irrevocable, pues llegada la muerte del causante, el testamento deviene irrevocable. La mejora establecida por acto *inter vivos* es revocable; sin embargo, existen determinados supuestos en los que puede ser irrevocable (artículo 827 CC: la dispuesta en capitulaciones matrimoniales o por contrato oneroso con tercero). La mejora atribuida a título de donación, aunque se hayan entregado los bienes, es revocable. Algunos piensan que, aunque la donación en sí es irrevocable, la mejora realizada a través de este modo no lo es, pues como ya se dijo su naturaleza es distinta a la del acto por el que se atribuye. Para otros autores cabe tanto la revocación de la mejora como del acto por el que se dispone la atribución patrimonial. En cualquier caso, parece opinión mayoritaria el que si la mejora se instituyó mediante donación, ésta quede sometida a las reglas de la mejora.

La mejora directa es aquella que dispone el propio causante (o su cónyuge por delegación) respecto a su haber y que beneficia directamente al mejorado. Es indirecta cuando la persona mejorada no la recibe de forma inmediata (suele ser normalmente un supuesto de sustitución fideicomisaria).

5.2 La obra sigue con el estudio de las distintas formas de otorgar la mejora. Empieza con la mejora por acto *inter vivos*. Una persona puede realizar mejoras en vida a través de varios medios: donación, capitulaciones matrimoniales y contratos onerosos con terceros.

Respecto a la mejora hecha en capitulaciones matrimoniales, hay que hacer referencia a la promesa de mejorar del artículo 826 CC, que sólo será válida si se efectúa a través de este mecanismo. Las personas que pueden prometer mejorar son las mismas que pueden instituir las mejoras (art. 823 CC). Esa promesa puede alcanzar a nietos, hijos de los cónyuges que hayan otorgado capitulaciones. En relación a la promesa de mejorar a un nieto o ulterior descendientes, caben destacar tres puntos: 1) si la promesa se hace a favor de un nieto *concepturus* y este no llega a nacer, se tendrá por no puesta (promesa de mejora condicional); 2) el hecho de que la promesa de mejorar sea irrevocable no significa que sea transmisible a los herederos y que estos puedan exigirla (por tanto, si el nieto mejorado fallece antes de que la mejora se haga efectiva, no podrá transmitir nada a sus herederos); 3) cabe la promesa de mejorar en favor de los nietos si así se deduce de la voluntad expresa del mejorante.

El siguiente medio para establecer una mejora es la donación (art. 825 CC). La autora empieza por plantearse dos cuestiones: si es necesario que la mejora realizada por donación tenga carácter expreso y si cabe mejorar a través de donación a nietos no legitimarios, pues ese artículo habla de «hijos o descendientes que sean herederos forzosos». Las conclusiones más importantes a las que llega la autora en este tema son las siguientes: a) el momen-

to al que debe referirse el carácter de legitimario del donante es el momento del fallecimiento del causante y no el momento en que se realizó la donación; *b*) el nieto en principio está obligado a colacionar aquello que haya recibido de su abuelo a título lucrativo cuando sucede a éste como heredero forzoso en representación de su padre premuerto; sin embargo, no está obligado a colacionar en tres supuestos: cuando el donante le haya dispensado de esta obligación, cuando el donatario repudie la herencia y cuando recibe una donación en concepto de mejora; *c*) para saber si se rebasan los límites legales a la hora de repartir la herencia, se tendrá que calcular el total del patrimonio del causante, computando el valor de las donaciones realizadas, aunque éstas no deban llevarse a colación (pero la donación a favor de un heredero forzoso y con dispensa de colación, no se agrega a la masa hereditaria a los efectos del art. 1035 CC); *d*) el nieto puede aceptar la donación-mejora y renunciar la herencia; en ese caso, al repudiarla, no está obligado a colacionar la donación, pero ésta se imputará en el tercio de libre y puede ser reducida por inoficiosa (art. 1036 CC); *e*) las mejoras tácitas pueden atribuirse a los nietos a título de donación, independientemente de que sean legitimarios o no. Seguidamente, se realiza una exposición sobre el régimen de las donaciones-mejora, el orden de imputación y la transmisibilidad de las donaciones recibidas.

Otra de las formas para atribuir la mejora era indirectamente. Al hablar de este modo de atribución, hay que hacer referencia al derecho de representación en la mejora. Como en otros aspectos, también aquí está la doctrina dividida entre los que rechazan ese derecho en la mejora y los que lo admiten. Los negadores del derecho de representación señalan que este derecho no puede extenderse a la sucesión testamentaria, luego, si el mejorado muere antes que el mejorante, se abriría la sucesión intestada para esa porción de herencia (uno de sus argumentos es que la mejora es de carácter personalísimo). A pesar de todo, cada vez se tiende más a su admisión, aunque con distintos argumentos.

La última forma de atribución de la mejora es la disposición testamentaria. Este modo puede realizarse a través de la institución de heredero o mediante la atribución de mandas y legados. Aquí se admite casi unánimemente por la doctrina y por la jurisprudencia que el mejorado sea un nieto, viva o no el descendiente intermedio.

6. El capítulo cuarto se refiere a la relación del nieto con otros sucesores del causante y en qué medida responde este de las deudas de su causante. Esa responsabilidad va a variar en función de cómo se haya atribuido la mejora.

6.1 En primer lugar, está la realizada a través de donación, donde hay que diferenciar entre que los bienes se hayan entregado o no al nieto mejorado. Si la mejora se hizo y tuvo efecto en vida del causante, los bienes pasan a formar parte del patrimonio del nieto donatario; este no responde por las deudas del causante, pero puede verse reducida su donación si lesiona las legítimas. Si por el contrario la mejora se realizó con efectos *mortis causa*, esos bienes no pasan al patrimonio del donatario hasta el fallecimiento del causante, luego antes de que le sean entregados se deducirán las deudas.

Cuando la mejora se efectúa a través de legado o disposición testamentaria a título singular, la responsabilidad es la misma que en el caso de dona-

ción *mortis causa*. La responsabilidad que va a asumir el mejorado en el pasivo hereditario es idéntica que la de un legatario cualquiera (sólo responderá hasta el valor de su mejora).

Si la mejora se atribuye a título de herencia, el nieto, sea legitimario o no, asumirá la responsabilidad que tiene todo heredero respecto de las deudas de su causante. Sucede al causante en las deudas hereditarias, fueran o no conocidas al tiempo de la partición, y responde incluso con sus propios bienes, a menos que hubiese aceptado la herencia a beneficio de inventario.

Otro supuesto que puede surgir es la existencia de doble llamamiento del nieto, es decir, un nieto mejorado que posteriormente es instituido heredero. Si el nieto acepta tanto la mejora como la herencia, nos encontraríamos ante el mismo supuesto anterior, pues el mejorado se convierte en heredero. El problema se produce cuando acepta la mejora pero repudia la herencia. La doctrina ha adoptado posturas en todos los sentidos, yendo desde la responsabilidad directa y personal hacia considerar al mejorado como legatario.

6.2 El último apartado de este capítulo se refiere a la relación de la mejora del nieto y el usufructo viudal. El artículo 834 CC establece que el cónyuge viudo tiene derecho al usufructo del tercio destinado a mejora cuando concurre con los hijos o descendientes. Aquí se plantea el siguiente problema: puede ser que el tercio de mejora se deje al nieto no legitimario y éste lo hubiera recibido ya en vida del causante; ¿qué ocurre con el cónyuge viudo? Todos los bienes de la herencia están afectos al pago de la legítima de este. Los supuestos que pueden surgir son: *a)* si el nieto se le nombra heredero en el tercio de mejora, entonces estará obligado a satisfacer la legítima al cónyuge viudo, junto con los demás coherederos, pudiéndolo hacer de dos modos: entregar el usufructo de los bienes o utilizar la facultad de conmutar; *b)* si el nieto recibe la mejora como legado, lo normal es que los herederos permitan que el cónyuge viudo disfrute del usufructo a que tiene derecho, aunque el nieto mejorado sólo pueda disfrutar de los bienes a partir del fallecimiento de aquél; *c)* si la mejora es a través de donación con efectos en vida del causante y con entrega de los bienes al nieto donatario, la solución no es pacífica, pero parece más aceptable que la legítima del cónyuge viudo recaiga sobre una porción de los bienes hereditarios representativa de ese tercio de mejora (tercio de libre disposición); hay que respetar las mejoras realizadas (sólo en última instancia se acudirá a la reducción de la donación-mejora para satisfacer la legítima viudal); *d)* si estamos ante una donación con efectos *mortis causa*, la solución es la misma que cuando se entrega la mejora mediante donación.

7. El quinto y último capítulo viene a exponer la relación que existe entre la mejora del nieto y las reservas (viudal y lineal).

7.1 Conforme al artículo 972 CC el viudo o viuda que pase a segundo matrimonio está obligado a reservar a los hijos y descendientes del primero la propiedad de todos los bienes que haya adquirido del difunto consorte por título lucrativo, excepto su mitad de gananciales. Por tanto, con los bienes reservables cabe efectuar reservas a los nietos, siendo irrelevante que se trate de nietos legitimarios o no. La reserva viudal no plantea ningún problema respecto a la mejora de nietos no legitimarios; lo único exigible es que se respeten siempre las legítimas.

7.2 Respecto a la reserva lineal, la doctrina ha discutido si cabe que un ascendiente mejore a alguno de sus descendientes con parte de los bienes

reservables, aplicando el artículo 972 CC analógicamente a este ámbito. Se han propuesto todo tipo de posiciones: unos niegan la posibilidad de mejorar en la reserva lineal; otros la aceptan pero sólo cuando la reserva lineal coincide con la viudal (en cuyo caso se aplica el art. 972 CC); la mayoría admite la facultad de mejorar del cónyuge supérstite que permanece en estado de viudez, con cargo en los bienes objeto de la reserva troncal y siempre respetando las legítimas.

¿Pero cabe la mejora del nieto en el ámbito de la reserva lineal? Cabe la facultad de mejorar a los nietos, sean legitimarios o no, siempre que el causante cumpla dos condiciones: 1) que los bienes se destinen a reservatarios dentro del tercer grado; 2) que se respeten las legítimas de los herederos forzosos.

8. Para concluir con esta sucinta exposición sobre los puntos fundamentales, cabe recordar que el Código adolece de falta de claridad y precisión a la hora de regular la mejora, por lo que son obras como esta las que nos exponen el régimen jurídico de esta figura y todos los supuestos y problemas que se pueden plantear. Queda en el lector acoger una u otra de las posiciones doctrinales que se explican; sin embargo, aun así se verá tentado a emitir su propio juicio y elaborar su propia interpretación de los artículos 823 y siguientes CC. En espera de una más afianzada y consolidada jurisprudencia sobre este tema, *La mejora en favor del nieto* constituye un libro clave y de interés para profundizar en su análisis.

Sebastián LÓPEZ MAZA  
Universidad Autónoma de Madrid

**GONZALES BARRÓN, Gunther: *Curso de Derechos Reales*, Jurista editores, Lima, 2003, 854 pp.**

La historia de la codificación civil de Perú ha sido muy agitada y hasta cierto punto experimentalista, pues en poco más de siglo y medio de vida independiente, en dicho país se han promulgado tres Códigos civiles que obedecen a orientaciones de signo diferente. En efecto, el primero de estos Códigos se publicó en 1852, era de corte francés y su influjo perdura todavía hoy en la disciplina de la transmisión de los bienes inmuebles por el solo consentimiento; el segundo Código es de 1936, de marcada influencia alemana, aunque adoptó muchas soluciones del Código brasileño, en el que destaca una extensa *Parte general* donde se contiene el régimen del acto jurídico; en fin, el Código vigente es de 1984 y en él se aprecia una cierta influencia del Código italiano de 1942, que ha desfigurado en parte la matriz germánica de 1936, si bien el Libro V, que trata sobre los derechos reales, es el que ha mantenido una mayor fidelidad a esta última.

Además, en la actualidad se ha formado una Comisión encargada de revisar el vigente Código de 1984, en cuyos trabajos preparatorios se advierte una tenue influencia de nuestro Código civil, al menos, en lo que concierne al Título Preliminar (*Vid.* C. Soto Coaguila, «Análisis del Proyecto de Reforma del Título Preliminar del Código Civil peruano de 1984», *RGLJ*, 2002, pp. 293-333).

Pese a este ambiente agitado, existe en Perú una literatura jurídica muy seria y arraigada, en la que destacan sólidas obras de naturaleza exegética,

científica y didáctica, obras que se han elaborado en constante diálogo con la literatura europea y en las que se siguen con tanta atención como preocupación las últimas vicisitudes del análisis económico de las instituciones jurídicas. A esta clase de obras pertenece el *Curso* que reseñamos aquí, que se inserta indiscutiblemente, como señala el profesor Álvarez Caperochipi, en nuestra tradición hispana, dado el conocimiento y utilización por su autor de las obras generales y monográficas españolas, lo mismo civilistas que hipotecaristas, sin olvidar sus oportunas referencias a nuestra jurisprudencia registral.

Destaca en esta obra un raro equilibrio entre la teoría y el dato normativo, entre la precisión de los conceptos y su aplicación práctica. No en vano Gunther Gonzales Barrón no sólo es profesor en diversas Universidades de Lima, sino que ejerce además como Notario y Registrador. Ha publicado más de media docena de obras sobre el seguro, las sociedades y el urbanismo, entre las que destacan sus *Temas* de Derecho registral y su *Traído* sobre la misma materia, cuyas palabras de presentación se deben a los Registradores Rafael Arnáiz Eguren y José Manuel García, García respectivamente. En términos generales, nuestro autor es conservador y se muestra contrario a las propuestas de reforma publicadas en 1990 por la Comisión Revisora del Código civil relativas a los registros públicos y a la hipoteca. Tampoco comparte muchas de las enmiendas propuestas por la Universidad de Lima en 1994, ni las modificaciones sugeridas por la Comisión encargada del Anteproyecto de reforma del Código de 1984, que se publicaron en 1998.

El *Curso* que comentamos se ocupa, en realidad, de tres grandes temas que son la categoría de los derechos reales, la posesión y la propiedad, que abarca también la copropiedad y la propiedad horizontal, ahora denominada, desde una Ley de 1999, régimen de propiedad exclusiva y propiedad común.

En la primera de ellas, el autor defiende con rigor la distinción entre los derechos de crédito y los derechos reales, que se caracterizan hoy, tras la revisión de la teoría obligacionista, por la inherencia y la oponibilidad, junto a la *facultas agendi*, que es propia de todos los derechos subjetivos, y cuya repercusión práctica más importante, a su juicio, radica en la posesión y en la usucapición, que sólo pueden operar en los derechos reales sobre las cosas. Partidario del método sistemático, delimita los rasgos comunes a todos los derechos reales, diferenciando sus tipos, al tiempo que se inclina decididamente a favor del *numerus clausus* de los derechos reales y descarta las prohibiciones y restricciones del dominio que no alcancen eficacia real por su publicación en el Registro. En fin, esta parte de la obra termina con el estudio del objeto de los derechos reales, esto es, los bienes, en especial, los inmuebles, en cuya subdivisión de suelo rústico y urbano se intercala el *tertium genus* del suelo eriazco, que está formado por las porciones de tierra incultivable por falta o por exceso de agua y que pertenece al Estado, si bien existen mecanismos diversos para que estos terrenos se adjudiquen de nuevo al sector privado.

La segunda parte de la obra contiene un amplio estudio de la posesión, en el que nuestro autor examina con detalle las clásicas posturas de Savigny y de Ihering, mostrándose partidario del primero, pese al claro influjo del último en la *mens legislatoris* de 1936 y 1984, así como en las propuestas de 1994, que fueron oportunamente criticadas por José María Miquel González (*Código Civil Peruano. Diez Años*, I, Universidad de Lima, 1995, p. 417).

Por eso, estima el autor que es erróneo calificar la posesión como un derecho y no como lo que es, en realidad, un hecho con importantes conse-

cuencias jurídicas. Para ello se basa en cuatro argumentos fundamentales, según los cuales, en suma, la posesión como derecho comportaría siempre un doble derecho, uno derivado del título y otro producto del solo hecho de poseer; la contradicción que supone la posesión ilegítima; el derecho de posesión desaparecería junto con el hecho de poseer y, por último, la posesión, como pura relación fáctica, jamás accede al Registro Inmobiliario. Lo que no impide, sin embargo, que se confiera a la posesión una tutela provisional y que se contrapona a la protección definitiva que corresponde a los derechos reales. En palabras del autor, mientras la primera surge del hecho de tener un bien, la última se otorga, en cambio, por tener un título que justifica el poder jurídico reconocido por la ley.

Tras examinar el fundamento de la tutela posesoria, el autor se detiene en la voluntad del poseedor, que distingue, con acierto, de la posesión en concepto de dueño. A continuación, repasa las distintas clases de posesión, examina su adquisición derivativa por la tradición y en materia de efectos destaca el estudio de la autotutela, que no incumbe al servidor de la posesión, los interdictos y la acción publiciana. Por último, se exponen con detalle tanto la liquidación del estado posesorio como las presunciones y otros efectos de la posesión.

La última parte de la obra, que versa, según dijimos, sobre la propiedad, la copropiedad y la propiedad horizontal, no es menos pormenorizada y analítica que las anteriores. De aquí que nos limitemos a señalar los aspectos más sobresalientes de la misma. Ante todo, están bien expuestos los presupuestos ontológico, económico y psicológico de la propiedad, así como su contenido social, que se traduce, en términos normativos, en el abuso del derecho y en los límites legales impuestos por razones de vecindad. Entre los medios de tutela, resalta la acción reivindicatoria que considera, por un lado, imprescriptible para evitar la existencia de *res nullius* y, por otro lado, compatible con la acción publiciana. Entre los modos de adquirir la propiedad, examina con claridad la usucapión y, en particular, la interversión del concepto posesorio.

En fin, de singular interés es el examen de la transmisión de la propiedad por medio de un contrato. En el Derecho peruano, mientras los bienes muebles se transmiten por la tradición causalizada, esto es, conforme al título y el modo, la transmisión de los bienes inmuebles, en cambio, es consensual, lo que presenta ventajas y desventajas, que pueden ser atenuadas por la publicidad.

En línea con la doctrina italiana, a juicio del autor, la principal ventaja de este sistema es que facilita la circulación de la riqueza y la utilización de los recursos, dado que favorece claramente al comprador que, desde el consentimiento, pasa a ser propietario y puede financiar la operación de inmediato con un préstamo hipotecario. Asimismo, cuatro son las desventajas del sistema, a saber: *a)* la inseguridad sobre el título del transmitente y sobre cargas ocultas, lo que obliga a la *probatio diabólica* de la posesión del vendedor por el plazo de la usucapión; *b)* los mayores riesgos de doble venta; *c)* la anulación o la resolución de alguna transmisión intermedia, y *d)* la acción reivindicatoria de un tercero fundada en tener mejor derecho a la propiedad por haber adquirido del verdadero dueño o por invocar a su favor la usucapión.

Con todo, estas desventajas se mitigan en una medida importante por la confianza creada por la publicidad registral, en base a los principios de inoponibilidad y de fe pública. Planteada la conveniencia de la inscripción constitutiva, el autor argumenta de un modo ejemplar que, fuera del ordenamiento

alemán, debe descartarse. En fin, en este sistema consensual el vendedor no sólo debe procurar la entrega de la cosa, sino dar el bien en propiedad, lo que hace del comprador, también aquí, un acreedor de dominio, de manera que, como ha observado Mario Clemente Meoro entre nosotros, puede ejercer las acciones contractuales de cumplimiento, resolución e indemnización de daños y perjuicios (*El acreedor de dominio*, Valencia, 2000, p. 24).

A nuestro modo de ver, esta apretada síntesis es suficiente para que el lector español se interese por la obra que reseñamos. Ha quedado claro que el *Curso* de Gonzales Barrón es una obra sistemática que se caracteriza por un gran rigor dogmático y que no descuida las implicaciones prácticas, las que suele resolver con buen criterio y un fino olfato jurídico. Asimismo, es fácil comprobar que en la obra están presentes no sólo nuestras mismas inquietudes metodológicas e institucionales, sino la ostensible curiosidad del autor por nuestra doctrina. En fin, es una obra recomendable tanto para el jurista estudioso del Derecho extranjero como para el profesional que debe actuar en el mundo globalizado de hoy, pues uno y otro encontrarán en ella una información amplia y segura, debidamente leída e interpretada, además, en clave hispánica.

Carlos VATTIER FUENZALIDA  
Catedrático de Derecho civil

**SALAS MURILLO, Sofía de:** *Responsabilidad civil e incapacidad. (La responsabilidad civil por daños causados por personas en las que concurre causa de incapacitación)*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, 349 pp.

La autora de esta monografía es profesora titular de Derecho civil de la Facultad de Derecho de Zaragoza. La monografía publicada, sobre un tema muy alejado de los que hasta entonces había venido estudiando (fundamentalmente, su tesis doctoral, *Las asociaciones sin ánimo de lucro en el Derecho español*, Madrid, 1999) constituyó el segundo ejercicio presentado al concurso en el que la autora accedió a la condición de profesor titular.

Es difícil conciliar la protección de personas con enfermedades o deficiencias, el respeto a sus derechos y a su libertad, la orientación de las medidas que se adopten para lograr su rehabilitación e integración (art. 49 CE) con los derechos de los demás. Los daños causados por incapaces, me parece, no debieran ser asumidos por las víctimas, pero muy posiblemente, fuera de culpa por su parte, tampoco por los familiares más próximos del enfermo (cónyuges, padres ...), a quienes habitualmente hay que considerar como sus primeras víctimas. El de los enfermos mentales es un problema social que no deberían soportar sólo las personas cercanas. Estas y otras muchas consideraciones deben tenerse en cuenta a la hora de abordar el tema objeto de esta monografía, de gran interés en la actualidad. No es raro leer en los medios de comunicación noticias relacionadas con daños causados por enfermos, muchas veces de tal naturaleza que no sorprende que la jurisprudencia más abundante sobre esta materia proceda de la Sala Segunda del Tribunal Supremo (muertes con armas, lesiones, incendios provocados). Además, y como apunta la propia autora, el envejecimiento de la población hace pensar en un número cada vez mayor de personas con demencias asociadas a la edad.

En esta materia, el panorama legislativo es incompleto, y plantea algunas incertidumbres. De ahí que, y como bien dice en su prólogo el profesor Gar-



cía Cantero, la elección del tema de este trabajo resulta inteligente, porque exige proyectar sobre la responsabilidad civil un aspecto de la teoría de las personas físicas difícil de abordar.

Recuerdo haber visto, hace tiempo, un test, pretendidamente de personalidad, presentado como un índice de nuestra actitud ante la vida, el destino, la asunción de las propias responsabilidades o la fatalidad, en el que una mujer era asesinada por un loco en una isla a la que había ido a reunirse con su amante y, como un juego, se formulaba la pregunta de quién debía ser considerado responsable: el marido que, conociendo la aventura, le dejó ir a la cita; el amante, que tras la discusión no la acompañó en el regreso; el barquero, que no le ayudó a escapar porque no podía pagar el viaje; o la propia mujer, respuesta procedente si se entiende que no se debe salir fuera de casa a horas intempestivas, y menos con ciertas compañías. No recuerdo si aparecían más personajes, y supongo la falta de seriedad de la prueba, aunque da la impresión de que los autores del test presuponían que la actuación de los enfermos mentales es semejante a una fuerza de la naturaleza: las respuestas parece que hubieran podido ser las mismas si, en lugar de ser asesinada por el loco, un rayo de un temporal imprevisible la hubiera partido por la mitad. La determinación del responsable, por lo demás, siempre implicaba, en ese juego, me parece, una valoración moral de las conductas de los personajes. Incluso, en el caso de que se optara por atribuir la responsabilidad al loco, cabría pensar en que alguien debería haberse hecho cargo de él, vigilarle, o ingresarlo en un centro adecuado para evitar su peligrosidad. Creo recordar, por lo demás, que el loco carecía de cualquier sistema de guarda o tutela y es seguro que no se mencionaba que estuviera incapacitado.

No era, desde luego, un test jurídico. Las reglas jurídicas de imputación de responsabilidad buscan un patrimonio que asuma el daño producido a la víctima: cómo distribuir la producción de daños. En principio, no se formulan como reproches morales ni tratan de sancionar comportamientos poco éticos. Pero, de una parte, en un sistema formalmente basado en la culpa, como teóricamente es el nuestro, la atribución de la responsabilidad implica un juicio sobre el reproche que cabe hacer a quien ha actuado negligentemente. Además, y aunque es seguro que la finalidad principal de la responsabilidad civil es la compensación, y no la prevención de daños, el legislador sí debe tener en cuenta cómo van a influir las reglas de responsabilidad en los sujetos que tienen en su mano la posibilidad de evitarlos. Desde este punto de vista, parece acertado que la monografía comience por la exposición de unas notas preliminares sobre la función que cumplen, respectivamente, la responsabilidad civil y la incapacitación (pp. 25 a 124).

El capítulo segundo (pp. 125 a 248) se ocupa de la responsabilidad civil en los casos de incapacitación. La autora dedica unas primeras páginas a exponer los principios generales de la responsabilidad por hecho ajeno. A pesar de que en el Código penal hay disposiciones específicas sobre la responsabilidad civil derivada de ilícito penal se ha optado por centrar el estudio en el artículo 1903 CC (pp. 129 a 147). Hubiera sido interesante detenerse también en aquél régimen de responsabilidad aunque no se encuentre en nuestro principal cuerpo legal, pues se trata sin duda de reglas de responsabilidad civil y no parece razonable prescindir de un estudio profundo.

A continuación, se señalan las diferencias entre los requisitos para que surja la responsabilidad de los padres y los tutores conforme al artículo 1903 CC (pp. 147 a 159) y, partiendo del dato legal de que el tutor sólo responde si el tutelado habita en su compañía, se presta especial atención al análisis de las

distintas situaciones convivenciales en las que puede estar el sometido a tutela (pp. 159 a 172). En mi opinión, esta es una de las partes más interesantes de la monografía de la doctora de Salas, en la que se muestra una gran complejidad de las posibles situaciones que pueden darse en la práctica y que van a condicionar el régimen de responsabilidad por daños. De manera acertada se toma como punto de partida la distinción entre el tutor persona física y el tutor persona jurídica. En relación con el primero, tras explicar de quién depende la decisión de que el pupilo no viva en compañía del tutor (p. 161), se exponen de manera ordenada las distintas posibilidades en que se puede encontrar: con «guardadores convencionales estables» (fundamentalmente residencias, establecimientos de salud mental o de educación o formación especial: pp. 163 a 167); pero también bajo el llamado «acogimiento personal o familiar», es decir, con uno o varios particulares que lo acojan, figura expresamente prevista en la legislación catalana y, con carácter general, la doctrina suele admitir para los incapaces aunque el Código sólo lo regule para los menores (pp. 167 a 172). Constituye un acierto la especial atención dedicada a la tutela por persona jurídica porque, como advierte la propia autora, es un fenómeno cada vez más frecuente (pp. 173 a 195). En particular, la doctora de Salas explica los distintos modos de ejercicio de la tutela por las personas jurídicas, centrándose en el dato de cómo se lleva a cabo la gestión de los servicios residenciales (pp. 192 a 196).

Partiendo de los diferentes supuestos de hecho, se abordan a continuación algunos aspectos de la responsabilidad del tutor cuando el pupilo vive en su compañía. Para el tutor persona física se distingue según sea tutor único o plural (pp. 196 a 198) y para el tutor persona jurídica según esté o no internado en centros o residencias propiedad de la persona jurídica. Con acierto, la doctora de Salas advierte cómo la responsabilidad es de la persona jurídica, pero que cabe que entren en juego responsabilidades de las personas físicas de que se sirve, funcionarios, personal laboral o voluntarios (pp. 198 a 202).

Aunque el pupilo viva en compañía del tutor es preciso examinar si en determinadas circunstancias pueden responder otras personas: se distingue, oportunamente, entre guarda ocasional o guarda cualificada, que supone un traspaso de la responsabilidad, cuando el pupilo acude al centro docente o a un centro de educación especial (pp. 202 a 214). Como, por una parte, la tutela puede corresponder a personas jurídico públicas, o puede tratarse de un centro de educación pública, a lo largo de esta exposición la autora plantea muy oportunamente los problemas específicos de régimen de responsabilidad y jurisdicción competente. Mención expresa se hace a la responsabilidad del dueño o director del establecimiento en el caso de que el pupilo desempeñe un trabajo (pp. 214 y 215). En general, el mecanismo del «traspaso de responsabilidad» le sirve a la doctora de Salas para explicar cómo, aunque el pupilo viva con el tutor, éste no responde cuando el pupilo acude a un centro docente o a un centro de educación especial, mientras que sigue siéndole exigible la responsabilidad cuando se trata sólo de una guarda ocasional o esporádica.

A continuación se aborda el régimen de responsabilidad cuando el pupilo no vive en compañía del tutor (pp. 231 a 247). La exposición de esta materia la inicia la doctora de Salas distinguiendo si se ha producido el acogimiento del incapacitado en una residencia (psiquiátrica, geriátrica o de educación especial) o si el tutelado vive en régimen de acogimiento.

Un último apartado sirve para cerrar el capítulo segundo: la referencia a la responsabilidad del curador y del defensor judicial, para lo que se tienen en cuenta las funciones que pueden corresponderles (pp. 248 y 249).

El capítulo tercero (pp. 251 a 286) se refiere a la responsabilidad civil del guardador de hecho por daños causados por el incapaz natural, es decir, de quien pudiendo estar incapacitado no lo está: no hay sentencia de incapacitación y no hay guarda legal.

La autora analiza, en primer lugar, la posible responsabilidad de los parientes llamados a ser tutores, que descarta razonablemente en atención a dos datos: el primero, evidente, de que esas personas no tienen un deber de promover la incapacitación; el segundo, que la incapacitación no garantiza que el enfermo no pueda causar daños (pp. 254 a 274). En segundo lugar, plantea la posible responsabilidad del guardador de hecho, que defiende adhiriéndose a la doctrina que sostiene una interpretación extensiva del artículo 1903 CC (pp. 276 a 282). Por mi parte, he de confesar que, aunque los argumentos expuestos son atendibles y la doctrina mayoritaria, no veo la razón por la que debe equipararse al tutor a quien, de hecho, pero no en cumplimiento de ningún deber, se hace cargo de algunas incumbencias del incapaz. Sólo debería responder si mediara culpa por su parte, conforme al artículo 1902 CC (cfr. art. 118 CP), sin que la protección de la víctima sea argumento bastante para alterar el régimen legal. El argumento de que un tratamiento más liviano del guardador puede desincentivar las incapacitaciones no es concluyente: cabe también pensar que el tratamiento gravoso del guardador de hecho puede desincentivar que altruistamente se asuman guardas de hecho. Por otra parte, tampoco hay que olvidar que el guardador de hecho puede no estar legitimado para promover la incapacitación y, de producirse ésta, no necesariamente será nombrado tutor.

Finalmente, la doctora de Salas plantea la posible responsabilidad de otros sujetos: el facultativo, los cargos públicos por incumplimiento de sus deberes de promoción de la incapacitación o de la tutela (Juez y Ministerio Fiscal) o de otros posibles funcionarios (pp. 282 a 286). En estos casos, me parece, resulta imprescindible valorar la relación entre la inactividad de cada uno de estos sujetos y su contribución a la producción del daño. Debe tenerse en cuenta, además, a la hora de determinar la culpa o negligencia, que la actuación del profesional o del funcionario debe ser respetuosa con los derechos del enfermo (intimidación, libertad).

El capítulo cuarto se refiere a la responsabilidad civil del incapaz autor del daño (pp. 287 a 331). La clave, entonces, para la autora no es si el sujeto está o no incapacitado, sino si tiene discernimiento suficiente para ser considerado imputable civil, es decir, si tiene o no conciencia de lo que es causar daño. Por eso, me parece que este dato de hecho, apreciable por el Juez, requiere una atención especial, pues en función de la conclusión que se mantenga se producen importantes consecuencias en materia de responsabilidad civil.

La autora opta por distinguir, cuando el enfermo sea civilmente imputable (pp. 288 a 300), si está o no incapacitado. En ambos casos responde, pero se plantea el problema de la relación de su responsabilidad con la responsabilidad del tutor (si está incapacitado) o del guardador de hecho (si no lo está: para este caso, la autora se remite a su análisis del capítulo tercero: p. 295). La autora expone la división doctrinal acerca de si la responsabilidad del incapacitado debe ser subsidiaria o directa y solidaria con la de sus guardadores, posibilidad por la que parece inclinarse, en mi opinión con acierto (pp. 290 a 294). Se plantea, entonces, si pueden ejercitar los padres y tutores

la acción de regreso contra el incapacitado, recogiendo el debate doctrinal existente sobre la materia, ante la falta de mención de este supuesto en el artículo 1904 CC (pp. 295 a 300). La doctora de Salas pone de relieve cómo la dificultad de articular la responsabilidad del tutor e incapacitado deriva de la distorsión entre la literalidad del artículo 1903 CC y la aplicación práctica del mismo, que prescinde de la culpabilidad. En su opinión, la solidaridad es la solución más justa, si bien acompañada de una acción de regreso de tal manera que, indemnizada la víctima, pudiera en el ámbito interno llevarse a cabo una apreciación real de la proporción de culpas (p. 298).

Cuando el autor del daño es inimputable civil no está obligado a indemnizar (pp. 301 a 326). La doctora de Salas entiende que esta situación puede conducir a situaciones injustas porque el dañado se quedaría sin indemnización en los casos en que los guardadores no existieran, fueran insolventes o demostraran su diligencia. Desde este planteamiento, pasa a exponer las distintas vías por las que la doctrina ha apoyado que el inimputable debe responder en Derecho español (pp. 302 a 309), así como en el Derecho francés (pp. 309 a 321), y la postura de quienes, por el contrario, defienden que el inimputable no debe responder, incluso aunque el dañado quede sin indemnización (pp. 322 a 326).

Esta materia es de gran trascendencia y requiere un debate social. Me parece que hay que distinguir la argumentación que razonablemente puede sostenerse a la vista de las reglas de responsabilidad civil previstas en nuestro Ordenamiento y la posible crítica a esta solución. En la actualidad, no parece que esa responsabilidad pueda sostenerse en nuestro Ordenamiento mientras se mantenga un régimen de responsabilidad por culpa. En particular, el argumento de la equidad, habitualmente el más utilizado por quien defiende la responsabilidad de los inimputables, en mi opinión, es insostenible, porque en nuestro Ordenamiento la equidad no es fuente del Derecho: no es posible, en ausencia de norma expresa que lo permita, que el Juez condene al autor del daño a pagar una indemnización de equidad en consideración a las condiciones económicas de las partes (cfr. art. 2047 *Codice civile*, parágrafo 829 BGB).

Pero, por otra parte, no tengo ahora nada claro que para responder civilmente deba exigirse una capacidad natural: no termino de ver la razón por la que no deba recaer sobre un patrimonio la obligación de indemnizar los daños causados por su titular. Titular, que lo es, al margen de su capacidad natural y que, fuera del ámbito de la responsabilidad extracontractual, responde frente a terceros (por actos realizados por sus representantes legales, es cierto, y sin perjuicio de la acción de responsabilidad que pueda ejercitar frente a ellos por los daños provocados en una negligente gestión). Es verdad que la posible función de prevención que tendencialmente satisface el régimen de responsabilidad por daños no se cumple si se imputa la responsabilidad al inimputable, que no por eso podrá reaccionar tratando de evitar daños cuando, por hipótesis, no tiene conciencia de ello. Por eso, parece razonable una reflexión sobre los objetivos de las reglas de responsabilidad civil y, más ampliamente, sobre los criterios de política legislativa que deben inspirar la legislación en este ámbito.

A la vista de los diferentes argumentos doctrinales, la doctora de Salas concluye que la equiparación de los actos del inimputable a las fuerzas de la naturaleza le parece injusta, porque éstas no tienen cuentas corrientes con las que reparar el daño causado (p. 325). Por eso entiende que no es inicuo hacer prevalecer el interés de la víctima y que el autor inimputable responda de forma subsidiaria (p. 326). Para el caso de que sea insolvente, apunta –si bien,

entiende que «esta solución, hoy por hoy, se plantea como muy lejana»– la posibilidad de una responsabilidad patrimonial subsidiaria del Estado, por funcionamiento anormal de sus servicios sociales (quizá, entonces, habría que precisar qué Administración es competente en la materia: Comunidades Autónomas y Ayuntamientos) y de la Administración de Justicia, «que han permitido –dice la autora– que esa persona haya caído en una situación de desamparo y de insolvencia». La doctora de Salas justifica su opción por la protección de la víctima en un principio de responsabilidad objetiva e incluso en la equidad, si bien admite que es precisa una intervención legal expresa.

Finalmente, la monografía termina con un análisis de las posibilidades de moderación de la responsabilidad, en atención a la «imputabilidad reducida del autor». La autora, tras hacerse eco de alguna postura favorable, acaba inclinándose, razonablemente, por la negativa, ya que, en definitiva, la incapacidad se ha tenido en cuenta previamente para evaluar su culpabilidad (pp. 327 a 331).

No existía hasta ahora, me parece, una monografía que tratara de abordar sistemáticamente los problemas que plantea la incapacidad en materia de responsabilidad. Como la misma autora apunta, nuestro Ordenamiento no resuelve las dudas e incertidumbres que pueden plantearse. Por ello, más interesante que detenerse en el análisis de los argumentos formales que pueden utilizarse para resolver los casos concretos que se plantean en la vida diaria, es ofrecer datos y argumentos para el debate de los criterios que se consideran aceptables para distribuir los costes de los daños provocados por los enfermos mentales, conjugando al mismo tiempo la protección de las víctimas con las cargas que razonablemente pueden soportar los guardadores legales o de hecho de los enfermos, la protección de los derechos de los propios enfermos y los gastos que la sociedad está dispuesta a asumir en materia de prevención y guarda. Para ello, la monografía de la doctora de Salas constituirá una referencia para quien desee continuar reflexionando sobre estos problemas.

M.<sup>a</sup> Ángeles PARRA LUCÁN

**SALAZAR REVUELTA, María: *Evolución histórico-jurídica del condominio en el Derecho romano*, Jaén, 2003, 216 pp.**

El tema del condominio en el Derecho romano ha adolecido siempre de un enfoque excesivamente dogmático, además de estudiarse de una forma fragmentada, a propósito de determinados aspectos del mismo como el *ius prohibendi* o el *ius ad crescendi*. Sin embargo, la obra que nos presenta la autora responde a una investigación amplia y rigurosa de la institución de la copropiedad romana, obediendo –como ella misma afirma en la introducción del libro– a la necesidad de «una labor pausada de reordenación de todo el material y la producción sobre el tema, que permita digerir la dinámica interna de la figura jurídica en toda su progresión histórica» (p. 15). En efecto, la divergencia existente entre el arcaico *consortium erecto non cito*, basado en el ejercicio dominical *in solidum*, y la copropiedad por cuotas ideales del derecho clásico, así como las transformaciones que opera el derecho justinianeo acercando la figura al ámbito de los cuasicontratos, nos revelan la viva actividad jurisprudencial que opera en torno a la comunidad de bienes a lo largo de todo el devenir histórico del ordenamiento jurídico romano. Consciente de la dificultad de

una formulación dogmática del condominio en Roma, la autora se enfrenta a un análisis histórico-jurídico de las fuentes sobre éste, como única vía posible de entender su diferente configuración en los distintos períodos del Derecho romano. Así, el título de la obra refleja fielmente su contenido e, igualmente, la extensión de la segunda parte del libro, donde se acomete la «evolución histórica del régimen jurídico del condominio romano» en las diversas épocas (pp. 51-183), obedece al firme propósito de mostrar la copropiedad en sus más variadas formas de manifestarse dentro de la experiencia jurídica romana. Con todo, la autora no ha querido dejar de reflejar los esfuerzos conceptuales que, desde la Pandectística, se vinieron realizando en torno a la copropiedad romana. De esta manera, en la primera parte de «Planteamientos generales» (pp. 23-48), hace un recorrido por todas las teorías elaboradas por la doctrina romanística para intentar explicar la naturaleza de la institución (desde la teoría de la división ideal de la cosa, o la del derecho, así como la de la indivisión de la cosa y el derecho, hasta las más radicales como la de Perozzi o la de la propiedad atribuida a la colectividad, entendida como unanimidad de los condóminos o como persona jurídica). Sin embargo, se hace eco de la opinión de Bonfante cuando sostiene que todas estas construcciones teóricas son posibles en abstracto, pero no superan las dificultades que supone establecer un concepto único de condominio en Roma, ya que las fuentes arrojan diferentes puntos de vista dependiendo de la época en la que nos situemos. De ahí que, para ella, no supongan más que «meras premisas o hipótesis de trabajo» (p. 47). Asimismo, cuando la autora aborda –dentro, también, de la primera parte– las «Precisiones terminológicas» (pp. 32-38), tampoco observa la existencia de una terminología uniforme. No se encuentra, en las fuentes, un término unívoco que se refiera al condominio, sino expresiones como: *rem communem esse*, *rem communem habere*, *rem plurium esse*, *dominio pro indiviso*, *dominium in solidum*. El vocablo *communio* tiene, además, un significado vago y general, aludiendo a la situación de comunidad de cualquier derecho. Con anterioridad, en el epígrafe que abre la primera parte, («Problemática conceptual y caracteres fundamentales» (pp. 23-32), ya plantea Salazar Revuelta la dificultad para los propios juristas romanos de concebir el derecho de propiedad –absoluto y exclusivo– perteneciente a varias personas, tal y como se desprende de la máxima *celsina* (D. 13, 6, 5, 15): *Duorum quidem in solidum dominium vel possessionem esse no posse*. Este constituye el punto de partida del que surgen todos los interrogantes que se van resolviendo, a lo largo del libro, con un concienzudo análisis textual. No obstante, la autora adelanta la solución a este aparente conflicto con la idea de derecho de propiedad *pro parte* o *pro indiviso* (D. 30, 5, 1-2; D. 45, 3, 5), defendiendo, desde un punto de vista cualitativo, la existencia de un derecho de propiedad en sí mismo correspondiente a cada condómino, y remitiendo al término *pars pro indiviso* (D. 50, 16, 25, 1) para explicar cómo se materializan cuantitativamente los diferentes derechos de propiedad concurrentes en la situación jurídica de condominio.

Una vez hechos estos planteamientos preliminares, que ayudan a situarnos en el tema objeto de estudio y en las principales dificultades a que da origen, comienza la segunda parte del libro: «Evolución histórica del régimen jurídico del condominio romano» (pp. 51-183), donde se acomete un estudio pormenorizado de las fuentes relativas a la institución a lo largo de todo su desarrollo histórico. Dentro de este *iter* evolutivo, la autora destaca tres etapas fundamentales respecto a la construcción jurídica de la comunidad de bienes. La primera, correspondiente a sus orígenes históricos (pp. 51-77) dentro del Derecho romano arcaico; la segunda, en torno al régimen jurídico

del condominio en época preclásica y clásica (pp. 77-162) y la tercera, situada en el Derecho posclásico y justiniano (162-183). En cada una de estas partes podemos ir apreciando las diferentes transformaciones que experimenta la *communio* en Roma. En su configuración más primitiva, destaca el sometimiento a un espíritu comunitario no sólo patrimonial, sino personal, dentro del propio ámbito familiar; característica que se observa, también, en otros pueblos de la Antigüedad, sustentados en el patrimonio inmobiliario (pp. 51-57). A esta idea responde el *consortium ercto non cito* creado entre los *fratres sui* a la muerte del *paterfamilias*, para proteger los intereses económicos de la familia. Aquí estamos ante una *potestas* indiferenciada sobre las cosas comunes, esto es, ante un concurso de propiedades, lejos de la idea de cuota que caracterizará al condominio clásico. Para llegar a estas conclusiones, la autora afronta con acierto el análisis de Gayo 3, 154 a) y b), donde el jurisconsulto expone las características fundamentales del *consortium ercto non cito* y del creado *ad exemplum* de éste, *inter alii*, antecedente de la *societas omnium bonorum* (pp. 58-70). Precisamente, ambas figuras de indivisión: la *societas* y la *communio*, confundidas en el Derecho antiguo bajo la estructura del *consortium*, vendrán a distanciarse en época preclásica y clásica. El condominio, en estos períodos históricos, tiene que adaptarse a las transformaciones socio-económicas que se vienen experimentando a lo largo de los siglos III y II a. C., como consecuencia del desarrollo del tráfico jurídico. La mayor libertad en la contratación y la flexibilidad, en general, en las relaciones jurídicas pondrán fin a la vieja idea de la solidaridad patrimonial. «Se pasa, pues, de una concepción de la comunidad basada en el ejercicio dominical *in solidum*, a una sustentada en el ejercicio *pro parte*, más acorde con el régimen de libertad y autonomía privada que caracteriza las nuevas relaciones jurídicas romanas» (pp. 85-86). En este sentido, cada condómino puede disponer libremente de su *pars* o cuota, funcionando como contrapeso el *ius prohibendi*, sobre todo en relación con los actos materiales que suponen alteración en la cosa común (pp. 130-140).

Uno de los aciertos del libro está, evidentemente, en la distinción que se hace entre los actos de disposición de naturaleza jurídica y los puramente materiales; y la observancia, en cada uno de ellos, de la actuación *pro parte* de cada condómino, conforme a su respectiva cuota, o la de todos, *in solidum*. Todo ello a través de un examen riguroso y pormenorizado de las fuentes jurídicas al respecto (pp. 98-140). Igualmente, en relación con los actos de disposición jurídica *pro parte* diferencia los que suponen una modificación de la titularidad del derecho del condómino actuante, como la enajenación (D. 21, 2, 64, 4; D. 10, 3, 7, 13; D. 19, 1, 13, 17; D. 4, 7, 12; D. 10, 2, 54 y C. 3, 37, 1) o la donación de la propia cuota (C. 8, 53, 6; C. 3, 29, 4; C. 8, 53, 12; C. 5, 12, 16), de los que no implican dicho cambio, como en el caso del usufructo (D. 7, 9, 10; D. 33, 2, 31), la pignoración (C. 8, 20, 1; D. 10, 3, 6, 8; D. 20, 6, 7, 4) o el arrendamiento (D. 19, 2, 35, 1; D. 4, 9, 6, 1; D. 10, 3, 6, 2) de la parte de propiedad correspondiente sobre la cosa común. Otorga, además, especial consideración a la *derelictio* de la cuota, dentro de las actuaciones de disposición jurídica de la misma, con el fin de explicar el fundamento del *ius adcrendi* (D. 41, 7, 3; *Ulpiani Regulae* 1,18; *Pauli Sententiae* 4, 12, 1; D. 45, 3, 1,4).

Por lo que respecta a los actos de disposición jurídica *in solidum*, se centra en dos básicos que requieren la actuación conjunta de todos los condóminos: la constitución de una servidumbre sobre el fundo común (D. 8, 1, 2; D. 8, 4, 18), así como la manumisión del esclavo común (*Ulpiani Regulae* 1, 18;

*Pauli Sententiae* 4, 12, 1; *Fragmentum Dositheanum* 10). Con respecto a este último subraya la contraposición con el Derecho arcaico, donde la manumisión del esclavo común realizada por uno solo de los comuneros era plenamente válida [Gayo 3,154 b)]. Por su parte, en relación con los actos de disposición material, de nuevo hace una útil distinción entre los que no suponen alteración de la cosa común, de los que sí la conllevan. En los primeros se refiere, fundamentalmente, al *usus* y al *fructus* de la cosa, para los que rige el criterio básico de la cuota (D. 7, 8, 19). La casuística respecto al *usus* se presenta muy variada (D. 8, 2, 13 pr.; D. 8, 2, 19 pr.; D. 1, 8, 6, 4; I. 2, 1, 9, etc.), quedando sentado el principio de la libre actuación del condómino siempre que se trate de un uso normal o moderado de la cosa (D. 13,6,5,15). En caso contrario, estamos en presencia de los actos que implican alteración de la cosa común. De ellos parte la autora para explicar todo el régimen del *ius prohibendi* (D. 10, 3, 28). Acaba el epígrafe del régimen jurídico del condominio preclásico y clásico con la exposición y análisis de las distintas acciones que disciplinan jurídicamente los conflictos a los que da lugar la gestión de los bienes comunes, distinguiendo igualmente las que se pueden ejercitar *pro parte*, de las oponibles *in solidum* (pp. 140-148). Mención especial merece, sin embargo, el estudio que afronta la autora de la *actio communi dividundo*. Después de dedicar unas páginas a la estructura de la fórmula e indicar su principal objetivo –que en estas épocas es, sin duda, la partición de la cosa común (pp. 148-153)–, observa con detalle los supuestos que dan origen a una *actio communi dividundo utilis* (D. 10, 2, 31; D. 10, 3, 14 pr.-1; D. 10, 3, 3 pr.-1; D. 10, 3, 7 pr.-2; D. 10, 7, 6; D. 10, 3, 7, 8-9; D. 10, 3, 7, 7; D. 43, 20, 4; D. 48, 18, 1, 8) y señala los rasgos más significativos que caracterizan la acción de división clásica, tales como su naturaleza de *iudicia duplicita*, de *jurgia* o la supeditación de la regulación de las *praestationes* a la finalidad fundamental de la división.

Por último, se aborda el estudio del régimen jurídico de la copropiedad en el Derecho postclásico-justiniano (pp. 162-183), basándose acertadamente en los cambios que se observan desde el punto de vista procesal, con el ejercicio *manente communione* de la acción de división dirigida a la regulación de las *praestationes*, sin necesidad de proceder a la división de la comunidad de bienes. Por otro lado, la importancia concedida al principio de la mayoría y al interés colectivo, lejos del individualismo propio del Derecho clásico, revelan la nueva concepción del condominio en la última época del Derecho romano, que desembocará irremediabilmente en la calificación de la figura jurídica como cuasicontrato. Se añaden unas precisas conclusiones, a modo de observaciones finales, una abundante bibliografía y un cuidado índice de fuentes con el que se cierra el libro.

Patricia ZAMBRANA MORAL

**SCHULZE, R. EBERS, M. GRIGOLEIT, H. C. (directores): *Informationspflichten und Vertragsschluss im Acquis communautaire*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2003, 314 pp.**

1. Este libro colectivo sobre *Deberes de información y conclusión del contrato en el acervo comunitario* resulta de gran interés en el contexto de la armonización del Derecho privado europeo tanto por su metodo-



logía como por sus resultados; además constituye el primer fruto del nuevo grupo de investigación –denominado «Grupo del *Acquis communautaire*», surgido en 2001–, a través del cual es posible ponderar la valía *ad futurum* de las propuestas de esta reciente red académica europea, que se suma, con algunos rasgos diferenciales, a las ya existentes («Comisión Lando», «Academia de Iusprivatistas Europeos», «Grupo de Trento», «Grupo de estudio sobre un Código civil europeo», «Grupo Europeo sobre Derecho de daños –Tilburg/Viena–», «Secola», «Comisión de Derecho europeo de familia», entre los más destacados). Todas estas iniciativas tratan de contribuir al proceso de armonización del Derecho privado en la Unión Europea a través de la puesta a disposición de instrumentos jurídicos con diferentes perfiles (principios o *restatelements*, cuerpos de reglas con vocación codificadora, volúmenes de Derecho comparado europeo, congresos internacionales en busca de una mayor transparencia sobre la información legal nacional). Precisamente, las últimas decisiones de la Comisión europea, con su «Comunicación» de 2001 y su «Plan de Acción» de marzo de 2003 sobre el Derecho contractual europeo, y del Parlamento europeo, con sus resoluciones de 1989, 1994 y noviembre de 2001, han alentado política, intelectual y económicamente la investigación en este ámbito.

El Grupo del *Acquis communautaire*, como explica el profesor Reiner Schulze en el capítulo que sirve de introducción a este volumen, se inserta en una de las tres «fuentes básicas» para la creación de un auténtico Derecho contractual europeo según el Plan de Acción de la Comisión europea de 2003 (que este recensor se ha permitido denominar en varias intervenciones orales como «Plan de Inacción»): la investigación en busca de principios comunes, el estudio de la jurisprudencia y las prácticas contractuales nacionales y la investigación basada en el Derecho comunitario en vigor. En esta tercera latitud se ubica el nuevo grupo, cuyo rasgo diferencial preponderante, respecto a los demás, estriba en centrar su campo de estudio en la legislación y la jurisprudencia comunitarias, con el objeto de alumbrar unos principios coherentes a partir del Derecho comunitario en vigor. Por tanto, no parte, como hacen otros equipos como, por ejemplo, la Comisión Lando para sus «Principios de Derecho Contractual Europeo» (PECL), de la comparación entre los diversos sistemas nacionales, sino del acervo comunitario existente. Lo cual no pone a esta nueva iniciativa metodológica frente a las demás en un sentido excluyente, sino que supone un complemento a las mismas; hasta la fecha, tanto los PECL como el «Anteproyecto de Código europeo de contratos» habían dejado al margen en sus proyectos las Directivas y Reglamentos aprobados, en busca de unos principios generales del Derecho de obligaciones. El Grupo del *Acquis* pone el foco de sus esfuerzos en el Derecho comunitario en línea con las propuestas (2 y 3) de la Comunicación de la Comisión europea de 2001 y con el punto de mira puesto en la elaboración del «Marco común de referencia» de que habla la Comisión en su «Plan de Acción» en el que se aglutinen una terminología y conceptos comunes en este ámbito contractual. Quedaría por determinar, en una visión prospectiva, la manera en que, por hipótesis, los «Principios del *Acquis*» y los «Principios del Derecho contractual europeo» (léase del Derecho de obligaciones, en su factura de autoridad actual, a salvo las inminentes propuestas del Grupo dirigido por el profesor von Bar sobre un posible «Código civil europeo») podrían engastarse armónicamente. Por el momento, leer las funciones que pretenden cubrirse con los PECL de la Comisión Lando, por ejemplo, y por

estos «Principios del *Acquis*» (según las enuncia el profesor H. Schulte-Nölke en la p. 93 de este libro) deja en el lector el poso de que las ambiciones (y áreas) son idénticas, aunque los materiales de estudio seleccionados sean dispares. Desde una perspectiva realista no puede sino preverse que ninguno de los instrumentos académicos en actual diseño constituirá el borrador definitivo para el «instrumento facultativo» (el «Plan de Acción» *dixit*) en que podría cobrar forma la idea lejana del «Código civil europeo» enunciada por el Parlamento europeo. Todas las iniciativas académicas, no obstante, tienen una gran valía en este proceso de unificación. Y entre ellas, la simbolizada por el libro objeto de estas líneas. Presentada su paternidad colectiva, programática y contextual es momento de dar cuenta de sus detalles y contenidos.

Este libro está formado por quince capítulos redactados por otros tantos especialistas de primera línea sobre la materia. Trae su origen de un Congreso coorganizado por el Grupo del *Acquis* y la «Academia de Derecho Europeo» (ERA) en la sede de esta, Trier, los días 24 y 25 de enero de 2003, bajo el título «Consumer protection and information requirements in European Community Law». De esta forma y en escaso tiempo, debido a la diligente gestión de los tres responsables/directores del volumen, cobra vida el primer resultado sectorial del grupo, si dejamos al margen la primera presentación pública de este en el marco de otro importante simposio celebrado también en la ERA de Trier el 27 y 28 de septiembre de 2001 y publicado como Schulze, R. Schulte-Nölke, H. Bernardeau, L., *European Contract Law in Community Law*, Bundesanzeiger, Köln, 2002. No debe dejar de repararse en la eficiente labor de la *Europäisches Rechtsacademie* de Trier ante cada novedad en el proceso armonizador, como demuestra también su organización de otros dos importantes congresos para examinar, respectivamente, la Comunicación de la Comisión (celebrado el 14 y 15 de marzo de 2002; publicado en «Era-Forum», 2, 2002) y su «Plan de Acción» sobre «Un Derecho europeo de contratos más coherente» (celebrado en mayo de 2003); o su organización de eventos en el mismo entendimiento en otras sedes, como el seminario celebrado en la Universidad de Santiago de Compostela los días 30 y 31 de enero de 2004 con el título «Consumer Goods Guarantees after the Directive of 25 May 1999».

Los responsables de esta edición son tres juristas alemanes conocidos por sus múltiples actividades en el ámbito del Derecho privado europeo. Así, el profesor doctor Reiner Schulze, de la Westfälische Wilhelms-Universität de Münster, es el director del «Centrum für europäisches Privatrecht» de dicha universidad, cofundador de la «Zeitschrift für europäisches Privatrecht (ZeuP)» y editor de numerosas obras colectivas sobre la materia (en nuestro país está traducido su volumen, coeditado con el profesor R. Zimmermann, *Textos básicos de Derecho privado europeo. Recopilación*, a cargo de la profesora Esther Arroyo i Amayuelas, Marcial Pons, Madrid, 2002). También muy activos en esta materia vienen mostrándose los otros dos directores de este libro, el doctor Martin Ebers, igualmente de la Westfälische Wilhelms-Universität de Münster y el doctor Hans Christoph Grigolait, de la Ludwig-Maximilians-Universität de Munich.

El volumen está dividido en una introducción y cuatro partes. La primera de estas versa sobre aspectos generales de la protección de los consumidores y cuenta con dos capítulos: uno sobre la jurisprudencia consumerista del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) y otro, según su título, sobre las perspectivas de desarrollo del Derecho comunitario en mate-

ria de Derecho del consumo. La segunda parte reúne, bajo el epígrafe de «formación del contrato», cuatro capítulos, donde se examinan las funciones del contrato, su conclusión, interpretación y requisitos formales en el Derecho comunitario. La tercera parte se nutre de cinco capítulos relativos a los requisitos o deberes de información precontractual; en esta sección tiene acomodo el examen sectorial de la información precontractual impuesta en algunas directivas concretas, como las relativas a los contratos celebrados a distancia y a los servicios financieros; asimismo, se estudia la relación de los deberes de información en el Derecho de contratos y en el Derecho de propiedad y se analizan tales requisitos y las patologías del error y el dolo en los PECL y en los Principios de Unidroit. Por último, la quinta parte culmina el libro con algunas de las conclusiones prácticas más interesantes a resultados del estudio en tres capítulos de las sanciones y acciones por incumplimiento de los deberes de información examinados a lo largo del volumen.

Cada capítulo puede leerse en el idioma original en que fue redactado: alemán (8 capítulos), inglés (5 capítulos) o francés (1 capítulo). El capítulo introductorio se presenta en alemán e inglés y todos cuentan con un breve resumen en inglés o en alemán. En este sentido, llama la atención el empuje europeísta de algunas editoriales foráneas que no se arredran ante una publicación plurilingüe, poco frecuente dentro de nuestras fronteras (como interesante excepción aquí, véase el libro Espiau Espiau, S. Vaquer Aloy, A. [dirs.], *Bases de un Derecho contractual europeo / Bases of a European Contract Law*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003).

II. El capítulo introductorio, titulado «Der *Acquis communautaire* und die Entwicklung des europäischen Vertragsrechts» –«El *Acquis communautaire* y el desarrollo del Derecho contractual europeo»– (que, por cierto, fue empleado por los doctores Schulze y Ebers como respuesta conjunta al «Plan de Acción» de la Comisión europea; respuestas disponibles en el servidor web de ésta) repasa la incidencia de dicho documento de la Comisión, las diversas facetas de la investigación en el ámbito de la armonización comunitaria (el Derecho comunitario en vigor, el Derecho uniforme internacional y la búsqueda de principios comunes partiendo de los Derecho nacionales), el programa y metodología del grupo del *Acquis* y realiza un breve resumen o presentación del libro. Para mayor información sobre la labor de este grupo, puede consultarse su página web en <http://www.acquis-group.org>, donde se repite asimismo su agenda mediante tres fases: recopilación del Derecho primario y secundario de la UE, la jurisprudencia y los diversos documentos jurídicos comunitarios; identificación de elementos comunes entre textos jurídicos y sectores para proponer un análisis sistemático; elaboración de unos principios del Derecho contractual comunitario susceptibles de generalización a partir de las fuentes existentes.

En el primer capítulo de la primera parte, sobre aspectos generales del Derecho del consumo, el doctor Dieter Kraus, letrado asistente en el TJCE, vierte sus reflexiones acerca de la jurisprudencia sobre protección de los consumidores en este tribunal, con el título *Zur verbraucherrechtlichen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs im Rahmen des Europäischen Privatrechts*. El autor reconoce que la contribución del TJCE al Derecho privado europeo es aún modesta. El capítulo comienza con un breve repaso de cada una de las sentencias recaídas en relación con cada directiva consumerista mencionada en la citada Comunicación de la Comisión europea de 2001 sobre Derecho contractual europeo. De esa revisión cabe colegir que la mayoría de las sentencias recaídas versan sobre la transposición tardía o

incorrecta de una Directiva y sobre la responsabilidad estatal por estos defectos, más que sobre problemas de interpretación sustantiva de los preceptos o ausencias de los textos comunitarios. Amparado en la dicotomía entre interpretación de las Directivas e interpretación de los Tratados y la dispar función del TJCE en uno y otro caso (sugiere la asimilación a un Tribunal Supremo en el primer caso y a un Tribunal Constitucional en otro) explica las razones por las que el Tribunal trata en pleno cuestiones de una Directiva consumerista ligada a un problema general de orden comunitario, mientras que trata en Sala con cinco magistrados cuestiones específicas de una Directiva (lo cual ejemplifica en diversos casos que detalla, como los asuntos *AFS* de 1999 y *Leitner* de 2002). A continuación, el Dr. Kraus disecciona dos tendencias en la interpretación jurisprudencial de este sector del Derecho comunitario: por una parte, la consideración del TJCE de que los conceptos usados por las Directivas deben interpretarse conforme a Derecho comunitario, no conforme a Derecho nacional, lo cual es importante para la coherencia, pero choca con lo limitado que es aún el Derecho comunitario; en este sentido, advierte el autor que las lagunas de una Directiva no pueden servir sin más como coartada para adoptar una u otra solución (y pone como ejemplo el asunto *Veelfald* de 2001, relativo a la definición de «daño» en la Directiva sobre productos defectuosos y la posibilidad de entender incluidos los «daños morales», no mencionados por la Directiva). Por otra parte, como segunda tendencia, el autor menciona la interpretación favorable al consumidor. Acto seguido examina con detalle dos aspectos concretos, como son el concepto de consumidor medio normalmente informado y el régimen lingüístico de los requisitos de información precontractual en favor del consumidor. Sobre esto último pone especial énfasis en que muchas directivas establecen deberes de información sin hacer referencia alguna al idioma en que deben constar; y anota la influencia de las Directivas de etiquetado de alimentos e información sobre emisiones de CO<sub>2</sub> y carburantes (1979, 1999 y 2000) en alguna directiva consumerista como la relativa a las garantías en las ventas de bienes de consumo de 1999 (art. 6.4). El capítulo concluye con el examen jurisprudencial de las libertades fundamentales en relación con el Derecho internacional privado.

El segundo capítulo de esta primera parte lleva por título *Perspectives de développement du droit communautaire en matière du droit de la consommation* y se presenta como obra del «Atelier de droit des Obligations-UMR de Droit comparé de Paris», bajo la dirección de Judith Rochfeld y Dimitri Houtcieff. Si bien el capítulo presenta aspectos de interés, el lector podrá concluir tras su lectura tanto el carácter engañoso del título como la relativa conexión con la metodología del Grupo del *Acquis*, pues, en efecto, lejos de hacer una prospectiva sobre el Derecho de consumo comunitario y sus eventuales desarrollos, los autores se limitan, en uno de los capítulos más extensos del libro, a comparar las convergencias y divergencias del Derecho francés con el Derecho comunitario en el ámbito del Derecho del consumo. Y para ello se centran, fundamentalmente, sólo en dos Directivas (Directiva 1999/44/CE, sobre venta y garantías de los bienes de consumo, y Directiva 1985/374/CEE, sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos). Los autores reconocen los cambios en diversos conceptos tradicionales del Derecho francés por efecto del Derecho comunitario y declaran que la mayoría de las divergencias aún existentes se deben a dificultades de incorporar conceptos extranjeros en el Derecho francés (a «la excepción francesa» aluden en diversas ocasiones), Derecho reluctantante a la modificación del *Code* (pp. 49 y 80). Para

demostrar estos asertos van repasando las divergencias entre Derecho comunitario y Derecho francés, en relación con el concepto de «contrato», de «consumidor» y de acciones para proteger a éste, donde ponen énfasis en destacar que el consumidor que recibe bienes defectuosos puede reclamar conforme a principios clásicos del Derecho francés como el error del artículo 1110 CC, el vicio oculto del artículo 1641 CC o la «entrega no conforme» del artículo 1602 CC, además de mediante los recursos implementados de la Directiva 1999/44/CE. Asimismo, examinan los ámbitos convergentes entre ambos sistemas jurídicos, concluyendo que el área más concordante es la relativa a derechos del consumidor, apuntando los pequeños matices diferenciales en relación con el plazo de desistimiento, las obligaciones de información del profesional (donde la transposición francesa ha sido más rápida y fiel) y las cláusulas abusivas.

III. La segunda parte del libro, sobre la formación y conclusión del contrato, se abre con una exposición del profesor Hans Schulte-Nölke (catedrático de la Universidad de Bielefeld) titulada *Functions of Contracts in EC Private Law*, sobre la que el autor comienza diciendo que «el título de este artículo probablemente promete más de lo que puede realísticamente cumplir» (p. 85). La honradez y modestia del autor no oculta, por tanto, que bajo tal título buena parte de su contribución se refiere a glosar los resultados del Grupo del *Acquis* y a argumentar acerca de la forma y funciones que podrían cumplir los «Principios del existente Derecho contractual comunitario» que defiende. Pero, además, sus páginas, tras defender la investigación sistemática sobre el Derecho privado comunitario —cuyas principales directivas repasa en lo atinente al contrato—, encierran algunas conclusiones de gran enjundia, entre las que destacaré tres: en primer lugar, el autor señala que si bien el Derecho contractual comunitario es similar en valores a los modernos Derechos contractuales nacionales, está teñido de tres singularidades respecto a éstos: los fines de integración del mercado (prácticamente diluidos en los Derechos nacionales con mercados en los que ya hay mucha integración), el carácter intervencionista (con falta de elementos neutrales y liberales) y la incoherencia debida a la parcialidad normativa y a las diversas políticas confluentes. En segundo lugar, en su labor de definir los fines del Derecho contractual comunitario sobre el patrón de los Derechos contractuales nacionales, subraya que la frontera entre el Derecho privado y el Derecho público difiere mucho entre los Estados miembros; y en muchos sistemas continentales las normas de los contratos, asevera, son inaplicables si la relación se gobierna por Derecho público. De ahí que urge al Derecho comunitario preservar sus fines proteccionistas en relación con los consumidores prohibiendo a los Estados que eludan el Derecho contractual comunitario acudiendo al Derecho público [v. gr., la salvaguardia contenida en el art. 2.c) de la Directiva sobre cláusulas abusivas]. En tercer lugar, el profesor Schulte-Nölke alerta con varios ejemplos y reflexiones sobre la necesidad de insertar reglas sobre el idioma en que facilitar los deberes de información precontractual, ante las escasas directivas que, hasta la fecha, lo hacen. Este punto crítico del idioma de la información recorre distintas contribuciones de este libro.

A continuación el profesor doctor Thomas Pfeiffer, de la Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, aborda el tema central en la obra: la formación del contrato en el Derecho comunitario (*Der Vertragsschluss im Gemeinschaftsrecht*). Una de las principales conclusiones del autor consiste en que las reglas fragmentarias sobre esta materia en el Derecho comunitario parten de principios oriundos de los Derechos nacionales. Pfeiffer destaca que el vínculo contractual, fruto del consenso de las partes, puede verse práctica-

mente como principio universal o cuasi de Derecho natural, al amparo de la libertad contractual. Se abordan las preguntas centrales sobre la formación del contrato a partir de la diferencia clásica entre la libertad de celebración del contrato y la libertad sobre su contenido; la incidencia del Derecho imperativo de consumo en esa libertad y del derecho contra la discriminación, según el autor, debe tener una clara justificación para no perjudicar el axioma fundamental de la competencia. El autor realiza un sugerente paralelismo entre la doctrina de los vicios de la voluntad –ausente de las Directivas comunitarias– y el derecho de desistimiento consagrado en varios textos comunitarios, examinando el fundamento de este derecho y la posibilidad de distinguir entre perjuicios relevantes e irrelevantes como ocurre en el ámbito de los vicios de la voluntad. Finalmente, en el capítulo se da cuenta de una serie de problemas no resueltos claramente por las directivas en vigor sobre el momento de conclusión del contrato (en torno a la teoría de la recepción o la emisión, la vinculación de las promesas, la eficacia de la declaración unilateral, la desviación de la aceptación respecto de la oferta, el valor de los usos mercantiles o la inclusión de las condiciones generales), así como sobre la información de los requisitos esenciales del negocio y la determinabilidad de dicha información.

Con un valioso y trabajado trasfondo comparatista, fundamentalmente centrado en el Derecho inglés y el francés, la profesora doctora Silvia Ferrari (Universidad de Turín) examina en *The interpretation of contracts from a European Perspective* la legislación y jurisprudencia comunitarias relativas a la interpretación contractual. La autora destaca que, pese a la escasa incidencia que las directivas hacen de los aspectos hermenéuticos del contrato, resulta curioso y paradójico que la regla más combatida (el «último recurso») y menos fiable en la historia de los cánones de interpretación –la interpretación *contra proferentem*– es la más claramente afirmada por el Derecho comunitario. El estudio del fundamento y raíces de dicha regla, en la que el *Civil Law* y el *Common Law* ya habían convergido antes de la Directiva de 1993 sobre cláusulas abusivas, especialmente en el entorno del Derecho de seguros, explica la elección de esta regla en las relaciones entre profesionales y consumidores. La profesora FERRARI incluso sugiere (p. 127) que resultaría razonable que los jueces aplicasen la regla consagrada en la Directiva 1993/13/CEE a la Directiva 1999/44/CE sobre garantías en la venta de consumo. A continuación, la autora realiza una *summa divisio* entre principios de interpretación contractual deducibles de la jurisprudencia del TJCE y principios generales para controlar (más que para interpretar) los efectos del contrato. Entre los primeros, con cita de la pertinente jurisprudencia y de los alegatos de los abogados generales, examina la interpretación sistemática, el principio de conservación del contrato, la interpretación finalista y la interpretación restrictiva de las excepciones (estas dos últimas, muy empleadas por el TJCE). Dentro de los principios de «control» del contrato examina los paradigmas de la «razonabilidad» (que equipara al principio de «proporcionalidad» aplicado a relaciones de Derecho público y de interpretación legislativa), «no contradicción» (actos propios), enriquecimiento injusto y buena fe.

Esta segunda parte del libro sobre la formación del contrato se cierra con el capítulo sobre *Formgebote für Rechtsgeschäfte und die Folgen ihrer Verletzung* del profesor doctor Peter Bydlinski, de la Universidad de Graz. En su indagación sobre los requisitos formales de los negocios jurídicos y las consecuencias de su infracción, el autor expone primero los tipos de exigencias formales, distinguiendo entre las propias de los contratos, de algunos actos

jurídicos (oferta, renuncia) o de declaraciones de voluntad. Enuncia como requisitos formales, sobre los que plantea interesantes cuestiones a la luz de diversas directivas, la escritura, la firma, la declaración electrónica, la autenticación notarial o judicial, los testigos o los idiomas preceptivos. Partiendo de la tópica división entre requisitos formales y deberes de información ligados a una forma específica, llega a una serie de conclusiones a partir del acervo comunitario, aportando ejemplos del Derecho austríaco y alemán sobre las disparidades en la transposición de una misma directiva. Así, como primera conclusión, anota la imposibilidad de desarrollar un sistema de requisitos formales coherentes a partir de los dispersos y heterogéneos requisitos comunitarios hoy existentes. Además, el profesor Bydlinski denuncia (como también hacen los autores de los capítulos finales de este libro) la escasa preocupación del legislador comunitario por delimitar las consecuencias legales de la infracción de los requisitos formales en los contratos. Por ello, este jurista requiere al legislador que explicité esas sanciones en el futuro y, además, cuando menos, que clarifique si la violación de tales requisitos comporta la nulidad del contrato. En otra de sus conclusiones aboga por establecer que sólo la parte del contrato que pretende protegerse legislativamente por las reglas de forma contractual tenga el derecho a resolver el contrato por un defecto formal.

IV. La tercera sección del volumen objeto de este comentario, relativa a los «Deberes o requisitos de información», viene a constituir la «Parte especial» del mismo, en la que se examinan tales requisitos en algunas Directivas concretas, particularmente en los dos primeros capítulos. Así, el doctor Paulo Mota Pinto, magistrado del Tribunal Constitucional portugués y profesor de la Universidad de Coimbra, analiza en detalle los fundamentos de los deberes de información en las directivas sobre contratación a distancia, en concreto, en la Directiva 1997/7/CE, *ad hoc*, y en la Directiva 2000/31/CE, sobre comercio electrónico. En este capítulo, titulado *Grundsätze von Informationspflichten im Fernabsatz nach geltendem EU-Vertragsrecht*, se constata cómo los Derechos nacionales han sido intensamente influidos por el Derecho comunitario en este ámbito y no a la inversa. El profesor Mota Pinto cifra el fundamento de la protección del consumidor a distancia en que este no tiene la posibilidad de examinar el objeto antes de la conclusión del contrato, ni de conocer sus rasgos ni prestaciones en detalle, por lo que se producen asimetrías de información con sus consiguientes riesgos. A continuación se pregunta si las reglas de las dos Directivas citadas en relación con los deberes de información son generalizables, para responder negativamente. Tras el análisis de la cláusula general del deber de información y sus concretas plasmas legales, trata de extraer cuatro principios a partir de los materiales existentes. Esos principios, que adorna con algunos ejemplos, serían: esencialidad, inteligibilidad (donde de nuevo se vuelve a poner énfasis en la cuestión del idioma y la falta de pronunciamiento de estas dos directivas), accesibilidad y oportunidad de la información. El capítulo concluye con un examen de las sanciones por incumplimiento de los requisitos de información en la contratación a distancia en las Directivas; el autor se muestra crítico con la remisión a los Derechos nacionales acerca de la adopción de los medios adecuados para atajar esa falta.

La contribución de uno de los directores del volumen, el doctor Martin Ebers, constituye un estudio minucioso de las múltiples directivas referentes a los servicios financieros, promulgadas a lo largo de veinte años, con la vista puesta en la sistematización de los deberes de información y asesoramiento

en ellas contemplados (*Informations- und Beratungspflichten bei Finanzdienstleistungen: Allgemeine und besondere Rechtsgrundsätze*). El autor, partiendo del rasgo diferencial de la «transparencia» impuesta por el Derecho comunitario para los requisitos de información de este sector, concluye que este se encuentra dotado de un notorio grado de abstracción y complejidad informativa, por contraste con otros contratos de traslación de bienes como la compraventa. En estas páginas, la médula del discurso se cimenta en la división entre «información» y «asesoramiento» en los contratos de servicios financieros: la primera se refiere a la pura comunicación de datos o pronósticos, que son valorados por el cliente potencial; el consejo y los deberes de asesoramiento van más allá al comportar una valoración cualificada y su correspondiente recomendación de acuerdo con la situación vital y los intereses del cliente. Sobre estas pautas, en el capítulo se analizan los fundamentos de los deberes de información en el sector financiero, su contenido y el momento en que debe producirse el flujo informativo, principalmente en la Directiva y el Reglamento sobre pagos transfronterizos (Directiva 97/5 y Reglamento 2560/2001), en las Directivas sobre fondos y servicios de inversión (Directivas 85/611, 93/22 y 85/611), en la Tercera Directiva sobre seguro distinto del de vida (Directiva 92/49) y en la Directiva sobre la mediación en los seguros (Directiva 2002/92). Y, por otro lado, se analizan los deberes de asesoramiento poniendo especial atención a la normativa comunitaria sobre intermediarios financieros (sobre todo, las citadas Directivas 93/22 y 2002/92, así como la propuesta de nueva Directiva sobre crédito al consumo). En la dicotomía entre reducir la información por medio de su estandarización o transformarla a través de intermediarios financieros, el doctor EBERS aboga por lo segundo, reconociendo el importante papel de estos sujetos en el emergente sistema comunitario. Particularmente crítico se muestra el autor con la incoherencia existente entre los deberes generales de información y los derivados del uso de las técnicas a distancia que, por efecto de la Directiva 2002/65 sobre servicios financieros a distancia, lastran a estas empresas frente a las que se sirven del comercio tradicional.

A continuación, en un breve pero enjundioso capítulo, el profesor doctor Sjeff van Erp (Universidad de Maastricht) efectúa un insistente llamamiento a tener en cuenta en el Derecho contractual las enseñanzas del Derecho de propiedad y derechos reales en el clásico problema de la información y publicidad que afecta no sólo a las partes, sino también a los terceros no contratantes. En su aportación, titulada *Information in contract and property Law: some cross-border remarks (A brief contribution to the discussion)*, se subraya la importancia de la seguridad jurídica, que se consigue a través del principio de publicidad en el ámbito de los derechos reales, bien a través de la posesión, para los bienes muebles, bien a través de la inscripción registral, respecto a los inmuebles. Sostiene que este patrón informativo al público en general, a los terceros, también es extensible hasta cierto punto al ámbito contractual donde los afectados no son sólo las partes. Para ilustrar la diferencia entre información al público e información a las partes cita van Erp, dentro del Derecho comunitario vigente, el Reglamento sobre procesos de insolvencia de 2000, en el que los acreedores deben ser informados individualmente, aunque existan anuncios públicos de los procesos de quiebra. Por último examina el problema de la propiedad sobre la información y las funciones del principio de publicidad, que extracta, a partir de un documento de la «Scottish Law Commission» de 2002, preconizando su aplicación al ámbi-



to contractual: publicidad, eficiencia, suficiencia, veracidad, simplicidad y uniformidad

El tercer director de la publicación de este libro, el doctor Grigolait, aborda en su amplio *Irrtum, Täuschung und Informationspflichten in den European Principles und in den Unidroit-Principles* el examen de los vicios del consentimiento en los PECL y en los Principios de Unidroit (PU), pues en tal ámbito se explicitan las obligaciones de información en la fase precontractual dentro de tales textos. Aparte de sugerir un principio general que supere la dicotomía tradicional entre error y dolo, el autor subraya que mientras suministrar información falsa siempre supone incumplimiento de los deberes precontractuales, las partes sólo están obligadas a dar información en ciertas circunstancias que, a su entender, tanto los PECL, como sobre todo los PU, deberían clarificarse más. Los requisitos de los deberes precontractuales de información casi siempre reúnen los requisitos del error esencial: obligación establecida sólo respecto a circunstancias fundamentales y nulidad como resultado del incumplimiento sólo si el error fue causa de la conclusión del contrato. Respecto a los errores sobre el contenido del contrato o errores en la declaración el autor no es partidario de calificarlos ni a través de los deberes de información ni mediante la acción de nulidad, pues considera la situación suficientemente protegida a través de las reglas de la interpretación. Otra de las aportaciones de Grigolait es defender la ampliación del mecanismo de la adaptación judicial del contrato, que tanto los PECL como los PU reconocen aparte de la nulidad y la indemnización, ante todo tipo de errores esenciales. Además, el autor encomia los PECL, que, por contraste con los PU, consagran dos puntos de referencia para evaluar los daños ocasionados por error en la voluntad, en función de si se ha producido o no la nulidad del contrato. Finalmente, el jurista alemán enuncia otras conclusiones como la ausencia de incumplimiento de los deberes de información cuando ambas partes son responsables conjuntas del error, la prevalencia de la responsabilidad por ruptura de la promesa contractual frente a las reglas de los requisitos de información y, por último, contra PECL y PU, defiende que las cláusulas de exclusión de responsabilidad de estos deberes no deberían ser válidas en ningún caso, y no sólo en relación con el dolo.

También el profesor doctor Matthias E. Storme (Universidad Católica de Lovaina y Universidad de Antwerpen) se centra en los PECL de la Comisión Lando para analizar los deberes de información y las acciones por su incumplimiento en *Information requirements and remedies in the Principles of European Contract Law*. El jurista belga explica que tales deberes apenas asoman en los PECL, tanto porque éstos sólo versan sobre el Derecho de obligaciones (en tanto que los específicos contratos son abordados por los Derechos nacionales y por las directivas), como porque se orientan primordialmente a los remedios y acciones. El autor realiza una tipología de tales remedios que después aplica a lo largo del capítulo a la división entre información incorrecta e información ausente o tardía. La primera acción posible es la indemnización de daños y perjuicios por infracción de una auténtica obligación de información. La segunda acción es la relativa a la ejecución específica en caso de incumplimiento de un derecho concreto a obtener información (v. gr., en la Directiva de agentes comerciales, o en la Directiva sobre garantías en las ventas de consumo, donde se consagra el derecho a recibir la garantía por escrito). Los otros dos remedios tienen que ver con el cumplimiento de auténticas «cargas», más que de obligaciones: una parte perderá algunos derechos que hubiera tenido si hubiese cumplido los requisitos de

información y, como reverso, también, una parte está vinculada por la información que suministró, aunque podría haber evitado ese vínculo si hubiese cumplido con los requisitos de información. El resto del capítulo examina tales remedios en los PECL, tomando en consideración tanto la responsabilidad contractual como la precontractual y la distinción entre declaraciones de voluntad y declaraciones de hechos.

V. La cuarta y última parte del libro, relativa a las sanciones y acciones en caso de incumplimiento de los deberes de información se abre con uno de los ensayos más sugerentes, a cargo del profesor doctor Thomas Wilhelmsson (Universidad de Helsinki) sobre los *Private Law remedies against the breach of information requirements of EC Law*. El capítulo comienza con la pregunta acerca de si existe un deber precontractual de informar en Derecho comunitario. Tras un sucinto repaso de los múltiples requisitos informativos en las directivas, el autor apunta que el valor de tales exigencias deviene muy relativo debido a la muy escasa regulación de las consecuencias contractuales de su infracción. Estos deberes de información son importantes en la mayoría de los sistemas continentales y nórdicos, por contraste con el Derecho inglés, que permite el error por silencio durante la negociación. En el Derecho comunitario la regulación de los remedios frente al incumplimiento de estos deberes suele asignarse a los legisladores nacionales. Cierto es que bastantes directivas otorgan remedios colectivos y que algunas promueven sanciones de Derecho público administrativo; pero lo que el autor trata de desentrañar es hasta qué punto el *acquis communautaire* cuenta con acciones *iusprivatistas* tradicionales ejercitables en litigios individuales. Para resolverlo, examina primero los remedios diseminados en el Derecho privado comunitario para enunciar un posible principio global y después evalúa si las Directivas de garantías en ventas de consumo y de cláusulas abusivas aportan nuevas posibilidades generalizables, poniendo como base de las acciones, respectivamente, las legítimas expectativas y el equilibrio contractual. En su examen primero del Derecho comunitario sistematiza la información requerida en las Directivas (relativa a información sobre las partes, sobre el cumplimiento, el precio, las cláusulas contractuales y la información legal) y concluye que ninguna Directiva contempla el remedio directo de la nulidad, pero sí remedios cercanos en torno al usual derecho de desistimiento. De ahí el profesor Wilhelmsson extrae un principio general: «un incumplimiento serio de los requisitos de información justifica el prolongamiento del período de desistimiento en los casos en que legalmente se prescribe tanto un período de desistimiento como un requisito de información». Y, de forma constructiva, va más allá al defender como principio un tal derecho de desistimiento por incumplimiento grave de los deberes de información precontractual incluso cuando no haya prescrito un período de desistimiento que prolongar (posibilidad de que la parte que no cumplió su deber de información precontractual afronte una reclamación exitosa de ineficacia contractual). Conclusión que adorna con varios ejemplos y fundamentos. Más aún, sugiere atrevidamente que cabe defender en el actual Derecho contractual comunitario, pese a los pocos indicios existentes, un auténtico principio del deber de información (*duty of disclosure*; pp. 253-255). En su examen final de las citadas Directivas de 1993 y 1999 en apoyo de argumentos para estas conclusiones, aún propone extender el requisito indirecto de información que contiene la Directiva de garantías en ventas de consumo a contratos distintos del de venta, por analogía.

El profesor doctor Hans-Peter Schwintonski, de la Universidad Humboldt de Berlín realiza un ejercicio de construcción crítica y documentada, con abundante cita de jurisprudencia comunitaria, acerca de la existencia de un sistema *implícito* de sanciones por infracción de los deberes de información precontractual en su capítulo titulado *Informationspflichten und effet utile. Auf der Suche nach einem effektiven und effizienten europäischen Sanktionensystem*. El autor sugiere que el «efecto útil» de las Directivas debe ser eficientemente implementado por los sistemas jurídicos nacionales, ligados por las sanciones inherentes a los objetivos de cada directiva, que merman así la discreción, a su juicio hasta la fecha mal entendida, de los Estados miembros en la transposición de tales remedios y sanciones. Para acreditar esta conclusión, Schwintonski toma por base la Directiva 85/577 sobre venta fuera de establecimientos comerciales, cuya transposición diferente en diversos estados (examina los Derechos alemán, austriaco, italiano, francés y británico) ha conducido a muy diversas consecuencias del ejercicio del derecho de revocación.

Por último, el profesor doctor Ulrich Magnus (Universidad de Hamburgo) retorna en el capítulo de cierre del volumen, titulado *Rechtsfolgen im Acquis communautaire*, a las ideas críticas vertidas por el profesor Wilhelmsson acerca del absurdo de prescribir requisitos de información que no están respaldados por ninguna sanción, como ocurre con el desarrollo fragmentario del Derecho contractual comunitario. Tras repasar de forma sistemática las acciones existentes (y no existentes) en el acervo comunitario tanto en relación con la responsabilidad contractual como con la extracontractual y centrarse a continuación en las consecuencias del incumplimiento de los deberes de información en doce Directivas (incluida la de datos personales, poco examinada a lo largo del libro), ofrece una serie de corolarios sintéticos, entre los que cabe destacar los siguientes: cuando la información suministrada es incorrecta y el destinatario confió en ella, el suministrador es responsable por los daños causados; si el obligado a dar información no lo hace, la otra parte tiene derecho a desligarse del contrato hasta que la información sea suministrada; una acción de cumplimiento específico para reclamar la información omitida carece de relevancia práctica, según este autor, pues no mejorará ya la formación de la voluntad de un contrato concluido.

VI. A modo de conclusión cabe volver a subrayar el interés de este libro, tanto por los resultados obtenidos en cada una de sus secciones como, particularmente, por el método empleado, en pos de una auténtica ciencia jurídica europea que trabaje sobre las normas comunitarias de Derecho privado en vigor. Si bien la línea metodológica del libro es plenamente coherente con los principios del grupo del *Acquis communautaire* que lo alumbró, acaso alguien pudiera tildar de incongruo el planteamiento de algunos capítulos centrados en los «Principios de Derecho contractual europeo» de la Comisión Lando o los Principios de Unidroit, en lugar de en las normas comunitarias y su jurisprudencia, como acontece en el resto del volumen. Sin embargo, esta aporía, a mi juicio, puede salvarse con provecho si se parte de la idea, referida al inicio de esta glosa, de que esta nueva iniciativa académica habrá de complementarse con otras de sesgo metodológico diverso en curso para obtener una más depurada armonización del Derecho contractual europeo; la interrelación entre el acervo comunitario y unos principios comunes de Derecho de obligaciones resulta tan inextricable como la ligazón entre el Derecho del consumo y el Derecho patrimonial en cualquier propuesta de texto *iusprivatista* supranacional.

En cualquier caso, este volumen cuenta en su haber con una doble oportunidad: la de revisar el Derecho comunitario de acuerdo con los designios favorecidos por la Comisión en sus documentos de 2001 y 2003, y la oportunidad –síntoma de madurez, cabría añadir– de realizar un examen detallado y transversal de un punto concreto del Derecho de obligaciones, la formación del contrato, dejando atrás ya el debate en torno a la codificación del Derecho privado europeo; de un país como Alemania, donde tal controversia cuenta ya con largos años de fermento, parte esta nueva propuesta investigadora, hacia cuyos senderos (o similares y aún con más desnivel, con acopio de líneas metodológicas complementarias) debería reconducirse ya probablemente el recorrido de nuestros esfuerzos investigadores.

Sergio CÁMARA LAPUENTE  
Profesor Titular de Derecho civil  
Universidad de La Rioja

**TORRES PEREA, José Manuel de:** *Alcance de la personalidad jurídica de la sociedad civil externa*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, 172 pp.

El título del trabajo del profesor De Torres Perea, *Alcance de la personalidad jurídica de la sociedad civil externa* refleja bien el objetivo del autor: analizar los problemas –y aportar las correspondientes propuestas– que suscita uno de los aspectos fundamentales de la sociedad civil: el de su personificación. Ahora bien, me permito decir desde el principio que tal título queda corto, porque esta obra, en la que el lector encontrará condensadas muchas cuestiones jurídicas de gran calado, termina siendo una reivindicación del importante papel que la centenaria figura de la sociedad civil puede desempeñar en el panorama jurídico del siglo XXI. Eso sí: siempre que, tal y como propone el profesor De Torres, el dinamismo y apertura de planteamientos que debe presidir la labor del legislador no incorsete las posibilidades de esta figura, vinculándola a formalidades y rigorismos hoy innecesarios, como el que supondría una hipotética vinculación de la atribución de la personalidad a la inscripción registral, o a la adopción de determinadas formas.

Si el estudio del profesor Torres se centra en el alcance de la personalidad jurídica de la sociedad externa, es lógico y desde luego útil, que el primer capítulo del libro aborde conceptos generales sobre la persona jurídica que sirven de pórtico para posteriores análisis. Así, se hace un recorrido por las distintas teorías acerca de la naturaleza de la persona jurídica, sintetizando en dos bloques los actuales planteamientos doctrinales. El primero incluiría las posturas de los autores que consideran que detrás de la persona jurídica hay un «algo» previo que el ordenamiento se limita a regular, posición en la que se alinean tanto los que adoptan la postura de la ficción como su antagónica teoría orgánica. El segundo, en línea más nominalista, entiende que la personalidad es un concepto puramente instrumental, que sirve, fundamentalmente, para designar masas patrimoniales a las que imputar relaciones jurídicas de crédito y deuda. En línea claramente desmitificadora, opta el autor por esta última concepción, propugnada por Ascarelli, por cuanto que a la vista del ordenamiento jurídico español, no siempre se exige ni la inscripción, ni la separación de patrimonios, ni la no afectación por el cambio de socios, y

sobre todo, porque la atribución de personalidad jurídica, no siempre responde a una realidad natural o jurídica anterior.

Especialmente interesante resulta –y eso explica además el título del estudio– el abandono que el autor realiza de la clásica dicotomía persona jurídica perfecta/limperfecta para acoger, al menos en lo referente a la sociedad, la distinción sociedad externa/interna, la primera con personalidad jurídica y la segunda, carente de ella. La sociedad externa sería la que nace con vocación personificada reflejada en la voluntad negocial al estructurar la sociedad, y por eso está ideada contractualmente para tener relaciones externas. La interna se daría cuando se articulara negocialmente la sociedad, limitándola a reglamentar las relaciones entre los socios con renuncia a participar en el tráfico de forma unificada, y ello, tanto cuando se haga explícitamente, mediante una cláusula de ocultación, como cuando se haga de forma implícita. Tal postura supone por una parte, la atribución de personalidad jurídica sin necesidad de registro, y sin depender –como venía sosteniendo la doctrina tradicional– de la publicidad de hecho. Es claro que el centro de gravedad se sitúa entonces en un momento previo: la configuración negocial.

El capítulo segundo se dedica al estudio de la figura de la sociedad civil en nuestro concreto ordenamiento jurídico. El autor entiende que es mejor indagar primeramente cuál es el sistema societario existente, para luego optar por la teoría jurídica que mejor se adapte al mismo y mejor lo explique, y no a la inversa, como hace parte de la doctrina. Así, y partiendo de unas claras pautas, se analiza el artículo 1669 CC y la cuestión de cuándo nos hallamos ante una sociedad externa o interna. Opta el autor por criterios de tipo estructural y en consecuencia, la sociedad sólo será externa y por tanto, con personalidad jurídica, cuando esté estructurada como una organización –y así se proyecte en el momento del contrato– con la finalidad de operar en el tráfico jurídico. Criterio útil para distinguir la sociedad civil de la comunidad de bienes, como muestra el autor.

Entre los problemas jurídicos concretos que aborda el autor en el capítulo tercero destaca el de la aplicación del Código civil a las sociedades irregulares. A este respecto, comienza planteándose el concepto mismo de irregularidad aplicado a la sociedad, para desechar su aplicación a la sociedad civil, sobre los postulados de que la sociedad civil «ni requiere inscripción, ni su inscripción está prevista por el legislador para que tenga una naturaleza exclusivamente personificada». En línea coherente con su discurso anterior, el autor acude al concepto de sociedad civil interna. A continuación y en el marco de este mismo primer problema, trata de cuestiones que necesariamente completan el tema, como la conversión de la sociedad irregular y la correspondiente adquisición de personalidad jurídica, la posible aplicación de la normativa de la sociedad civil o en su caso, de la comunidad de bienes, a la sociedad mercantil no inscrita. Analizando las posturas que la doctrina ha ido adoptando sobre estas cuestiones, y según el esquema sociedad interna/externa en el que se mueve, el profesor De Torres concluye que en el primer caso podría aplicarse a la misma la normativa propia de la comunidad de bienes en referencia exclusiva a sus relaciones internas de contenido patrimonial. En el segundo caso (sociedad externa) procederá aplicar respectivamente las normas de la sociedad colectiva o civil (según el carácter de su objeto social) a las relaciones externas, incluso aunque, por los motivos que fueren, se calificara como comunidad de bienes.

Puesto que la trascendencia práctica de la personificación jurídica se manifiesta fundamentalmente en la separación de patrimonios responsables

por deudas, entiendo que unos de los capítulos (o subcapítulos, en este caso) del libro que más interés despiertan, son los dedicados respectivamente al patrimonio social frente a los acreedores del socio (3.2) y el patrimonio del socio frente a los acreedores de la sociedad (3.4).

Respecto a lo primero, se analiza la posibilidad de embargo de cuotas de bienes concretos por el acreedor particular del socio, que tiene consecuencias distintas según se considere sociedad externa y se aplique el régimen de embargo, remate y disolución de los artículos 1669 y 1670 CC, o interna, en cuyo caso, se acudiría al régimen que al efecto se marca para la comunidad de bienes en el artículo 399 CC, que ciertamente protege mejor los intereses del tercero, el cual, por definición desconocerá los pactos sociales internos. La solución ofrecida por el autor se da a la luz de criterios estructurales en cuya virtud la remisión al citado artículo 399 CC sólo se produciría cuando la sociedad civil no tenga estructura personalista, o si, aun teniéndola, la misma no es oponible a tercero.

En el capítulo 3.4 se analiza la otra cara de la moneda, a saber, el patrimonio del socio frente a los acreedores de la sociedad, tomando como prisma el artículo 1689 CC. En el marco de la desmitificación de la personalidad jurídica, el autor muestra cómo la nota de separación de patrimonios no es en absoluto determinante de tal personificación, pues se impone la evidencia de la comunicación de responsabilidades entre patrimonios teóricamente separados: así sucede con la sociedad civil, para la que se prevé la responsabilidad subsidiaria pero ilimitada de los socios por deudas de la sociedad. Ahora bien, ¿caben pactos limitadores de la responsabilidad de cara a terceros? El profesor De Torres se plantea cuestiones muy sugerentes, distinguiendo el supuesto de que tal limitación se establezca mediante un pacto con y para el tercero concreto con el que se contrata, y el supuesto de que tal limitación pretenda introducirse *in genere* en el pacto social. Buen conocedor de la doctrina alemana al respecto, el autor desecha esta última posibilidad para el Derecho español.

Especialmente interesante resulta el estudio de la cuestión de la oponibilidad de la personificación, a través del análisis de la RDGRN de 14 de febrero de 2001, que da pie al autor para diferenciar, acertadamente, el plano de la oponibilidad y el de la personalidad. Puede faltar la primera, sin por ello faltar la segunda. O dicho de otra forma, la inoponibilidad no determina la inexistencia de la personalidad jurídica de la sociedad, sino que permite actuar al tercero como si dicha personalidad no existiera. Afina más el profesor De Torres y establece a continuación un doble plano de diferenciación entre oponibilidad y utilizabilidad de la existencia de la sociedad externa, en tanto sujeto de Derecho, y oponibilidad y utilizabilidad de los pactos sociales de la propia sociedad civil organizada, estableciendo interesantes conexiones entre estos conceptos, de indudable trascendencia práctica.

Igualmente interesantes resultan las cuestiones relativas a los problemas de representación de la sociedad, a las que se refiere en el punto 3.5, así como los supuestos de subjetivación mínima, aceptados desde la antedicha resolución de la DGRN, y de especial actualidad tras recientes reformas del Reglamento hipotecario, y sobre todo tras la LEC 2000. A este respecto, realiza el autor una ilustrativa digresión sobre los hoy anulados párrafos 2.º, 3.º, 4.º y 5.º del artículo 11 del Reglamento hipotecario, que se referían a supuestos especiales de entidades sin personalidad jurídica, que, no obstante, podían inscribir bienes a su favor en el Registro de la Propiedad. Nuevamente el profesor De Torres extrae conclusiones coherentes con sus postulados de

graduación de la personificación, y entiende que la sentencia del Tribunal Supremo que anuló dichos párrafos cae en el error de intentar adaptar la realidad a la teoría y no la teoría a la realidad. En la misma línea la LEC 2000, recoge supuestos de legitimación procesal que no son, en su opinión, sino casos de incipiente subjetivación. La misma calificación se plantea para la sociedad de gananciales: aquí se habla de indicios de personificación y de auténtica representación orgánica.

El capítulo quinto, bastante más breve que los anteriores, se dedica a un punto que ha ido apareciendo en páginas anteriores: el objeto de la sociedad civil. En este apartado se expone el *status quaestionis* sobre el objeto civil o mercantil de la sociedad. El engarce de este intrincado problema con las cuestiones anteriores se halla en una línea jurisprudencial —que el profesor De Torres analiza— que califica como civil sociedades que realizan actividades mercantiles, cuando aquéllas pueden ser calificadas como sociedades civiles internas. Esta posición es objeto de crítica y a partir de ahí, se pasa a un orden superior de cuestiones cual es el de propugnar la unificación del régimen civil y mercantil en esta materia y de momento, la propuesta de la sociedad civil como cauce más adecuado, en casos dudosos, especialmente cuando se trata de agrupaciones de pequeño y mediano volumen, por razones de costes, sencillez y fluidez en el tráfico.

El quinto y último capítulo se dedica a la inscripción registral de la sociedad civil. El problema se plantea, como es sabido, con las sociedades civiles en forma mercantil (colectiva o comanditaria simple). En efecto, en este tipo de sociedades y pese a lo dicho, hubo una jurisprudencia registral, analizada por el autor, que arranca con la RDGRN de 31 de marzo de 1997, que no sólo entendió que son inscribibles en el Registro mercantil este tipo de sociedades, sino que, yendo más lejos, pretendió condicionar la adquisición de personalidad jurídica por todas las sociedades civiles, a la inscripción registral. Tal dirección tuvo un refrendo normativo en el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, cuya Disposición Adicional única reformó el artículo 81 RRM, en el sentido de que «podrán también inscribirse las sociedades civiles, cualquiera que sea su objeto, aunque no tengan forma mercantil». Tal cambio de concepción ha de esperar, de momento, en nuestro sistema, pues el Tribunal Supremo en sentencia de 24 de febrero de 2000 anuló el precepto reglamentario por la vulneración del principio de jerarquía normativa que este suponía. Con posterioridad, la DGRN ha mantenido un criterio distinto en una cuestión idéntica a la tratada por la resolución anteriormente citada. Así, la RDGRN de 14 de febrero de 2001 entiende que no puede negarse personalidad jurídica a una sociedad civil, aunque no revista forma mercantil, a los efectos de figurar como titular registral de determinado inmueble adquirido por ella mediante escritura de compraventa.

Con ello, como certeramente advierte el autor, se vuelve al punto inicial, es decir al estado de la cuestión anterior a la criticable resolución de 1997. A partir de aquí expone el profesor De Torres las posturas doctrinales que van desde quienes propugnan salir del «infierno extrarregistral» a los que entienden que la personalidad jurídica de la sociedad civil no puede depender de su eventual publicidad, sino de la voluntad social de constituir un ente personificado según criterios estructurales; el autor se adscribe a esta última postura, en la misma dirección en la que parecen ir los vientos inspiradores de otros sistemas como el alemán, del que el profesor De Torres da una completa y cercana visión, tanto de la legislación, como de la doctrina y la jurispruden-

cia del Tribunal Federal alemán. La exposición de Derecho comparado cuenta también con el Derecho francés y el italiano.

Trata, finalmente, de una interesante cuestión práctica: los requisitos que una sociedad civil ha de cumplir para figurar como titular registral de bienes inmuebles y de derechos reales. Se plantea, en concreto, si la única forma de acreditar ante el Registro de la Propiedad la personalidad jurídica es la escritura pública de constitución. Establece una inteligente distinción entre el plano de la prueba de la personalidad jurídica y la de la titularidad del bien inmueble. En este segundo caso, como demuestra el profesor De Torres sí que se hace necesaria tal forma.

Puede concluirse que la obra *Alcance de la personalidad jurídica de la sociedad civil externa* aporta al lector las coordenadas y datos necesarios para entender el papel de la sociedad civil en el ordenamiento jurídico español, llamado, si no quiere perder el tren de la integración europea, a disponer de todos los mecanismos e instituciones jurídicas que faciliten la fluidez y seguridad del tráfico jurídico.

Sofía DE SALAS MURILLO  
Profesora Titular de Derecho civil  
Universidad de Zaragoza

**VV. AA.: *Bases de un Derecho Contractual Europeo. Bases of a European Contract Law*, editores Espiau Espiau, S. y Vaquer Aloy, A., ed. Tirant lo Blanch libros, Valencia, 2003, 709 pp.**

*Bases de un Derecho Contractual Europeo* es, además del título, el objeto del libro que recoge las ponencias y las comunicaciones presentadas al II Congreso Internacional celebrado en la Facultad de Derecho y Economía de la Universidad de Lleida los días 9 y 10 de mayo de 2002. Es de destacar que los materiales que el lector puede encontrar recogidos en esta obra abordan la temática apuntada desde diversos puntos de vista. Y así, por una parte, el libro interesa a quien desee conocer, desde una perspectiva de Derecho sustantivo, de qué manera se está llevando a cabo la armonización del Derecho Contractual Europeo; por otra parte, también está dirigido a aquellas personas que se preguntan acerca de la necesidad, conveniencia e, incluso, posibilidad de un Derecho Contractual Europeo. Trazar las líneas fundamentales de ambos aspectos, constituye el objetivo principal de la presente reseña.

1. *Bases sustantivas de un Derecho Privado Europeo*. Si bien las ponencias y comunicaciones recogidas en el presente libro abordan principalmente aspectos relacionados con el Derecho Contractual Europeo, parece importante destacar que no es éste el único campo del Derecho Privado Europeo que puede encontrarse tratado. Y así, tres de las contribuciones estudian aspectos relacionados con la transmisión de la propiedad; dos de ellas se ocupan de la transmisión del dominio en el contrato de cesión de solar a cambio de construcción futura: Plana Arnaldos (pp. 487 a 502) se centra en las dos opciones que doctrina y jurisprudencia españolas han manejado con más frecuencia (eficacia transmisiva de la escritura en la que se documenta el contrato o reconocimiento de un derecho sobre el solar que se deriva de una situación de comunidad) y Ruda González (pp. 503 a 520) estudia la posibilidad de construir la tradición condicional. También Carey Miller (pp. 471



a 486) se ocupa de la transmisión de la propiedad, pero no ya en relación a un tema concreto, sino desde una perspectiva más general: el profesor de la Universidad de Aberdeen sostiene que es posible llegar a una armonización de los diversos sistemas de transmisión de propiedad europeos (de transmisión consensual *versus* necesidad de entrega, abstractos *versus* causalistas), tal y como demuestra la armonización lograda por la *United Kingdom Sale of Goods Act 1979* entre el sistema inglés y el escocés.

Decíamos que las cuestiones abordadas no se limitan al Derecho Contractual Europeo; de hecho, también el Derecho Internacional Privado ocupa la atención de algunos de los autores, bien de forma primordial, como es el caso de Quiñones Escámez y Batalla Trilla (pp. 617 a 629), bien de forma complementaria, como Jiménez Blanco, quien estudia la incidencia de la delimitación de la naturaleza jurídica del contrato internacional a favor de tercero en la determinación de la competencia judicial internacional (pp. 189 a 205).

Cabe llamar la atención igualmente sobre otro dato de interés: el lector encuentra análisis, interpretaciones y valoraciones (en ocasiones críticas) de las bases que ya existen en el ámbito del Derecho Privado Europeo (fundamentalmente contractual); pero además, el libro reseñado le ofrece también la oportunidad de conocer de primera mano las propuestas que, insignes juristas provenientes de distintas tradiciones jurídicas europeas o jóvenes investigadores, ofrecen en relación con temas de los que todavía no existe armonización o esta es insuficiente.

a) *Bases existentes.* Los materiales manejados por los distintos autores a la hora de analizar los aspectos ya armonizados del Derecho Contractual Europeo pueden encontrarse en los *Textos básicos de Derecho Privado Europeo* (ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2002) obra presentada en el citado Congreso; Schulze, editor de dicho libro junto con Arroyo i Amayuelas, observa que los textos seleccionados se agrupan en tres pilares básicos correspondientes a las partes principales del desarrollo actual del Derecho Privado Europeo: la legislación de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Privado, la armonización de materias del Derecho Privado a partir de convenios internacionales y el desarrollo de principios comunes por parte de grupos de investigación internacionales.

Dentro de la legislación de la Unión Europea, son las Directivas las normas que adquieren más importancia por lo que a la armonización del Derecho Privado Europeo se refiere; aunque no son las únicas que el lector puede encontrar estudiadas en la obra reseñada, sin duda ocupan un lugar privilegiado las Directivas del ámbito de protección de consumidores y, en concreto, la 93/13 CEE del Consejo, de 5 de abril, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y la 99/44 CEE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo. La importancia de dichas Directivas se aprecia en diversos ámbitos. Espiau Espiau (pp. 217 a 245) por ejemplo, fija su atención en las reglas de interpretación de los contratos con consumidores que contiene la Directiva 93/13 y que, tal y como apunta el citado autor, se orientan a completar la protección dispensada al consumidor o usuario. El análisis de estas reglas ofrece la oportunidad al Catedrático de la Universidad de Barcelona para poner de relieve uno de los aspectos más significativos de la evolución del Derecho Contractual Europeo: el paso de una concepción del contrato como «manifestación suprema del principio de

la autonomía de la voluntad y que supone una relación entre iguales, libremente asumida y concluida a través de sendas declaraciones de la voluntad de oferta y aceptación, [...] [a] un concepto de contrato que parte de la idea de que la libertad de los contratantes [...] es en muchas ocasiones más aparente que real» (p. 221). Se ocupa también de la Directiva 93/13 Martín Pérez (pp. 131 a 137), quien aboga por una ampliación del ámbito subjetivo de aplicación de las normas relativas a las condiciones generales de la contratación y no sólo limitada a aquellos sujetos que reúnan la condición de consumidores, idea que también apoya Silva-Ruiz (pp. 139 a 147). Por lo que se refiere a la Directiva 1999/44, no queremos dejar de señalar la valiosa información que ofrecen las contribuciones que se refieren a ella. A este propósito cabe destacar los estudios acerca de figuras como «falta de conformidad» o «bienes de naturaleza duradera». Del primero se ocupan, fundamentalmente, Carrasco Perera (pp. 297 a 320) y Álvarez Vega (pp. 321 a 332), deteniéndose en su significado y origen y poniendo de manifiesto su importancia, pues supone acoger una idea amplia de incumplimiento superando diferenciaciones que logran sólo confusión e inseguridad jurídica; ambos autores comparan el sistema tradicional de incumplimiento, presente en las tradiciones jurídicas continentales, que siguieron al Derecho romano, con el sistema de la Directiva. El lector puede encontrar, además, en la aportación de Carrasco Perera el resultado de la transposición de la Directiva en Alemania, Austria e Italia (pp. 307 y 308). Del concepto de «bienes de naturaleza duradera» se ocupa Sanz Valentín (pp. 355 a 370) quien defiende la creación de esta categoría específica de bienes. Destaca, también en relación con la Directiva 1999/44, la contribución de Moreno-Torres Herrera (pp. 341 a 355) quien critica los ajustes que se producen en su transposición, debido a la regulación de los plazos de ejercicio de los derechos de los consumidores ante la falta de conformidad de los bienes. En concreto, llama nuestra atención sobre tres problemas: la ausencia del señalamiento de un plazo para el ejercicio de los derechos reconocidos en el artículo 3 de la Directiva, el dejar a la libre decisión de los Estados Miembros la exigencia de la denuncia del defecto al vendedor y la no inclusión de exigencia sobre causas de suspensión y/o interrupción de los plazos. Una aportación crítica en relación con la normativa comunitaria de protección de consumidores nos la ofrece también Palacios González (pp. 89 a 97): dicha autora profundiza en el deber de información en los contratos con consumidores. Tras analizar el tratamiento de esta cuestión en las Directivas reguladoras de específicos contratos (como la 85/577/CEE, de 20 de diciembre de 1985 referente a la protección de los consumidores en el caso de los contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales o la 90/314/CEE del Consejo de 13 de junio relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados, entre otras) concluye que no existe ni una exigencia de información pre y contractual establecida de manera general y armónica, ni una sanción en caso de vulneración de las obligaciones de información pre y contractual.

Recuérdese que también se ofrecen estudios acerca de otras Directivas no relacionadas con la protección de los consumidores. Y así, Hernández Arranz (p. 521), en su comunicación acerca del seguro de responsabilidad civil, toma en consideración la regulación que a este propósito establece la Directiva 2000/26/CE de 16 de mayo, en materia de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos automóviles; por su parte, Fernández Fernández estudia la Directiva 1999/93/CE, de 13 de diciembre, de firma electrónica así como su transposición en el Reino Unido, Francia, Alemania e Italia.

Entre los Convenios Internacionales que han contribuido a la armonización del Derecho Privado Europeo, destaca en primer lugar la *Convention on International Sale of Goods* (CISG) y, en segundo lugar, el Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, hecho en Roma el 19 de junio de 1980. Ambos Convenios suelen ser estudiados de forma comparativa con otros textos o principios internacionales o Derechos nacionales.

Las iniciativas de grupos de investigación internacionales, y, en especial, los Principios de Derecho Europeo de Contratos (PECL), constituyen el eje central de la mayoría de las ponencias y comunicaciones. Como es sabido, el Parlamento Europeo en los años 1989 y 1994 propuso que se comenzara a estudiar la creación de un Código europeo común a todos los Estados Miembros de la Unión, en materia de Derecho Privado. Fruto de dicha propuesta ha sido la formación de diversos grupos de investigación a nivel europeo. Entre ellos se encuentra la comisión encabezada por los profesores Beale y Lando y constituida por juristas de distintos países de la Unión Europea. Dicha comisión ha elaborado las tres partes de los PECL: la primera y la segunda parte, en las que se centran la mayoría de las aportaciones del libro reseñado, se ocupan de la disciplina general del contrato y de las obligaciones; la tercera parte, regula materias colaterales como la prescripción o la cesión de créditos. Sólo la ponencia del profesor MacQueen (pp. 287 a 296) estudia un tema contemplado en la tercera parte de los PECL: la ilegalidad y la inmoralidad de los contratos. Al lector se le ofrecen en dicha ponencia informaciones de gran interés: baste citar aquí la justificación de la regulación en los PECL de una materia como ésta, que otros instrumentos internacionales no han considerado oportuno contemplar, o la interpretación de algunas disposiciones. En este sentido, el artículo 15:104 PECL prevé como efecto de la declaración de un contrato contrario a alguna norma imperativa la restitución, sin que exista ninguna regulación detallada en relación a este extremo; el autor se remite a las reglas del enriquecimiento injusto para colmar dicha (aparente) laguna.

Puede afirmarse que la gran mayoría de las cuestiones reguladas en la primera y en la segunda parte de los PECL se encuentran estudiadas en este libro, desde la formación del contrato hasta el incumplimiento contractual en sus diversas manifestaciones. Dar algunas pinceladas del estado de la cuestión en los sistemas legales europeos, precisar, dentro de los límites de una ponencia o comunicación a un Congreso, los orígenes y evolución de la figura, y, naturalmente, analizar la regulación en los PECL comparándola, eventualmente, con la existente en otros textos básicos para la armonización del Derecho Privado Europeo, son constantes de la mayoría de las contribuciones al Congreso que deben recibir, por ello, una valoración muy positiva.

Un mismo tema es, en ocasiones, estudiado de manera general en una ponencia y de modo más concreto, esto es, aplicado a determinados ámbitos, en otras. Es lo que sucede, por ejemplo, en relación con la buena fe. Storme (pp. 17 a 31) nos ofrece el estudio general, en el que, entre otras cosas, apunta las tres dimensiones de la buena fe: sustantiva, típica de los sistemas latinos y que insiste en la faceta ética, formal e institucional, típica de los sistemas pertenecientes al *Common Law* y que centra su atención en el papel del juez, dando lugar a la así llamada *equity*, esto es a las reglas de creación judicial correctoras de las reglas más antiguas. En el análisis de los PECL, si bien Storme detiene su atención en particulares aspectos en los que la buena fe juega un importante papel, como por ejemplo en la determinación de las cláusulas indeterminadas, su finalidad última es la de valorar globalmente el

modo en que los PECL han abordado este tema concreto. Y así, concluye el autor que en los PECL no encontramos unas normas específicas de buena fe junto a una *super-norm*, como es el caso del BGB, sino conceptos como razonabilidad, usos, naturaleza y propósito del contrato. Como hemos apuntado, el deber general de buena fe es también objeto de análisis a propósito de temas concretos: así, Corral García (pp. 53 a 67) deriva el valor contractual de la publicidad informativa en los PECL de su artículo 1:108, en el que se exige que la libertad contractual respete las exigencias de la buena fe. Van Erp (pp. 67 a 79), por su parte, toma en cuenta la buena fe al analizar la figura de la *culpa in contrahendo*.

El que un mismo tema sea objeto de análisis en más de una contribución, nos ofrece la oportunidad de comprobar hasta qué punto llega el acuerdo o el desacuerdo en la percepción del significado de los PECL en un determinado aspecto. Así, por ejemplo, por lo que se refiere a la interpretación de los contratos, tanto Espiau Espiau (pp. 217 a 244) como Verdera Izquierdo (pp. 245 a 260) califican la interpretación por la que han optado los PECL de tipo subjetivo con correcciones de tipo objetivo.

La relación que puede establecerse entre las distintas ponencias y comunicaciones va más allá del argumento concreto que tratan. Y así, a título de ejemplo, una posible solución a la cuestión planteada por una ponencia sobre la interpretación, podemos encontrarla en la ponencia referida a los vicios del consentimiento; nos referimos, en concreto, a la acertada observación de Espiau Espiau, quien critica la regulación contenida en el artículo 5:101 PECL que atribuye al contrato el sentido que unas personas razonables del mismo tipo le habrían atribuido, cuando no puede averiguarse la intención común de los contratantes. Considera el autor citado que de este modo se «sacrifica el respeto a la *Common intention* a la idea de conservación de un contrato cuya misma existencia [...] es cuestionable» (p. 239). Pues bien, dichas consecuencias se ven en cierto modo atenuadas en determinados casos, pues, apunta el profesor Morales Moreno, cuando el sentido objetivo no coincida con la voluntad de alguna de las partes porque alguna de ellas haya incurrido en un error en la declaración «se aplica el régimen de anulabilidad del artículo 4:104 PECL» (p. 160). La ponencia del Catedrático de la Universidad Autónoma de Madrid nos pone de relieve cómo los PECL han logrado dar una solución adecuada al moderno Derecho de obligaciones en una materia, como es la del error, cuya regulación en muchos ordenamientos nacionales europeos no es satisfactoria; Morales Moreno nos advierte que la construcción del error en los PECL «no es una simple acumulación de requisitos presentes en los distintos ordenamientos, sino el modo de armonizar la protección del interés del error con el de la confianza» (p. 151). No es éste el único caso en el que un autor propone los PECL como modelo a seguir. Así, Andreu Martínez, tras señalar las dificultades con las que se encuentra el ordenamiento español en relación con la figura del incumplimiento anticipado, apunta que se trata de un ámbito en el que se debería reconocer como remedio general el solutorio, tal y como se encuentra previsto en el artículo 9:304 PECL. De «propuesta relevante y atractiva como modelo de derecho uniforme» (p. 216) califica Rodríguez Pinto la regulación del conflicto de intereses en la representación. Dicha autora, tras analizar el artículo 3:205 PECL, cuyos rasgos más relevantes son, seguramente, la obligación de desvelar el conflicto, la presunción *iuris tantum* de existencia de conflicto en algunos casos y la elección de la anulabilidad del contrato como efecto principal en este tipo de supuestos, llega a la

conclusión de que la regulación asegura una alta eficacia preventiva del conflicto. Un juicio positivo de los PECL es también el que emite San Miguel Pradera, quien se ocupa de la solución propuesta por los PECL en los casos de excesiva onerosidad. La citada autora considera que se trata de una regulación moderna y práctica por, entre otras cosas, permitir que sean las partes quienes en primer lugar adapten el contrato a las nuevas circunstancias y recurrir únicamente en casos de desacuerdo al órgano judicial quien, advierte San Miguel Pradera, deberá tomar como punto de partida el contrato que es «la ley adoptada por las partes» (p. 383).

Si en las contribuciones que acabamos de apuntar se coloca a los PECL como modelo a seguir por los ordenamientos europeos, en otras, se pone de relieve que la opción recogida por los PECL es, precisamente, la que ya existe en la mayoría de los sistemas legales europeos. Es lo que nos apunta Vaquer Aloy al tratar la *mora creditoris*, figura que se aplica en aquellos casos en los que el deudor necesita de la colaboración del acreedor para poder cumplir. El Catedrático de la Universidad de Lleida considera que, aunque los sistemas europeos se ocupan de distinto modo de esta figura, pues unos la institucionalizan (como el BGB) y otros, aun no contando con una sistemática regulación la han ido elaborando a través de la doctrina y la jurisprudencia, las ideas básicas que se derivan de los requisitos exigidos y sus efectos son las mismas y tienen su origen en el *ius commune*. Dicha idea básica, que también subyace en los PECL, es que la oferta de cumplimiento real y conforme al contrato, rechazada *sine causa* por el acreedor no libera al deudor pero relaja su posición. En palabras del propio autor: «the debtor is still bound. That is exactly the goal of the institution: the relaxation of the position of the debtor, even though he is the debtor of an existing obligation», (p. 398.).

No piense el lector que en todas las materias tratadas se llega a la conclusión de que existe una base común entre los Ordenamientos jurídicos europeos; de hecho, para Palmer quedan muchas preguntas sin contestar en relación con la estipulación a favor de tercero, como, a título de ejemplo, si el poder de revocación corresponde sólo al estipulante o también al promitente. Su idea sobre la posibilidad de la armonización en este ámbito es que «while this institution is generally valid in all European Legal systems Europe has not as yet achieved consensus on important subsidiary rules. A foundation for an eventual harmonization certainly exists, but further study and reflection will be needed to deal with these questions» (p. 188).

b) *Propuestas de armonización.* Junto a las materias sobre las que ya existe una armonización o, por lo menos, un intento de ella, el lector halla también propuestas sobre cómo debería llevarse a cabo una posible regulación a nivel europeo en determinados ámbitos.

En ocasiones, se trata de propuestas íntimamente conectadas con aspectos ya armonizados; así, Sanz Valentín, a partir de la Directiva 1999/44 aboga por la creación de una nueva categoría de bienes, los bienes de naturaleza duradera, categoría conformada por «aquellos [bienes] de los que, en razón de sus propias características y condiciones es razonable presumir que los defectos que en ellos se pongan de manifiesto dentro de un determinado plazo, ya existían al momento de la venta, es decir, son originarios y, por tanto, deben imputarse al vendedor en virtud de la obligación que le incumbe de entregar la cosa vendida conforme a lo estipulado en el contrato» (p. 363). Otra de las propuestas relacionadas con las Directivas de protección de consumidores, es la de extender su ámbito subjetivo de aplicación y no limitarlo

únicamente a aquellos que reúnan la condición de consumidor (en este sentido se pronuncian varios autores, como Corral García o Cámara Lapuente). Van Erp (pp. 67 a 78), por su parte, nos ofrece una línea a seguir para la adecuada construcción de la *culpa in contrahendo*; considera de gran importancia determinar la información que debe suministrarse en la fase precontractual. Dicha determinación, continúa el profesor de la Universidad de Maastricht, dependerá del tipo de relación ante el que nos encontremos: la basada en la confianza (por ejemplo en la relación banco-cliente es el banco quien tiene que suministrar información al cliente), la que se establece entre consumidor y profesional, en la que existe una asimetría en la información que conduce a que sea el profesional quien la facilite al consumidor y, finalmente, las relaciones intraprofesionales.

El objeto de algunas propuestas es, incluso, la necesidad de abordar alguna materia sobre la que todavía no existe atisbo de armonización. Así, Marín Sánchez (pp. 589 a 591) entiende que no es posible un mercado único o un Derecho Contractual Europeo sin que exista libre y efectiva circulación de documentos. Propone por ello una tipificación de los notarios, de su ejercicio y actividad, así como de determinadas categorías de documentos.

Sabido es que uno de los pasos previos a las propuestas de Derecho uniforme está constituido por estudios de Derecho comparado. Pues bien, este paso lo encontramos también en algunas contribuciones al Congreso; en ocasiones, se acude al Derecho comparado como instrumento de apoyo en los análisis de los PECL o las Directivas; en otras, sin embargo, el objeto único de la ponencia o comunicación, según el caso, está constituido, precisamente, por efectuar un estudio de Derecho comparado sobre determinada materia. A este último tipo de contribuciones nos vamos a referir a continuación.

Los ordenamientos que suelen ser tenidos en cuenta con más frecuencia son el Derecho inglés, el Derecho alemán y el Derecho español. Los dos primeros probablemente por ser exponentes de los dos grandes sistemas que, en el ámbito europeo, suelen confrontarse (*Common Law* y Derecho continental); el último, por la formación y la procedencia de la mayoría de los participantes. Precisamente por esta razón podemos encontrar igualmente referencias al Derecho civil catalán que, como es sabido, experimenta ahora mismo un paralelo proceso de codificación.

Los temas objeto de comparación son muy variados; Herman (pp. 439 a 458), por ejemplo, nos llama la atención sobre las distintas tendencias ante el incumplimiento del deudor de los acreedores estadounidenses, por una parte, y de los españoles, por otra. Y así, mientras que en España la tendencia es a exigir el cumplimiento específico, en Estados Unidos, los acreedores optan por acudir al remedio indemnizatorio (hecho que también apuntan Lauroba Lacasa y Marsal Guillamet, pp. 459 a 470). El profesor de la *Tulane Law School* aprovecha la ocasión para detenerse también en aspectos procesales de ambos sistemas (como el embargo, figura desconocida en los Estados Unidos). El deber general de buena fe en España y Alemania es el tema de la comunicación presentada por Eckl (pp. 41 a 52), quien considera que la evolución del Derecho español en esta materia debería tomarse como ejemplo para la construcción de un Derecho europeo. Por lo que se refiere a la estricta comparación entre ambos Ordenamientos, el autor sostiene que la fundamental diferencia existente entre los dos sistemas es conceptual: en España se formula un principio general de índole subjetivista, mientras que en Alemania se opta por una cláusula general de índole objetivista. Del estudio comparado que nos ofrece Whittaker (pp. 261 a 286) entre el Derecho

francés y el Derecho inglés, es de destacar el análisis del origen histórico de las provisiones con las que cuenta el Derecho francés sobre el otorgamiento al deudor de más tiempo para cumplir.

2. *De las Bases de un Derecho Contractual Europeo a un Derecho Contractual Europeo.* Existen ya unas Bases de Derecho Contractual Europeo. Así nos lo indica el propio título del libro y así lo comprueba el lector a medida que se adentra en él. Pero ¿llegaremos algún día a un Derecho Contractual Europeo? Probablemente ésta sea la pregunta que la lectura del propio libro suscita. Y es la propia lectura del libro la que ofrece una respuesta o, por lo menos, unas posibles (autorizadas) respuestas: las de los diversos autores.

Son varias las preguntas que deberían formularse: en primer lugar, ¿cuál es la vía a seguir? ¿a qué instrumentos debemos acudir? Sin duda las Directivas juegan un importante papel, pues, aunque de forma fragmentaria, han contribuido a la armonización de importantes materias del Derecho Contractual Europeo. Algunos autores, sin embargo, ponen de relieve diversos aspectos que obstaculizan una verdadera armonización: fundamentalmente el dejar a los Estados libertad a la hora de precisar algunos extremos. Así Moreno-Torres Herrera, al ocuparse de la Directiva 1999/44, imputa al legislador europeo el error de haber sido «excesivamente respetuoso con las particularidades nacionales». Nótese, sin embargo, que para otros autores «parece lógico que ulteriormente se pueda acudir a la normativa nacional sobre la misma materia si con ello se consigue dispensar una mayor o mejor protección al consumidor o usuario» (Álvarez Vega, p. 331). La cuestión que subyace en el fondo es la de cómo transponer las Directivas de manera que se contribuya a la armonización del modo más efectivo posible. De ello se ocupa Cámara Lapuente (pp. 577 a 588) quien, frente a las alternativas de coexistencia de las Directivas con los códigos generales o de integración en el código pero de manera separada, se muestra a favor de la integración del derecho de consumidores en el código o en los principios, pues opina que aportaría mayor coherencia y sistematización, puesto que en las directivas de consumidores hay principios que podrían generalizarse a otras materias. Una adecuada armonización del Derecho Contractual Europeo exige, según nos apuntan Quiñones Escámez y Batalla Trilla (pp. 617 a 628) una adecuada coordinación entre las Directivas y el Derecho Internacional Privado. En concreto, apuntan las autoras citadas que debería abordarse una modificación del Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, hecho en Roma el 19 de junio de 1980 de modo que tuviese en cuenta el acervo comunitario existente.

La segunda cuestión que se plantea es si entra dentro de la competencia de la Unión Europea la armonización del Derecho Contractual Europeo. Son dos los autores que se pronuncian expresamente acerca de ello, adoptando posturas totalmente contrarias. Mientras que Basedow (pp. 533 a 542) opina que una interpretación abstracta del artículo 95 TCE justifica la competencia de la Unión Europea en este aspecto, López Rodríguez (pp. 603 a 616) advierte que un obstáculo a tener en cuenta son los principios de proporcionalidad y subsidiariedad, ambos reconocidos en el artículo 5 TCE.

¿Necesitamos un Derecho Contractual Europeo? Esta es la tercera cuestión que puede encontrar el lector contestada, de nuevo de maneras opuestas, en la obra reseñada. Y así, se inclina por una respuesta positiva Basedow. El codirector del *Max-Planck-Institut* considera que la existencia de aspectos

diferentes en el Derecho de contratos supone un perjuicio para el mercado: entre otros ejemplos, Basedow acude al de la creación de una póliza europea de seguros, imposible de realizar sin una armonización en el Derecho de seguros. López Rodríguez, sin embargo, es de la opinión de que «[...] the adoption of a european contract law would be disproportionate in relation to the main goal that intends to achieve, which is the promotion of crossborder transactions» (p. 615).

La última pregunta que inevitablemente debe abordarse es la siguiente: ¿es posible un Derecho Contractual Europeo? Afirma Arroyo i Amayuelas a este propósito que «[...] si bien no es una realidad a corto plazo, no es tampoco ninguna utopía» (p. 659).

En este camino hacia la armonización del Derecho Privado Europeo la comunidad universitaria juega un importante papel. Congresos como el que recoge este libro contribuyen de seguro a que el proceso, no sólo se acelere, sino que además se lleve a cabo eficazmente.

Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI  
Universidad Autónoma de Madrid

**YZQUIERDO TOLSADA, Mariano: *Las peripecias del asegurador de automóviles en el proceso penal*, Colección Estudios y Monografías del Instituto de Ciencias del Seguro de la Fundación Mapfre Estudios, ed. MAPFRE, Madrid, 2003, 215 pp.**

Lo primero de lo que debe tener conocimiento el lector de esta monografía del profesor Yzquierdo Tolsada es que la misma ha sido merecedora en el año 2002 del Primer Premio Internacional de Seguros Julio Castelo Matrán destinado a premiar trabajos científicos sobre materias relacionadas con el seguro en España, Portugal y los países de Iberoamérica. Tras la lectura de la obra, no extraña, empero, la concesión de dicho galardón. La monografía, densa pero exquisita en cuanto a técnica jurídica se refiere, viene a engrosar la encomiable y prolífica investigación del profesor Yzquierdo Tolsada, Catedrático de Derecho civil y Profesor Ordinario de Derecho civil en la Universidad Pontificia de Comillas (ICADE), cuya trayectoria científica ha de tenerse necesariamente muy presente para poder entender en su magnitud esta obra que, un jurado compuesto por insignes juristas tuvo a bien premiar con tan importante distinción, poniendo de esta manera el listón muy alto para los futuros investigadores que opten a ser merecedores de este Premio.

El autor es una de las mentes más prestigiosas y respetadas en el panorama actual de la responsabilidad. Sus anteriores publicaciones, tales como *La responsabilidad civil del profesional liberal* (Madrid, 1989 y Buenos Aires, 1998), *Aspectos civiles del nuevo Código Penal* (Madrid, 1997) o *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual* (Madrid, 2001), han puesto de manifiesto el pleno dominio del Derecho civil y, muy en particular, de las cuestiones relativas a la responsabilidad, la cual se entrelaza constantemente con las demás disciplinas jurídicas lo que conlleva que el tema objeto de la monografía que hoy se expone no pueda ser afrontado con éxito más que por alguien que, además de salir más que airoso de la siempre complicada tarea de trabajar conjuntamente con distintas áreas de nuestro ordenamiento, nos alec-



ciona y nos descubre uno de los puntos negros que la práctica revela para el asegurador de automóviles: su participación en el proceso penal.

La obra se estructura en siete grandes apartados. El primero de ellos (*Propósito*) es de previa obligada lectura puesto que el profesor Yzquierdo Tolsada, con la claridad expositiva que le caracteriza, relata de manera gráfica y con enorme sentido común el objetivo que marcará toda su investigación: delimitar el papel del asegurador de automóviles en el proceso penal español en el que, como es sabido, el juez debe (a tenor de lo establecido en el art. 112 de la LECr) pronunciarse sobre la responsabilidad civil. De esta manera, salvo que haya una hipotética reserva o bien cuando el proceso concluya con una sentencia absolutoria o sobreseimiento, el asegurador se ve inmerso en un proceso en el que no se le permite actuar de la misma manera que a cualquier demandado en el uso de su posición de parte. Está claro, pues, que esta *competencia civil adhesiva*, tal y como la ha venido denominando la doctrina procesalista, condiciona en demasía las posibilidades de defensa de las compañías aseguradoras.

Los dos apartados siguientes pueden ser calificados también como introductorios. Así, el profesor Yzquierdo procede a analizar el sentido del artículo 1092 del CC que es el que se refiere a la denominada por la doctrina *responsabilidad civil derivada del delito o la falta*, erróneamente presentada como opuesta a la responsabilidad civil pura recogida en el artículo 1093 del mismo cuerpo legal. Como indica el autor, ambos preceptos deben interpretarse entendiéndolos como uno solo, tal y como el iter legislativo de los mismos y de las normas que los complementan ponen de manifiesto. No existen, pues, dos regulaciones para la misma institución: tan sólo existe una pese a que se halle constituida por un binomio normativo (las normas del Código civil y las del Código penal). Posteriormente nos encontramos con un apartado constituido por un breve pero valiente y necesario análisis de la verdadera interpretación que llevan a cabo los jueces penales de las instituciones jurídico-privadas y, en especial, de la responsabilidad. Tras su lectura, uno tiene la sensación de que alguien se ha decidido a *llamar a las cosas por su nombre*, eso sí, de una manera ordenada y coherente. Resulta para los jueces penales, según el profesor Yzquierdo, más sencillo que exista dentro del Código penal un resumen de Derecho civil patrimonial que les evite tener que manejar el ordenamiento civil en su conjunto.

Como prueba de las consecuencias que acarrea en la práctica ese no manejo de las normas civiles, nos ofrece tres ejemplos: el delito de alzamiento de bienes, la posición jurídica del tercero de buena fe obligado a restituir la cosa objeto del delito contra el patrimonio y, en tercer y último lugar, la posición de los aseguradores de responsabilidad civil en el proceso penal, eje central de la monografía.

De esta manera, los últimos cuatro apartados (del cuarto al séptimo) constituyen el grueso de la obra. En primer lugar (apartado cuarto), se estudian las especiales características de las que aparece dotada la legitimación pasiva en el proceso penal, disertando sobre las cuestiones controvertidas que surgen a raíz del ejercicio por el perjudicado de la acción directa contra el asegurador, voluntario u obligatorio. Es curiosa cuando menos, la distinción que expone el autor acerca de la valoración doctrinal existente en cuanto a la categoría en la que hay que encuadrar el seguro según sea voluntario u obligatorio. Ante tal polémica, el profesor Yzquierdo se decanta por sostener que operan *de lege data* en el ámbito del seguro obligatorio de automóviles los mismos condicionantes que se dan en responsabilidad civil en general.

Concluye, a pesar de que la jurisprudencia no parece opinar de la misma manera (a excepción hecha de la tímida manifestación contenida en ese sentido en la STS de 10 de julio de 2001), que el asegurador puede hacer valer todos los argumentos que estime oportunos tendentes a demostrar, por ejemplo, que no existe responsabilidad criminal en el asegurado: todo responsable civil es, en el proceso penal, una auténtica parte procesal civil, por lo que debe verse legitimado para debatir todos los aspectos fácticos que crea oportuno, es decir, todo cuanto tenga que ver con el hecho delictivo del que eventualmente haya de nacer la obligación indemnizatoria. Por otro lado, el hecho de que el vehículo causante de los daños no sea propiedad del conductor reporta indudables matices a la posición del asegurador, según sea voluntario u obligatorio. El autor expone sistemáticamente los distintos supuestos al diferenciar los casos en los que la responsabilidad del propietario se basa en la culpa de aquellos otros en los que se centra en el beneficio que al cedente le reporta la conducción de su vehículo por otra persona. También afirma que quien prestó asistencia sanitaria a la víctima *in itinere*, se subroga en los derechos del perjudicado, por lo que está claramente legitimado para intentar recuperar los gastos sanitarios efectuados.

En el apartado quinto, tras una breve introducción relativa a la denominada «responsabilidad por aseguramiento» (el seguro actúa en la práctica como auténtico factor de atribución) y el proceso penal, se lleva a cabo el análisis de problemas concretos relacionados con la cobertura del seguro de automóviles en sus modalidades de voluntario y obligatorio, y los hechos dolosos. Tras un minucioso y expositivo análisis de las distintas posiciones doctrinales y jurisprudenciales que a este respecto han venido sosteniéndose y que, por otra parte, no son pacíficas, el autor, partiendo de lo establecido en la normativa vigente (concretamente tras la reforma operada en 2001 en el art. 1.4 de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor), concluye que si la comisión de un delito doloso no es hecho de la circulación, los aseguradores podrán, contra lo que viene diciendo la última línea jurisprudencial, oponer al perjudicado la exclusión de la cobertura: ya no se trata de una exclusión que opera sólo *inter partes*. Partiendo del concienzudo estudio de Soto Nieto, el profesor Yzquierdo interpreta la aparente contradicción entre los artículos 19 y 76 de la Ley del Contrato de Seguro en el sentido de que es posible sostener que el dolo es una excepción perfectamente oponible por el asegurador a la acción directa del perjudicado. Clasifica los supuestos en los que dolo y seguro confluyen clarificando enormemente la exposición para el lector, para seguidamente pasar a analizar no ya los hechos dolosos sino los gravemente imprudentes, muy cercanos a aquéllos pero diferentes en el tratamiento jurídico que reciben pese a que exista una conciencia generalizada de que ambas figuras deben ser equiparadas jurídicamente hablando.

Finalmente, tras argumentar la necesidad de una armonización legislativa y exponer el funcionamiento previsto, por un lado, para el ejercicio del derecho de repetición en caso de dolo (que posee enormes deficiencias técnicas), y por otro, del seguro de responsabilidad civil y del dolo dependiente o del auxiliar (entendiendo en este caso que únicamente responderá el asegurador si, independientemente de que los hechos sean dolosos o culposos, el asegurado debía responder a su vez del hecho dañoso), el profesor Yzquierdo dedica una especial atención a los supuestos en los que las indemnizaciones lo son por causa de muerte.

Los dos últimos apartados se refieren a aspectos procesales relativos a la posición del asegurador en el proceso penal desde dos puntos de vista: como defensa (apartado sexto) y como parte acusadora (apartado séptimo). Cierra la obra un conciso epílogo, donde se apuntan los principales problemas que se analizaron en las páginas precedentes, y una completa y valiosa bibliografía que servirá sin duda de referente al investigador que pretenda analizar algún tema relacionado con el estudiado en la presente monografía, la cual, en definitiva, se ha convertido en necesario objeto de lectura de cuantos profesionales técnicos se hallen implicados de una manera u otra en las no pocas *peripecias* que experimenta el asegurador de responsabilidad civil de automóviles en el proceso penal español.

M.<sup>a</sup> Aránzazu CALZADILLA MEDINA  
Doctora en Derecho

# Revistas Españolas

**ISABEL ARANA DE LA FUENTE**  
*Universidad Autónoma de Madrid*

SUMARIO: I. *Derecho civil*: 1. Introducción. 2. Derecho de la persona. 3. Persona jurídica. 4. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 5. Derechos reales. Derecho inmobiliario registral. 6. Derecho de familia. 7. Derecho de sucesiones.– II. *Derecho mercantil*: 1. Parte general. Empresa. 2. Derecho de sociedades. 3. Instituciones y agentes auxiliares del tráfico. 4. Contratos mercantiles. 5. Títulos valor. Letra de cambio y cheque. 6. Derecho concursal.– III. *Derecho urbanístico y del medio ambiente*.– IV. *Derecho de la Unión Europea*.– V. *Derecho procesal*.– Abreviaturas. Revistas que se citan sin abreviar.

## DERECHO CIVIL

### INTRODUCCIÓN

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo: «El Fuero del Baylio: su pervivencia y contenido en parte de Extremadura», en *RCDI*, núm. 679, 2003, pp. 2655 ss.

DELGADO DE MIGUEL, Juan Francisco: «La aplicación del Derecho privado comunitario», en *AAMN*, t. XL, pp. 381 ss.

FREIXES SANJUÁN, Teresa: «El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y las libertades de la comunicación», en *RDCE*, núm. 15, 2003, pp. 463 ss.

GONZÁLEZ NIETO, Juan Carlos: «La coordinación entre el Registro de la Propiedad y el Registro Civil: criterios de reforma», en *RCDI*, núm. 679, 2003, pp. 2801 ss.

MARTÍNEZ SARRIÓN, Ángel: «Rolandino: ¿Epígono de los glosadores o adelantado de los *commentatores*?», en *AAMN*, t. XL, pp. 251 ss.

MENÉNDEZ HERNÁNDEZ, José: «Prescripción de los derechos privados no prevista en el Código Civil», en *La Ley*, 2003-III, D-111.

PEÑASCO VELASCO, Rosa: «Del Derecho Foral a los Derechos Autonómicos», en *RCDI*, núm. 677, 2003, pp. 1693 ss.

PEREÑA VICENTE, Montserrat: «La reforma del Derecho sucesorio francés llevada a cabo por la Ley de 3 de diciembre de 2001», en *RCDI*, núm. 679, 2003, pp. 2855 ss.

PRIES Y PRICARDO, Adolfo: «La seguridad jurídica en el marco de la nueva economía», en *AAMN*, t. XLI, pp. 397 ss.

- PUEENTE DE ALFARO, Fernando de la: «Modificaciones en el ámbito legal del Registro de la Propiedad de Inglaterra y Gales. Land Registration Act 2002», en *RCDI*, núm. 678, 2003, pp. 2077 ss.
- RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco: «Primera valoración de la regulación de la prescripción y la caducidad en el Código Civil de Cataluña», en *RCDI*, núm. 678, 2003, pp. 2099 ss.
- SOTO COÁGUILA, Carlos Alberto: «Análisis del proyecto de reforma al título preliminar del Código Civil peruano de 1984», en *RGLJ*, núm. 2, 2002, pp. 293 ss.

### DERECHO DE LA PERSONA

- AMAT LLARI, M.<sup>a</sup> Eulalia: «El derecho a la propia imagen como derecho de la personalidad y como derecho patrimonial», en *RJC*, núm. 2, 2003, pp. 459 ss.
- CHUECA RODRÍGUEZ, Ricardo: «La protección jurídica del embrión humano: un caso de penuria normativa», en *EDJ*, núm. 40, 2002, pp. 25 ss.
- DÍEZ DEL CORRAL RIVAS, Jesús: «Resumen de la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre el Estado Civil durante el año 2002», en *AC*, núm. 27, 2003, pp. 702 ss.
- DUBIÉ, Pedro: «Protección de datos y derecho al olvido: España y Latinoamérica», en *DN*, núm. 154-155, 2003, pp. 1 ss.
- FERNÁNDEZ CHATEIGNIER, Vanesa: «La protección jurídica del secreto de las comunicaciones en internet», en *La Ley*, 2003-II, D-54.
- FERNÁNDEZ VALVERDE, Rafael: «Las garantías jurídicas de los extranjeros», en *RPJ*, núm. 67, 2002, pp. 277 ss.
- GIL RODRÍGUEZ, Jacinto: «Aproximación a la Ley 36/2002, de 8 de octubre, de modificación del Código Civil en materia de nacionalidad: emigración e inmigración», en *RPJ*, núm. 68, 2002, pp. 105 ss.
- GONZÁLEZ NIETO, Juan Carlos: «La coordinación entre el Registro de la Propiedad y el Registro Civil: criterios de reforma», en *RCDI*, núm. 679, 2003, pp. 2801 ss.
- GONZÁLEZ VAQUÉ, Luis: «El difícil equilibrio entre la libre circulación de mercancías y los derechos fundamentales en materia de libertad de expresión y de reunión: la sentencia *Schmidberger*», en *GJ*, núm. 227, 2003, pp. 61 ss.
- GRIMALT SERVERA, Pedro: «Derecho al honor. Libertad de información. Indemnización de los daños causados al honor (Comentario a la STS de 31 de diciembre de 2002)», en *CCJC*, núm. 61, 2003, pp. 385 ss.
- LÓPEZ BOFILL, Héctor: «Transfusions, menors i Testimonis de Jehovà. La llibertat religiosa en un cas extrem», en *RJC*, núm. 3, 2003, pp. 743 ss.

- MATA DE ANTONIO, José M.<sup>a</sup>: «Problemas prácticos en torno a la capacidad sucesoria del *concepturus*», en *RDP*, septiembre-octubre 2003, pp. 658 ss.
- NAVARRO MICHEL, Mónica: «Intimidad personal y ¿familiar? Observaciones en torno al caso *Preysler*», en *RJC*, núm. 2, 2003, pp. 477 ss.
- ORDÓÑEZ SOLÍS, David: «Derechos fundamentales. Derecho comunitario y Tribunal Constitucional: O cómo salir del laberinto», en *La Ley*, 2003-III, D.133.
- PARRA LUCÁN, M.<sup>a</sup> Ángeles: «La tutela de los menores en derecho catalán», en *RDP*, julio-agosto 2003, pp. 423 ss.
- PENA LÓPEZ, José María: «Interpretación de los artículos 29 y 30 del Código Civil desde el significado institucional de la persona», en *RPJ*, núm. 67, 2002, pp. 79 ss.
- PLAZA SOLER, Juan Carlos: «La regulación de los correos electrónicos comerciales no solicitados en el derecho español, europeo y estadounidense», en *RPJ*, núm. 68, 2002, pp. 61 ss.
- ROMEO CASABONA, Carlos M.<sup>a</sup>: «Principio de precaución, bioseguridad y Derecho europeo», en *EDJ*, núm. 40, 2002, pp. 153 ss.
- SAGARRA TRIAS, Eduard: «Modificación de la regulación de la nacionalidad española en el Código civil», en *RJC*, núm. 2, 2003, pp. 387 ss.
- SEVILLA BUJALANCE, Juan Luis: «Derecho a la vida y libertad de conciencia de los menores. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2002», en *RDP*, julio-agosto 2003, pp. 557 ss.
- SOLA RECHE, Esteban: «Implicaciones jurídicas del consejo genético», en *EDJ*, núm. 40, 2002, pp. 187 ss.
- SORIA ESCOMS, Bernat: «Usos terapéuticos de las células madre de origen embrionario», en *EDJ*, núm. 40, 2002, pp. 11 ss.
- VILA LOZANO, Jorge: «Reconsideración práctica y crítica del recurso de amparo constitucional en España», en *La Ley*, 2003-I, D-16.

## PERSONA JURÍDICA

- LECIÑENA IBARRA, Ascensión: «La cesión en garantía de créditos sociales derivados de la pertenencia a una sociedad civil de ejercicio profesional», en *RDPat.*, núm. 11, 2003, pp. 119 ss.
- LÓPEZ-MEDEL BASCONES, Jesús: «La nueva Ley de Fundaciones», en *La Ley*, 2003-I, D-47.
- PRIEGO FERNÁNDEZ, Verónica: «Interés general e indeterminación de los beneficiarios en las fundaciones», en *RDP*, noviembre-diciembre 2003, pp. 763 ss.

## OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

- ACOSA SÁNCHEZ, María del Rosario: «Caso “Opening”. Comentario a la sentencia del JPI núm. 4 de Sant Boi de Llobregat, de 8 de febrero de 2003», en *La Ley*, 2003-II, D-102.
- ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: «Interrupción o no de la prescripción frente a todos los deudores solidarios por reclamación a uno solo. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2003», en *RDP*, julio-agosto 2003, pp. 543 ss.
- ALPA, Guido: «La armonización del derecho contractual y el proyecto de Código civil europeo», en *RDPat.*, núm. 11, 2003, pp. 25 ss.
- ÁLVAREZ OLALLA, Pilar: «Vicios en la construcción. Acción de regreso contra la empresa constructora entablada por el promotor que resultó condenado en proceso previo promovido por varios adquirentes de las viviendas construidas (Comentario a la STS de 11 de junio de 2002)», en *CCJC*, núm. 61, 2003, pp. 111 ss.
- ANDREU MARTÍNEZ, Belén: «Resolución por retraso en la entrega de vivienda. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2002», en *RDP*, mayo-junio 2003, pp. 409 ss.
- BAYOD LÓPEZ, Carmen: «Compraventa. Simulación parcial: Nulidad por inexistencia de causa: transmisión gratuita amical a título de Fiducia.- Acción rescisoria: Prospera por cumplirse todos los requisitos y de forma especial el carácter subsidiario del mismo (Comentario a la STS de 23 de septiembre de 2002)», en *CCJC*, núm. 61, 2003, pp. 139 ss.
- BECH SERRAT, Joseph Maria: «Responsabilidad civil extracontractual. Inicio del plazo de prescripción de la acción en caso de lesiones. Su imputación a los agentes que intervienen en el proceso de edificación por las lesiones sufridas por los empleados como consecuencia de accidentes laborales (Comentario a la STS de 22 de enero de 2003)», en *CCJC*, núm. 62, 2003, pp. 623 ss.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «Nulidad de contrato por vicio del consentimiento: intimidación; fletamento con cláusula CANDF (Comentario a la STS de 4 de octubre de 2002)», en *CCJC*, núm. 62, 2003, pp. 471 ss.
- BLANCO PÉREZ-RUBIO, Lourdes: «La notificación al deudor de la cesión del crédito hipotecario», en *RDP*, septiembre-octubre 2003, pp. 630 ss.
- BLANQUER UBEROS, Roberto: «Desde la accesoriedad de la hipoteca a la accesoriedad del crédito», en *AAMN*, t. XL, pp. 433 ss.
- BUSTOS LAGO, José Manuel: «Orden jurisdiccional civil: Jurisdicción competente para conocer de la acción de responsabilidad civil por incumplimiento de un contrato privado celebrado por una Administración Pública con un particular. Competencia jurisdiccional en los supuestos de ejercicio de la acción de responsabilidad civil extracontractual frente a la Administración Pública y a su aseguradora o, exclusivamente, frente a

- ésta (*obiter dicta*), (Comentario a la STS de 2 de diciembre de 2002)», en *CCJC*, núm. 61, 2003, pp. 295 ss.
- «Bases doctrinales y jurisprudenciales para la configuración del contrato autónomo de garantía en el ordenamiento jurídico español: las relaciones entre los sujetos del contrato», en *La Ley*, 2003-III, D-110.
- CALZADILLA MEDINA, M.<sup>a</sup> Aranzazu: «Responsabilidad de la Administración pública, jurisdicción civil y sujetos privados», en *RDP*, septiembre-octubre 2003, pp. 764 ss.
- CÁMARA LAPUENTE, Sergio: «Contrato de obra: recepción provisional, efectos; determinación y pago del precio. Interpretación del contrato: valor interpretativo de los actos posteriores. Arbitraje (Comentario a la STS de 12 de diciembre de 2002)», en *CCJC*, núm. 62, 2003, pp. 559 ss.
- CANALS BRAGE, Fernando: «La ampliación del derecho real de hipoteca en garantía de la ampliación del crédito garantizado. Algunas observaciones a la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN)», en *RCDI*, núm. 678, 2003, pp. 2255 ss.
- CARRASCO PERERA, Ángel: «Acta de finalización de obra de residencia geriátrica. Exigibilidad de seguro decenal para practicar la declaración de obra nueva (Comentario a la RDGRN de 8 de febrero de 2003)», en *CCJC*, núm. 62, 2003, pp. 695 ss.
- CARRIÓN, Salvador: «Antecedentes para un intento de armonización de los artículos 1145 y 1210-2.º del Código Civil», en *RDPat.*, núm. 11, 2003, pp. 79 ss.
- CASTÁN MARTÍNEZ, Luis Miguel: «Aspectos legales de los contagios por vía parenteral: evolución de la jurisprudencia y estado actual de la cuestión», en *CDJ*, t. I, 2002, pp. 143 ss.
- CASTRO VÍTORES, Germán de: «Acción Pauliana. Requisitos: perjuicio del acreedor y fraude. Reconocimiento de deuda y constitución de hipoteca. Anterior a la fecha de retroacción de la quiebra. No es a título gratuito la constitución de hipoteca que hace una sociedad para garantizar el crédito contraído por otra, cuando ambas pertenecen al mismo grupo o complejo económico (Comentario a la STS de 19 de septiembre de 2002)», en *CCJC*, núm. 62, 2003, pp. 451 ss.
- CLEMENTE MEORO, Mario E.: «La resolución del contrato como excepción procesal», en *RDPat*, núm. 11, 2003, pp. 65 ss.
- COLINA GAREA, Rafael: «La determinación del daño resarcible en la Ley de ordenación de la edificación. Delimitación de su ámbito objetivo de aplicación», en *RDP*, septiembre-octubre 2003, pp. 565 ss.
- COLOME, Laia: «La indemnización por desalojo del arrendatario en el contrato de arrendamiento para uso distinto al de vivienda», en *La Ley*, 2003-II, D-73.
- CONTIJOCH PRATDESABA, Ramón: «Concepto y tratamiento de la causa de “derribo” en los arrendamientos sometidos a la LAU 1964», en *RJC*, núm. 4, 2003, pp. 1121 ss.



- CORDERO LOBATO, Encarna: «Hipoteca de máximo en garantía de la restitución de descubiertos en cuenta corriente que el acreedor se obliga a aceptar: distinción con la hipoteca en garantía de obligaciones futuras y con la hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito. Contrato de crédito y contrato de garantía (Comentario a la STS de 31 de julio de 2002)», en *CCJC*, núm. 62, 2003, pp. 437 ss.
- CREMADES, Bernardo M.: «El convenio arbitral», en *La Ley*, 2003-II, D-80.
- CRISTÓBAL MONTES, Ángel: «Presupuestos y condiciones de la acción Pauliana», en *RDP*, mayo-junio 2003, pp. 295 ss.
- DESDENTADO BONETE, Aurelio y DESDENTADO DAROCA, Eva: «El reintegro de gastos por asistencia sanitaria externa en la Seguridad Social, con una indicación sobre la responsabilidad por los daños producidos en la prestación de los servicios sanitarios», en *CDJ*, t. I, 2002, pp. 419 ss.
- DESDENTADO DAROCA, Eva y DESDENTADO BONETE, Aurelio: «El reintegro de gastos por asistencia sanitaria externa en la Seguridad Social, con una indicación sobre la responsabilidad por los daños producidos en la prestación de los servicios sanitarios», en *CDJ*, t. I, 2002, pp. 419 ss.
- ESPÍN GUTIÉRREZ, Cristóbal: «La Directiva 2002/92/CE sobre la mediación en los seguros y su influencia en el ordenamiento jurídico español», en *RDCE*, núm. 15, 2003, pp. 629 ss.
- FERNÁNDEZ MASIÁ, Enrique: «Primeras consideraciones sobre el Anteproyecto de Reglamento sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II)», en *AC*, núm. 34, 2003, pp. 907 ss.
- FERNÁNDEZ DE AGUIRRE Y FERNÁNDEZ, Juan Carlos: «La responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria en general. Objeto y fundamento», en *CDJ*, t. I, 2002, pp. 13 ss.
- FONS RODRÍGUEZ, Carolina: «Los límites a la aclaración de sentencias y la subsidiariedad de la acción pauliana condicionante de su ejercicio», en *La Ley*, 2003-I, D-49.
- GARCÍA BERNALDO DE QUIRÓS, Joaquín: «La responsabilidad patrimonial por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia: dilaciones indebidas», en *CDJ*, t. II, 2002, pp. 91 ss.
- GARCÍA RUBIO, María Paz: «La transposición de la Directiva 1999/44/CE al Derecho español. Análisis del Proyecto de Ley de Garantías en la venta de bienes de consumo», en *La Ley*, 2003-II, D-71.
- GARCÍA SOLE, Fernando: «Factoring con recurso y con financiación (Comentario a la STS 11 de febrero de 2003)», en *La Ley*, 2003-II, D-83.
- GIMÉNEZ ROIG, Eusebio: «El vendedor desposeído y el artículo 1462.2 del Código Civil», en *RCDI*, núm. 677, 2003, pp. 1463 ss.
- GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, Javier: «Aspectos jurídicos del contrato electrónico y su incidencia en la función notarial», en *AAMN*, t. XLI, pp. 281 ss.

- GUERRERO ZAPLANA, José: «Las peculiaridades de la responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria: el criterio de la *lex artis*», en *CDJ*, t. I, 2002, pp. 53 ss.
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina: «Contratos: incumplimiento. Culpa contractual: moderación de la responsabilidad (Comentario a la STS de 6 de mayo de 2002)», en *CCJC*, núm. 61, 2003, pp. 17 ss.
- IGLESIA MONJE, María Isabel de la: «Constitución de derecho de superficie entre particulares. Inexistencia para la perfección del contrato del requisito de inscripción constitutiva. Derecho de superficie sobre construcción preexistente (Comentario a la STS de 26 de noviembre de 2002)», en *CCJC*, núm. 62, 2003, pp. 509 ss.
- INFANTE RUÍZ, Francisco J.: «La reforma del derecho de daños en Alemania», en *RDPat.*, núm. 11, 2003, pp. 131 ss.
- JIMÉNEZ BAUTISTA, Susana: «El concepto de profesional de la agricultura en la Ley de Arrendamientos Rústicos», en *RGLJ*, núm. 3, 2002, pp. 393 ss.
- JIMÉNEZ BLANCO, Pilar: «El tratamiento de las acciones colectivas en materia de consumidores en el Convenio de Bruselas», en *La Ley*, 2003-I, D-26.
- LECIÑENA IBARRA, Ascensión: «La cesión en garantía de créditos sociales derivados de la pertenencia a una sociedad civil de ejercicio profesional», en *RDPat.*, núm. 11, 2003, pp. 119 ss.
- LUCAS ESTEVE, Adolfo: «Presupuestos para constituir derecho de retención en Cataluña», en *RJNot.*, núm. 44, 2002, pp. 165 ss.
- LUNA YERGA, Álvaro: «Responsabilidad de profesionales sanitarios. Paciente sufre incontinencia anal a consecuencia de una intervención de hemorroides sangrantes con fisura anal. Daño desproporcionado del que se desprende la culpa del cirujano demandado. Aplicabilidad del artículo 28 LGDCU (Comentario a la STS de 31 de enero de 2003)», en *CCJC*, núm. 62, 2003, pp. 655 ss.
- MADRID PARRA, Agustín: «Ley modelo de la CNUDM/UNCITRAL para las firmas electrónicas», en *RDPat.*, núm. 11, 2003, pp. 31 ss.
- MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús: «Dictamen jurídico sobre el caso English Opening School (crédito a consumo, cesión de créditos y contratos vinculados)», en *RCDI*, núm. 677, 2003, pp. 1735 ss.
- MARTÍ MARTÍ, Joaquim: «Arrendamiento de obra y entrega defectuosa», en *La Ley*, 2003-I, D-29.
- MARTÍ SÁNCHEZ, Nicolás: «Algunos aspectos del contrato de aparcamiento de vehículos (examen urgente de la Ley 40/2002, de 14 de noviembre)», en *La Ley*, 2003-I, D-37.
- MARTÍN CASALS, Miquel y SOLÉ FELIÚ, Josep: «Responsabilidad decenal: Ruina funcional. Daños morales derivados de incumplimiento contractual. Daño moral derivado de la lesión de bienes inmateriales (Comentario a la STS de 31 de octubre de 2002)», en *CCJC*, núm. 61, 2003, pp. 245 ss.

- «Responsabilidad por productos defectuosos. Daños causados por la explosión de una botella de gaseosa. Defecto de fabricación (Comentario a la STS de 21 de febrero de 2003)», en *CCJC*, núm. 62, 2003, pp. 781 ss.
- «Aplicación de la Ley de responsabilidad por productos defectuosos: la explosión de una botella y el defecto de fabricación», en *La Ley*, 2003 III, D-147.

MARTÍNEZ ROSADO, Javier: «Consideraciones en torno a las modernas figuras de garantía: las reservas de dominio complejas», en *RDP*, julio-agosto 2003, pp. 461 ss.

MÁS BADÍA, María Dolores: «La prelación entre el retracto de colindantes de la Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de las explotaciones Agrarias y el retracto arrendaticio rústico», en *RCDI*, núm. 678, 2003, pp. 2035 ss.

MORA LORENZO, Carmen y ONTIVEROS RODRÍGUEZ, Francisco: «La contratación electrónica», en *La Ley*, 2003-II, D-51.

NAVARRO MENDIZÁBAL, Iñigo A.: «La responsabilidad civil y el Prestige: el mar (y otras muchas cosas) están chapapoteados, ¿quién los deschapapoteará?...», en *RGLJ*, núm. 4, 2002, pp. 595 ss.

NAVARRO VIÑUALES, José M.<sup>a</sup>: «Autocontratación y conflicto de intereses: Especial referencia a la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado», en *AAMN*, t. XLI, pp. 41 ss.

NAVEIRA ZARRA, Maita M.<sup>a</sup>: «La Ley de Marcas de 2001: un punto de inflexión en el análisis funcional del Derecho de daños», en *RDP*, mayo-junio 2003, pp. 372 ss.

NIETO MARTÍN, Fernando: «Quien contamina, paga. El caso Prestige», en *La Ley*, 2003-I, D-30.

NÚÑEZ IGLESIAS, Álvaro: «Ejercicio directo de la acción del subcontratista contra el dueño de la obra. Suspensión de pagos del contratista (Comentario a la STS de 11 de octubre de 2002)», en *CCJC*, núm. 61, 2003, pp. 177 ss.

ONTIVEROS RODRÍGUEZ, Francisco y MORA LORENZO, Carmen: «La contratación electrónica», en *La Ley*, 2003-II, D-51.

PALMA FERNÁNDEZ, José Luis: «Telecomunicaciones y responsabilidad patrimonial en la doctrina del Consejo de Estado», en *CDJ*, t. II, 2002, pp. 29 ss.

PARDO LEAL, Marta: «La futura Directiva sobre responsabilidad ambiental: de a responsabilidad civil a la responsabilidad administrativa», en *GJ*, núm. 225, 2003, pp. 100 ss.

PARRA LUCÁN, M.<sup>a</sup> Ángeles: «Préstamo usurario. Nulidad por simulación y nulidad por usura. Operación equivalente al préstamo de dinero articulada mediante la celebración de contratos de compraventa, arrendamiento y opción de compra. Restitución de la suma recibida (Comentario a la STS de 21 de febrero de 2003)», en *CCJC*, núm. 62, 2003, pp. 805 ss.

- PECES MORATE, Jesús Ernesto: «Criterios jurisprudenciales actuales en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria», en *CDJ*, t. I, 2002, pp. 465 ss.
- «La responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria», en *CDJ*, t. II, 2002, pp. 181 ss.
- PETIT LAVALL, M.<sup>a</sup> Victoria: «El retraso en el transporte aéreo de pasajeros», en *DN*, núm. 158, 2003, pp. 1 ss.
- PULGAR EXQUERRA, Juana: «Especialidades del transporte de mercancías en contenedores», en *RDM*, núm. 247, 2003, pp. 37 ss.
- RAMOS HERRANZ, Isabel: «El patrocinio televisivo», en *DN*, núm. 156, 2003, pp. 1 ss.
- REBOLLEDO VARELA, Ángel: «Medianería: elemento común de dos edificios. Extinción por mutuo acuerdo mediante construcción de paredes adosadas. Responsabilidad por los daños causados. Condominio sobre la fachada: extinción. Imposibilidad de adquisición de servidumbre sobre predio no ajeno. Actos tolerados enmarcables en las relaciones de vecindad (Comentario a la STS de 19 de noviembre de 2002)», en *CCJC*, núm. 61, 2003, pp. 283 ss.
- REQUERO IBÁÑEZ, José Luis: «El consentimiento informado y la responsabilidad patrimonial de las Administraciones», en *CDJ*, t. I, 2002, pp. 319 ss.
- REYES LÓPEZ, María José: «Extinción del aval por imposibilitar el banco ejecutante la subrogación en el crédito (Comentario a la STS de 28 de enero de 2003)», en *CCJC*, núm. 62, 2003, pp. 543 ss.
- RODRÍGUEZ DÍAZ, Isabel: «En torno a la garantía a primera demanda», *RDBB*, núm. 90, 2003, pp. 7 ss.
- RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, Ana María: «La responsabilidad del naviero: receptum nautarum, periculum y custodiam paestare. Fundamentos de Derecho romano clásico», en *DN*, núm. 154-155, 2003, pp. 17 ss.
- RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime: «Nuevas orientaciones doctrinales sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública», en *CDJ*, t. II, 2002, pp. 9 ss.
- ROMERO FERNÁNDEZ, Jesús A.: «De nuevo sobre la transferencia bancaria», en *RDPat.*, núm. 11, 2003, pp. 107 ss.
- ROMERO HERRERO, Honorio: «Responsabilidad del heredero y el legatario», en *AAMN*, t. XLI, pp. 453 ss.
- RUDA GONZÁLEZ, Albert: «Responsabilidad civil extracontractual. Caída en terreno adjunto a edificio en obras. Causalidad. Culpa y previsibilidad del daño. Prueba y culpa de la víctima. Edad avanzada y culpa de la víctima (Comentario a la STS de 12 de febrero de 2003)», en *CCJC*, núm. 62, 2003, pp. 729 ss.
- «Cessió de finca o d'estabilitat a canvi de construcció futura», en *RJC*, núm. 1, 2003, pp. 9 ss.

- RUEDA MARTÍNEZ, José-Alejo: «Tercería de dominio. Contrato de factoring. Modalidades. Efectos traslativos de las cesiones de crédito (Comentario a la STS de 11 de febrero de 2003)», en *CCJC*, núm. 62, 2003, pp. 711 ss.
- RUIZ OJEDA, Alberto: «La responsabilidad de la Administración contratante en los supuestos de daños causados a terceros por sus contratistas y concesionarios. (Inercias y atolladeros del instituto resarcitorio en el ámbito de la contratación administrativa)», en *CDJ*, t. II, 2002, pp. 151 ss.
- RUIZ-RICO RUIZ, Catalina: «La caducidad convencional en las relaciones de consumo», en *CDC*, núm. 36, 2001, pp. 179 ss.
- SÁEZ HIDALGO, Ignacio: «La responsabilidad patrimonial de las Comunidades Autónomas como consecuencia del traspaso de competencias en materia sanitaria», en *CDJ*, t. I, 2002, pp. 295 ss.
- SALVADOR ROLDÁN, Rocío: «La reclamación de daños y perjuicios por infracción del Derecho de la competencia en Europa: ¿una aproximación al modelo americano?», en *GJ*, núm. 226, 2003, pp. 82 ss.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.<sup>a</sup> Paz: «Distorsiones operadas en el derecho contractual como consecuencia de la transposición del derecho comunitario *pro consumatore*», en *AC*, núm. 35, 2003, pp. 931 ss.
- «Las tendencias unificadores del Derecho contractual», en *RD*, septiembre-octubre 2003, pp. 709 ss.
- SÁNCHEZ MELGAR, Julián: «Responsabilidad civil de los profesionales», en *AAMN*, t. XL, pp. 11 ss.
- SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA, Alfredo: «Nulidad por simulación absoluta de dos compraventas consecutivas y disposición posterior en convenio regulador de separación conyugal de lo aparentemente adquirido. Procedencia de declarar la nulidad de la disposición contenida en el convenio, expresamente interesada por uno de los litigantes; y también, de oficio, la de las compraventas aparentes, no pedida por ninguna de las partes. No procede la disolución de la comunidad de bienes, realmente inexistente, dada la simulación de los negocios precedentes (Comentario a la STS de 5 de diciembre de 2002)», en *CCJC*, núm. 62, 2003, pp. 543 ss.
- SANZ VIOLA, Ana María: «Donación: revocación por ingratitud (Comentario a la STS de 19 de febrero de 2003)», en *CCJC*, núm. 62, 2003, pp. 763 ss.
- SERRA CAMUS, Miquel: «Finalización del arrendamiento urbano al extinguirse el derecho del usufructuario arrendador», en *RJC*, núm. 3, 2003, pp. 767 ss.
- SOLÉ FELIÚ, Josep y MARTÍN CASALS, Miquel: «Responsabilidad decenal: Ruina funcional. Daños morales derivados de incumplimiento contractual. Daño moral derivado de la lesión de bienes inmateriales (Comentario a la STS de 31 de octubre de 2002)», en *CCJC*, núm. 61, 2003, pp. 245 ss.
- «Responsabilidad por productos defectuosos. Daños causados por la explosión de una botella de gaseosa. Defecto de fabricación (Comentario a la STS de 21 de febrero de 2003)», en *CCJC*, núm. 62, 2003, pp. 781 ss.

- «Aplicación de la Ley de responsabilidad por productos defectuosos: la explosión de una botella y el defecto de fabricación», en *La Ley*, 2003-III, D-147.
- SOLER PRESAS, Ana: «Alcance de la indemnización en caso de resolución por falta de pago del precio de la compraventa: no comprende los intereses de la hipoteca en que se subrogaron los vendedores al comprar un nuevo piso (Comentario a la STS de 23 de diciembre de 2002)», en *CCJC*, núm. 61, 2003, pp. 373 ss.
- STAMPA CASA, Gonzalo: «Motivos y propuestas para la reforma de la Ley de arbitraje», en *La Ley*, 2003-III, D-120.
- SURROCA COSTA, Alfons: «Responsabilidad civil por culpa extracontractual. Graves lesiones sufridas por un niño a ingerir detergente en lugar de agua en un chiringuito con licencia del Ayuntamiento. Proceso penal condenatorio con reserva de las acciones civiles (Comentario a la STS de 23 de diciembre de 2002)», en *CCJC*, núm. 61, 2003, pp. 353 ss.
- TÉLLEZ LAPEIRA, Antonio: «Compraventa judicial y acción contradictoria de dominio por caducidad de la anotación preventiva del embargo ejecutado», en *La Ley*, 2003-II, D-62.
- VEIGA COPO, Abel B.: «La pignoración de un seguro de crédito y la necesidad del consentimiento de la aseguradora», *RDBB*, núm. 91, 2003, pp. 229 ss.
- ZORRILLA SUÁREZ, Manuel María: «Reflexiones sobre la responsabilidad patrimonial por actos de supervisión de las Administraciones públicas», en *CDJ*, t. II, 2002, pp. 213 ss.
- ZURITA MARTÍN, Isabel: «Reflexiones en torno a la Ley 23/2001, de 31 de diciembre, del Parlamento de Cataluña, sobre cesión de finca o de edificabilidad a cambio de construcción futura», en *RJNot.*, núm. 44, 2002, pp. 217 ss.

## DERECHOS REALES. DERECHO INMOBILIARIO REGISTRAL

- ALIAGA HUARIPATA, Luis Alberto: «Los efectos sustantivos de la inscripción y el rol del Registro en la protección del tráfico jurídico inmobiliario», en *RCDI*, núm. 677, 2003, pp. 1795 ss.
- ARENAS CABELLO, Francisco J.: «La responsabilidad civil de los arquitectos técnicos en el ejercicio libre de la profesión», en *AC*, núm. 43, 2003, pp. 1137 ss.
- BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena: «El artículo 153 de la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000», en *RGLJ*, núm. 3, 2002, pp. 375 ss.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «Propiedad Intelectual: protección de las meras fotografías; utilización de fotografías sobre temas de actualidad en periódico (Comentario a la STS de 31 de diciembre de 2002)», en *CCJC*, núm. 61, 2003, pp. 399 ss.

- BLANQUER UBEROS, Roberto: «Desde la accesoriedad de la hipoteca a la accesoriedad del crédito», en *AAMN*, t. XL, pp. 433 ss.
- BUSTOS PUECHE, José Enrique: «El sujeto beneficiario de la protección registral», en *RCDI*, núm. 679, 2003, pp. 2583 ss.
- CABEZUELO ARENAS, Ana Laura: «Adquisición a non domino. Tercero hipotecario. Finca embargada que es objeto de agrupación no constando en ésta el anterior embargo. Adquisición de la finca agrupada por tercero de buena fe (Comentario a la STS de 5 de diciembre de 2002)», en *CCJC*, núm. 62, 2003, pp. 525 ss.
- CANALS BRAGE, Fernando: «La ampliación del derecho real de hipoteca en garantía de la ampliación del crédito garantizado. Algunas observaciones a la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN)», en *RCDI*, núm. 678, 2003, pp. 2255 ss.
- CARRASCO, Ángel y CARRETERO, Ana: «El derecho de prenda en la ley 19/2002, de Cataluña, de derechos reales de garantía», en *RJC*, núm. 4, 2003, pp. 973 ss.
- CARRETERO, Ana y CARRASCO, Ángel: «El derecho de prenda en la ley 19/2002, de Cataluña, de derechos reales de garantía», en *RJC*, núm. 4, 2003, pp. 973 ss.
- CASADO CERVIÑO, Alberto: «El uso obligatorio de la marca», en *AC*, núm. 37, 2003, pp. 993 ss.
- «El vínculo entre los sistemas comunitario e internacional de protección de marcas», en *GJ*, núm. 228, 2003, pp. 3 ss.
- CASANOVA SANGUINO, Fernando: «El requerimiento extrajudicial en la ejecución hipotecaria de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», en *La Ley*, 2003-I, D-38.
- CASTILLO MARTÍNEZ, Carolina del Carmen: «La indemnización por daños y la problemática de su cuantificación (cuestiones escogidas)», en *AC*, núm. 41, 2003, pp. 1091 ss.
- CASTRO VÍTORES, Germán de: «Acción Pauliana. Requisitos: perjuicio del acreedor y fraude. Reconocimiento de deuda y constitución de hipoteca. Anterior a la fecha de retroacción de la quiebra. No es a título gratuito la constitución de hipoteca que hace una sociedad para garantizar el crédito contraído por otra, cuando ambas pertenecen al mismo grupo o complejo económico (Comentario a la STS de 19 de septiembre de 2002)», en *CCJC*, núm. 62, 2003, pp. 451 ss.
- CERVILLA GARZÓN, M.<sup>a</sup> Dolores: «Una nueva visión de la responsabilidad profesional del abogado», en *AC*, núm. 40, 2003, pp. 1075 ss.
- CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, José Luis: «Los derechos de autor sobre la obra plástica», en *CDJ*, t. XIII, 2001, pp. 35 ss.
- CORDERO LOBATO, Encarna: «Hipoteca de máximo en garantía de la restitución de descubiertos en cuenta corriente que el acreedor se obliga a aceptar: distinción con la hipoteca en garantía de obligaciones futuras y con la hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito. Contrato de crédito

- y contrato de garantía (Comentario a la STS de 31 de julio de 2002)», en *CCJC*, núm. 62, 2003, pp. 437 ss.
- DÍEZ GARCÍA, Helena: «Hipoteca de máximo en garantía de una pluralidad de obligaciones futuras. Principio de especialidad (Comentario a la STS de 27 de mayo de 2002)», en *CCJC*, núm. 61, 2003, pp. 69 ss.
- DOMÍNGUEZ PÉREZ, Eva: «La protección de exclusiva de un modelo industrial sólo procede a partir de la inscripción en el Registro (Comentario a la STS de 17 de octubre de 2002)», en *CCJC*, núm. 61, 2003, pp. 197 ss.
- DORADO MUÑOZ, Manuel: «Reflexiones acerca de la caducidad de las anotaciones preventivas en el Registro de la Propiedad, a la luz de la nueva redacción del artículo 86 de la Ley Hipotecaria, introducida por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil», en *CDC*, núm. 35, 2001, pp. 263 ss.
- FERNÁNDEZ DOMINGO, Jesús Ignacio: «El *fetosín* segoviano: un supuesto desconocido de aprovechamiento territorial», en *AC*, núm. 36, 2003, pp. 959 ss.
- El «fetosín», o los «fetosines», constituyen una figura territorial y tradicional que aún existe en algunas localidades de la provincia de Segovia. Presenta ciertas afinidades con la enfiteusis, de la que, probablemente, sea una derivación. No obstante, difiere en algunos aspectos destacables, como la no transmisibilidad de las fincas sujetas a esta carga y el hecho de que su aprovechamiento, vitalicio, se lleva a cabo por riguroso turno entre los vecinos.
- FERRÁNDIZ GABRIEL, José Ramón: «La protección de los dibujos y modelos industriales mediante la legislación de la propiedad intelectual», en *CDJ*, t. XIII, 2001, pp. 125 ss.
- FRANCO, Fernando de: «Propiedad intelectual y comunicación pública. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 439/2003 (Sala de lo Civil, pleno), de 10 de mayo de 2003», en *RDP*, septiembre-octubre 2003, pp. 797 ss.
- GARCÍA VICENTE, José Ramón: «Prenda de créditos; función y fehaciencia de la notificación al deudor. Prenda de créditos contra la Hacienda Pública: jurisdicción competente (Comentario a la STS de 12 de diciembre de 2002)», en *CCJC*, núm. 62, 2003, pp. 573 ss.
- GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, Rafael: «Adopción e impugnación de acuerdos de la junta de propietarios en la propiedad horizontal», en *AAMN*, t. XL, pp. 111 ss.
- GONZÁLEZ NIETO, Juan Carlos: «La coordinación entre el Registro de la Propiedad y el Registro Civil: criterios de reforma», en *RCDI*, núm. 679, 2003, pp. 2801 ss.
- GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel: «Propiedad horizontal. Impugnación del acuerdo de comunidad de propietarios sobre modificación de estatutos. Prohibición de destinar los pisos a uso distinto del de vivienda. Falta de unanimidad. Impugnación judicial (Comentario a la STS de 13 de marzo de 2003)», en *CCJC*, núm. 62, 2003, pp. 857 ss.



- IGLESIA MONJE, María Isabel de la: «Constitución de derecho de superficie entre particulares. Inexistencia para la perfección del contrato del requisito de inscripción constitutiva. Derecho de superficie sobre construcción preexistente (Comentario a la STS de 26 de noviembre de 2002)», en *CCJC*, núm. 62, 2003, pp. 509 ss.
- LACRUZ MANTECÓN, Miguel: «Propiedad intelectual y sociedad de la información», en *RGLJ*, núm. 3, 2002, pp. 415 ss.
- LARGO GIL, Rita: «Las marcas colectivas y las marcas de garantía en la Ley de Marcas de 2001», en *CDC*, núm. 35, 2001, pp. 129 ss.
- LOBATO GARCÍA-MIJÁN, Manuel: «La Ley 10/2002, de 29 de abril, de modificación de la Ley de Patentes, para la incorporación al Derecho español de la Directiva 98/44/CE», en *EDJ*, núm. 40, 2002, pp. 79 ss.
- LÓPEZ FERNÁNDEZ, Luis Miguel: «Zona marítimo terrestre: naturaleza de dominio público. Efectos del deslinde anterior a la Ley de Costas de 28 de julio de 1988 (Comentario a la STS de 7 de mayo de 2002)», en *CCJC*, núm. 61, 2003, pp. 31 ss.
- LÓPEZ MEDEL, Jesús: «Acceso al Registro de la Propiedad de las cláusulas, convenios y laudos arbitrales», en *RCDI*, núm. 679, 2003, pp. 2817 ss.
- LORA-TAMAYO, Isidoro: «Aspectos notariales del aprovechamiento por turno de bienes inmuebles», en *AAMN*, t. XL, pp. 171 ss.
- MARTÍN MUÑOZ, Alberto: «La regulación de las marcas de garantía en la Ley 17/2001, de Marcas», en *La Ley*, 2003-II, D-86.
- MARTÍNEZ SANCHÍS, José Ángel: «Sobre el título inscrito», en *AAMN*, t. XL, pp. 327 ss.
- MÁS BADÍA, María Dolores: «La prelación entre el retracto de colindantes de la Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de las explotaciones Agrarias y el retracto arrendaticio rústico», en *RCDI*, núm. 678, 2003, pp. 2035 ss.
- MILLÁN SALAS, Francisco: «Las denominaciones de origen: el derecho de uso», en *RGLJ*, núm. 2, 2002, pp. 213 ss.
- MOLTÓ DARNER, José M.<sup>a</sup>: «Competencia judicial en materia de expropiación forzosa», en *RJC*, núm. 1, 2003, pp. 221 ss.
- «Competencia judicial en materia de expropiación forzosa: segundo capítulo», en *RJC*, núm. 2, 2003, pp. 545 ss.
- MORALEJO IMBERNÓN, Nieves: «Acción declarativa de propiedad entablada por los adquirentes de unas fincas objeto de un procedimiento ejecutivo que había causado sendas anotaciones preventivas de embargo contra los titulares de un crédito hipotecario inscrito en el Registro con posterioridad, que resultaron adjudicatarios de esos mismos bienes por el procedimiento del Art. 131 LH (Comentario a la STS de 31 de mayo de 2002)», en *CCJC*, núm. 61, 2003, pp. 89 ss.

- NAVEIRA ZARRA, Maita M.<sup>a</sup>: «La Ley de Marcas de 2001: un punto de inflexión en el análisis funcional del Derecho de daños», en *RDP*, mayo-junio 2003, pp. 372 ss.
- OTERO IGLESIAS, Ana: «El arbitraje en la nueva Ley de Marcas», en *La Ley*, 2003-I, D-36.
- PALAU RAMÍREZ, Felipe: «La obra colectiva y su autoría (A propósito de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 14.<sup>a</sup>, de 26 de septiembre de 2000, AC 2000/2447, «Memoria contable del Banco de Santander»)», en *CDJ*, t. XIII, 2001, pp. 9 ss.
- PASQUALIS, Paolo: «La actividad documental de los Notarios en la Unión Europea y los Registros Públicos», en *AAMN*, t. XL, pp. 415 ss.
- PELLISÉ CAPELL, Jaime: «Sobre la noción positiva de diseño comunitario», en *RJC*, núm. 1, 2003, pp. 103.
- PÉREZ VEGA, Ángeles: «El paso a través de la finca ajena no siempre se considera servidumbre de paso, a propósito de la sentencia dictada por la Sala 1.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo de fecha 13 de diciembre de 2001 (AC 13/2002, 237)», en *AC*, núm. 30, 2003, pp. 813 ss.
- PUNTE DE ALFARO, Fernando de la: «Modificaciones en el ámbito legal del Registro de la Propiedad de Inglaterra y Gales. Land Registration Act 2002», en *RCDI*, núm. 677, 2003, pp. 2077 ss.
- REBOLLEDO VARELA, Ángel: «Medianería: elemento común de dos edificios. Extinción por mutuo acuerdo mediante construcción de paredes adosadas. Responsabilidad por los daños causados. Condominio sobre la fachada: extinción. Imposibilidad de adquisición de servidumbre sobre predio no ajeno. Actos tolerados enmarcables en las relaciones de vecindad (Comentario a la STS de 19 de noviembre de 2002)», en *CCJC*, núm. 61, 2003, pp. 283 ss.
- REVILLA GONZÁLEZ, José Alberto: «La tercería de dominio. La tercería de meyor derecho», en *CDJ*, t. XIV, 2001, pp. 173 ss.
- RIBERA BLANES, Begoña: «Acción reivindicatoria en base a ejercicio de derecho de sustitución fideicomisaria. Posesión. Pago de gastos necesario y útiles al poseedor de la finca (Comentario a la STS de 20 de mayo de 2002)», en *CCJC*, núm. 61, 2003, pp. 53 ss.
- RODRÍGUEZ, Lino: «El enigmático *nexum* como precedente de la hipoteca», en *RCDI*, núm. 677, 2003, pp. 1537 ss.
- ROGEL VIDE, Carlos: «Interpretación y autoría», en *RGLJ*, núm. 4, 2002, pp. 643 ss.
- RUEDA MARTÍNEZ, José-Alejo: «Tercería de dominio. Contrato de factoring. Modalidades. Efectos traslativos de las cesiones de crédito (Comentario a la STS de 11 de febrero de 2003)», en *CCJC*, núm. 62, 2003, pp. 711 ss.
- SAELLES, José R.: «La protección de la propiedad intelectual en la sociedad de la información», en *CDJ*, t. XIII, 2001, pp. 171 ss.

- SERRANO GÓMEZ, Eduardo: «El derecho de remuneración compensatoria por copia privada», en *CDJ*, t. XIII, 2001, pp. 83 ss.
- TÉLLEZ LAPEIRA, Antonio: «Compraventa judicial y acción contradictoria de dominio por caducidad de la anotación preventiva del embargo ejecutado», en *La Ley*, 2003-II, D-62.
- TUR FAÚNDEZ, M.<sup>a</sup> Nélica: «Acción confesoria de servidumbre. Adquisición de servidumbre por destino del padre de familia. La falta de inscripción registral de una servidumbre aparente no puede amparar a tercero (Comentario a la STS de 2 de diciembre de 2002)», en *CCJC*, núm. 61, 2003, pp. 321 ss.
- VEIGA COPO, Abel B.: «La pignoración de un seguro de crédito y la necesidad del consentimiento de la aseguradora», *RDBB*, núm. 91, 2003, pp. 229 ss.
- VELA SÁNCHEZ, Antonio J.: «Subasta pública judicial y su eficacia sobre la transmisión dominical de inmuebles. Requisitos para que se cumpla la doctrina del título y el modo, y para que, adjudicada la finca, desconociendo la inexactitud registral, el rematante goce de la condición de tercero del art. 34 de la Ley Hipotecaria (Comentario a la STS de 14 de octubre de 2002)», en *CCJC*, núm. 61, 2003, pp. 185 ss.

#### DERECHO DE FAMILIA

- BAYOD LÓPEZ, Carmen: «Pareja estable y requisitos de capacidad. Ámbito de aplicación de la ley aragonesa de parejas estables no casadas (Ley 6/1999, de 26 de marzo)», en *RGLJ*, núm. 4, 2002, pp. 539 ss.
- BORRÁS, Alegría: «Competencia judicial, reconocimiento y ejecución de decisiones en materia matrimonial: el Reglamento 1347/2000, de 29 de mayo ("Bruselas II")», en *RJC*, núm. 2, 2003, pp. 361 ss.
- CABALLO ANGELATS, Lluís: «La lectura del Codi de família a l'atorgament del consentiment matrimonial en la forma civil a Catalunya», en *RJC*, núm. 3, 2003, pp. 825 ss.
- CERVILLA GARZÓN, María Dolores: «El derecho a percibir una pensión compensatoria en las rupturas de las parejas de hecho», en *RJNot.*, núm. 44, 2002, pp. 127 ss.
- CORDERO CUTILLAS, Iciar: «Comentario a la STS de 17 de enero de 2003: disolución por voluntad unilateral de la convivencia *more uxorio*», en *AC*, núm. 30, 2003, pp. 831 ss.
- DÍAZ ALABARTA, Silvia: «El derecho de relación personal entre el menor y sus parientes y allegados», en *RDP*, mayo-junio 2003, pp. 345 ss.
- FÉLIX BALLESTA, M.<sup>a</sup> Ángeles: «Reflexiones sobre el matrimonio gitano y su posible eficacia civil», en *RJC*, núm. 2, 2003, pp. 407 ss.
- GAVIDIA SÁNCHEZ, Julio Vicente: «Compensación del enriquecimiento injusto y principio de protección al conviviente perjudicado por la situación de hecho», en *La Ley*, 2003-III, D-127.

- HERRANZ BALLESTEROS, Mónica: «Primeros pasos de la práctica registral española en la aplicación del reglamento en materia matrimonial: reflexiones al hilo de la Resolución de la DGRN de 4 de mayo de 2002», en *La Ley*, 2003-I, D-33.
- LAÍNA, José M.<sup>a</sup>: «La pragmática de Carlos IV y el matrimonio de los hijos de familia», en *RDP*, julio-agosto 2003, pp. 372 ss.
- LETE DEL RÍO, José Manuel: «La disposición de la vivienda habitual por el cónyuge titular (I)», en *AC*, núm. 39, 2003, pp. 1055 ss.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos: «Acuerdos entre convivientes *more uxorio*», en *AAMN*, t. XL, pp. 201 ss.
- MARTÍNEZ DE MORENTÍN, M.<sup>a</sup> Lourdes: «Las uniones de hecho o la aversión a determinadas normas jurídicas», en *AC*, núm. 42, 2003, pp. 1123 ss.
- MUÑOZ ESPADA, Esther: «El valor y eficacia del régimen económico matrimonial primario», en *RJNot.*, núm. 44, 2002, pp. 187 ss.
- NAVARRO CASTRO, Miguel: «Derecho de visitas a los menores a favor de los abuelos y otros parientes (Comentario a la STS de 20 de septiembre de 2002)», en *CCJC*, núm. 62, 2003, pp. 461 ss.
- QUICIOS MOLINA, Susana: «Acción de reclamación de paternidad por el sediente progenitor e impugnación de la contradictoria: negativa de la madre a que se practiquen pruebas biológicas; conflicto de intereses entre la madre y el hijo menor de edad demandados; nombramiento de oficio de defensor judicial del menor. Desistimiento del actor frente al demandado que figura como padre: existencia de litisconsorcio pasivo necesario no declarada (Comentario a la STS de 7 de noviembre de 2002)», en *CCJC*, núm. 62, 2003, pp. 489 ss.
- REYES LÓPEZ, M.<sup>a</sup> José: «La Ley 7/2003, de 1 de abril, de la Sociedad Limitada Nueva Empresa y la empresa familiar», en *AC*, núm. 28, 2003, pp. 771 ss.
- RIVERA SABATÉS, Vidal: «Sociedad de gananciales: carácter común de un bien. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de diciembre de 2002», en *RDP*, septiembre-octubre 2003, pp. 695 ss.
- RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco: «Efectos de la crisis matrimonial respecto de los hijos. Estudio judicial (Juzgados de Catalunya)», en *RJC*, núm. 3, 2003, pp. 657 ss.
- SALAZAR BORT, Santiago: «Comentario a la STS de 17 de enero de 2003. De nuevo sobre parejas no casadas», en *La Ley*, 2003-II, D-101.
- SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Ángel: «Aspectos jurídicos generales de la explotación agraria en España», en *RGLJ*, núm. 2, 2002, pp. 243 ss.
- SOLANS BALLARINI, Susana: «La temporalidad de la pensión compensatoria», en *RJC*, núm. 2, 2003, pp. 549 ss.
- TORRERO MUÑOZ, Magda: «Denegación de la inscripción de una escritura pública por la que los esposos, separados judicialmente, rectifican el convenio regulador debido a un error involuntario, por carecer de la

- aprobación judicial (Comentario a la STS de 12 de febrero de 2002)», en *CCJC*, núm. 62, 2003, pp. 673 ss.
- VALL, Anna María, y VILLAGRASA, Carles: «Comentaris i reflexions sobre la regulació de la mediació familiar en el Pret civil de Catalunya», en *RJC*, núm. 2, 2003, pp. 333 ss.
- VILLAGRASA, Carles, y VALL, Anna María: «Comentaris i reflexions sobre la regulació de la mediació familiar en el Pret civil de Catalunya», en *RJC*, núm. 2, 2003, pp. 333 ss.
- ZURITA MARTÍN, Isabel: «La privación de la patria potestad por sentencia dictada en causa criminal», en *AC*, núm. 32, 2003, pp. 865 ss.

### DERECHO DE SUCESIONES

- ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: «La sucesión del descendiente ulterior del causante en lugar del descendiente intermedio no preterido (análisis del artículo 814, párrafo antepenúltimo, del Código Civil)», en *AC*, núm. 28, 2003, pp. 753 ss.
- BUSTO LAGO, José Manuel: «La sucesión testada en el Derecho Civil propio de Galicia: el testamento abierto notarial, el testamento mancomunado y la delegación de la facultad de mejorar», en *RCDI*, núm. 677, 2003, pp. 1537 ss.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés: «Colación de alimentos. Colación de deudas. Partición hereditaria. Transmisión mortis causa de la titularidad de una Administración de Lotería en régimen de concesión. Sucesión excepcional (Comentario a la STS de 28 de febrero de 2003)», en *CCJC*, núm. 62, 2003, pp. 833 ss.
- FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, M.<sup>a</sup> Soledad de la: «Hacia la armonización legislativa en materia particional: ordenamientos español y francés», en *AC*, núm. 3127, 2003, pp. 843 ss.
- GARCÍA-BERNARDO LANDETA, Alfredo: «Sustitución vulgar de un colegitimario por sus hijos, que repudia la herencia. (Comentario a la resolución de 11 de octubre de 2002)», en *RJNot.*, núm. 44, 2002, pp. 269 ss.
- LÁZARO GONZÁLEZ, Isabel: «Legítima conforme a la Ley española de una hija no matrimonial a la que se había preterido en testamento otorgado con arreglo a la ley inglesa, ley nacional del causante (Comentario a la STS de 23 de septiembre de 2002)», en *CCJC*, núm. 61, 2003, pp. 155 ss.
- MATA DE ANTONIO, José M.<sup>a</sup>: «Problemas prácticos en torno a la capacidad sucesoria del *concepturus*», en *RDP*, septiembre-octubre 2003, pp. 658 ss.
- MESTRE RODRÍGUEZ, María Luisa: «Mejora y legado. Institución condicional o modal. Interpretación del testamento: utilización de medios extrínsecos (Comentario a la STS de 21 de enero de 2003)», en *CCJC*, núm. 62, 2003, pp. 609 ss.

- MILLÁN SALAS, Francisco: «La partición hecha por el testador al amparo del nuevo artículo 1056.2 del Código Civil», en *AC*, núms. 45-46, 2003, pp. 1179 ss.
- PEREÑA VICENTE, Montserrat: «La reforma del Derecho sucesorio francés llevada a cabo por la Ley de 3 de diciembre de 2001», en *RCDI*, núm. 679, 2003, pp. 2855 ss.
- PÉREZ GIMÉNEZ, M.<sup>a</sup> Teresa: «Las sustituciones pupilar y ejemplar en la persona del ascendiente de línea diferente a la de procedencia de los bienes, ¿excluyen la aplicación de la reserva lineal del artículo 811 del Código Civil?», en *AC*, núm. 38, 2003, pp. 1033 ss.
- REYES LÓPEZ, M.<sup>a</sup> José: «La Ley 7/2003, de 1 de abril, de la Sociedad Limitada Nueva Empresa y la empresa familiar», en *AC*, núm. 287, 2003, pp. 771 ss.
- ROMERO HERRERO, Honorio: «Responsabilidad del heredero y el legatario», en *AAMN*, t. XLI, pp. 453 ss.
- ROMERO PAREJA, Agustín: «Los derechos sucesorios de las uniones familiares no matrimoniales», en *La Ley*, 2003-II, D-846.
- SERRANO GARCÍA, José Antonio: «Caso de testamento mancomunado aragonés resuelto por el Tribunal Supremo. Avatares de la casación foral aragonesa. Legados a los hijos en usufructo y a sus descendientes en nuda propiedad. Usufructo efectivo y nuda propiedad sujeta a condición suspensiva. Interpretación del testamento (Comentario a la STS de 24 de octubre de 2002)», en *CCJC*, núm. 61, 2003, pp. 213 ss.
- YZQUIERDO TOSADA, Mariano: «La planificación hereditaria», en *RGLJ*, núm. 3, 2002, pp. 447 ss.

## DERECHO MERCANTIL

### PARTE GENERAL. EMPRESA

- ALONSO NUEZ, María Jesús, y ROSELL MARTÍNEZ, Jorge: «Descentralización de los órganos de defensa de la competencia en España: impacto de los expedientes sancionadores», en *GJ*, núm. 227, 2003, pp. 55 ss.
- CABANAS TREJO, Ricardo: «La aplicación de la reforma mercantil por la Dirección General de los Registros y del Notariado», en *AAMN*, t. XLI, pp. 129 ss.
- CASADO CERVIÑO, Alberto: «El vínculo entre los sistemas comunitario e internacional de protección de marcas», en *GJ*, núm. 228, 2003, pp. 3 ss.
- «La defensa de la marca el diseño comunitario», en *RDM*, núm. 247, 2003, pp. 263 ss.
- DÍEZ ESTELLA, Fernando: «La doctrina del abuso en los mercados conexos: del *Monopoly Leveraging* a las *Essential facilities*», en *RDM*, núm. 248, 2003, pp. 555 ss.

- FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis: «El Derecho internacional del Registro Mercantil y la publicidad registral de la sociedad europea», en *RDM*, núm. 248, 2003, pp. 499 ss.
- FERRÁNDIZ GABRIEL, José Ramón: «La protección de los dibujos y modelos industriales mediante la legislación de la propiedad intelectual», en *CDJ*, t. XIII, 2001, pp. 125 ss.
- GARAU SOBRINO, Federico F.: «La incompatibilidad con el Derecho comunitario de la normativa española sobre inversiones en empresas públicas privatizadas. Último acto y telón», en *GJ*, núm. 225, 2003, pp. 56 ss.
- GARCÍA CACHAFEIRO, Fernando: «Hacia una política de clemencia en el derecho de la competencia español», en *GJ*, núm. 227, 2003, pp. 16 ss.
- GARCÍA MANDALONIZ, Marta: «Titulación de préstamos participativos garantizados: una vía (conjunta) para dinamizar la financiación de las PYMES», en *RDM*, núm. 248, 2003, pp. 607 ss.
- GIRGADO PERANDONES, Pablo: «La responsabilidad de la matriz de una empresa de grupo por las deudas de sus filiales en Derecho español. Situación legislativa y actuación de los tribunales», en *RDM*, núm. 247, 2003, pp. 75 ss.
- GUERRA FERNÁNDEZ, Antonio: «Comentarios a la Sentencia del TJCE, de 9 de septiembre de 2003, en el asunto Consorcio Industrie Flammiferi (CIF)/Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato», en *GJ*, núm. 228, 2003, pp. 85 ss.
- HINOJOSA MARTÍNEZ, Luis Miguel: «La acción de oro en Derecho comunitario: activismo judicial *versus* intervencionismo estatal», en *GJ*, núm. 228, 2003, pp. 11 ss.
- LARGO GIL, Rita: «Las marcas colectivas y las marcas de garantía en la Ley de Marcas de 2001», en *CDC*, núm. 35, 2001, pp. 129 ss.
- LOBATO GARCÍA-MIJÁN, Manuel: «La Ley 10/2002, de 29 de abril, de modificación de la Ley de Patentes, para la incorporación al Derecho español de la Directiva 98/44/CE», en *EDJ*, núm. 40, 2002, pp. 79 ss.
- MARTÍN MUÑOZ, Alberto: «La regulación de las marcas de garantía en la Ley 17/2001, de Marcas», en *La Ley*, 2003-II, D-86.
- «Marcas colectivas y denominaciones geográficas en la Ley 17/2001, de Marcas», en *RDM*, núm. 247, 2003, pp. 141 ss.
- MASSAGER, J.: «El procedimiento por publicidad ilícita», en *RDM*, núm. 248, 2003, pp. 453 ss.
- MILLÁN SALAS, Francisco: «Las denominaciones de origen: el derecho de uso», en *RGLJ*, núm. 2, 2002, pp. 213 ss.
- PALAU RAMÍREZ, Felipe: «La obra colectiva y su autoría (A propósito de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 14.ª, de 26 de septiembre de 2000, AC 2000/2447, "Memoria contable del Banco de Santander")», en *CDJ*, t. XIII, 2001, pp. 9 ss.

- PASCUAL Y VICENTE, Julio: «Los más antiguos antecedentes conocidos de legislación antitrust son españoles. (Noticia documentada sobre los antecedentes históricos de la legislación antitrust)», en *GJ*, núm. 225, 2003, pp. 113 ss.
- PEDRAZ, Mercedes: «Sentencias dictadas por la Audiencia Nacional en recursos contra acuerdos del Tribunal de Defensa de la Competencia», en *GJ*, núm. 2287, 2003, pp. 655 ss.
- PELLISÉ CAPELL, Jaime: «Sobre la delimitación negativa del diseño comunitario», en *RDM*, núm. 247, 2003, pp. 201 ss.
- «Sobre la noción positiva de diseño comunitario», en *RJC*, núm. 1, 2003, pp. 103 ss.
- REYES LÓPEZ, M.<sup>a</sup> José: «La Ley 7/2003, de 1 de abril, de la Sociedad Limitada Nueva Empresa y la empresa familiar», en *AC*, núm. 287, 2003, pp. 771 ss.
- RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLEL, Teresa: «E-Marketplaces: competencia entre mercados», en *GJ*, núm. 2287, 2003, pp. 535 ss.
- RODRÍGUEZ DÍAZ, Isabel: «El ilícito antitrust como ilícito desleal. El resarcimiento de daños y perjuicios», en *GJ*, núm. 228, 2003, pp. 32 ss.
- ROSELL MARTÍNEZ, Jorge, y ALONSO NUEZ, María Jesús: «Descentralización de los órganos de defensa de la competencia en España: impacto de los expedientes sancionadores», en *GJ*, núm. 227, 2003, pp. 55 ss.
- SALELLES, José R.: «La protección de la propiedad intelectual en la sociedad de la información», en *CDJ*, t. XIII, 2001, pp. 171 ss.
- SALVADOR ROLDÁN, Rocío: «La reclamación de daños y perjuicios por infracción del Derecho de la competencia en Europa: ¿una aproximación al modelo americano?», en *GJ*, núm. 226, 2003, pp. 82 ss.
- SERRERA CONTRERAS, Pedro Luis: «El Registro Mercantil. Una consideración de sus principios», en *RCDI*, núm. 679, 2003, pp. 2741 ss.

## DERECHO DE SOCIEDADES

- CALAZA LÓPEZ, M.<sup>a</sup> Sonia: «El proceso de impugnación de acuerdos de las sociedades mercantiles: propuestas de *lege ferenda*», en *DN*, núm. 156, 2003, pp. 11 ss.
- CAMPINS VARGAS, Aurora: «Modelo de cláusulas estatutarias en una sociedad de responsabilidad limitada profesional», en *RDS*, núm. 20, 2003, pp. 145 ss.
- CAMPUZANO LAGUILLO, Ana Belén: «A propósito de la responsabilidad de los administradores de sociedades anónimas (SSTS de 18 julio, 23 septiembre, 24 octubre y 14 noviembre 2002)», en *RDP*, núm. 11, 2003, pp. 151 ss.
- CANDELARIO MACÍAS, M.<sup>a</sup> Isabel: «¿Es válido el sistema vigente de responsabilidad de los administradores respecto a las sociedades bursátiles?», en *RDBB*, núm. 91, 2003, pp. 119 ss.



- CRUZ RIVERO, Diego: «Acción social de responsabilidad. Presupuesto de la responsabilidad de los administradores (Comentario a la STS de 20 de diciembre de 2002)», en *CCJC*, núm. 62, 2003, pp. 585 ss.
- DE LA HUCHA CELADOR, Fernando, y LARA GONZÁLEZ, Rafael: «La problemática de las sociedades mercantiles cerradas: aspectos fiscales, mercantiles y penales a la luz de un supuesto de hecho», en *RJN*, núm. 34, 2002, pp. 135 ss.
- DUQUE DOMÍNGUEZ, Justino F.: «El tráfico de acciones realizado por los administradores de sociedades anónimas cotizadas pertenecientes a un grupo de sociedades», en *RDS*, núm. 20, 2003, pp. 51 ss.
- DURÁN DE LA COLINA, Pablo: «Las prestaciones accesorias en las sociedades de capital», en *AAMN*, t. XLI, pp. 155 ss.
- ELÍAS-OSTÚA RIPOLL, Raúl de: «Notas sobre la falta de coherencia en la normativa sobre disolución y liquidación del derecho de sociedades», en *CDC*, núm. 36, 2001, pp. 11 ss.
- ESTEBAN, Gaudencio: «El gobierno de las sociedades cotizadas. La experiencia española», en *CDC*, núm. 35, 2001, pp. 11 ss.
- ESTUPIÑÁN CÁCERES, Rosalía: «La doctrina emanada de la DGRN en torno al nombramiento de auditores de cuentas por el Registro Mercantil a solicitud de la minoría», en *CDC*, núm. 35, 2001, pp. 273 ss.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis: «El Derecho internacional del Registro Mercantil y la publicidad registral de la sociedad europea», en *RDM*, núm. 248, 2003, pp. 499 ss.
- GARCÍA MARTÍNEZ, Roberto: «La responsabilidad de los administradores en la jurisprudencia del mercado de valores», en *RPJ*, núm. 67, 2002, pp. 13 ss.
- GARCÍA MÁS, Francisco Javier: «Problemas y soluciones de las sociedades profesionales, cara a una futura Ley», en *AAMN*, t. XL, pp. 55 ss.
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J.: «La sentencia Überseering y el reconocimiento de sociedades extranjeras: se podrá decir más alto, pero no más claro», en *RDM*, núm. 248, 2003, pp. 633 ss.
- GARRIDO, José María: «El informe Winter y el gobierno societario en la Unión Europea», en *RDS*, núm. 20, 2003, pp. 111 ss.
- GONZÁLEZ CARRASCO, M.<sup>a</sup> del Carmen: «Cooperativas de vivienda. Responsabilidad de los socios adjudicatarios por las deudas sociales. Responsabilidad directa y responsabilidad subsidiaria en vía subrogatoria limitada a las aportaciones adeudadas a la cooperativa (Comentario a la STS de 28 de octubre de 2002)», en *CCJC*, núm. 61, 2003, pp. 233 ss.
- HUARTE ARREGUI, Miguel: «Acuerdo de accionistas de una sociedad anónima cerrada (relaciones entre socios, permanencia y gobierno de la sociedad)», en *RDS*, núm. 20, 2003, pp. 137 ss.
- LARA GONZÁLEZ, Rafael, y DE LA HUCHA CELADOR, Fernando: «La problemática de las sociedades mercantiles cerradas: aspectos fiscales, mercan-

- tiles y penales a la luz de un supuesto de hecho», en *RJN*, núm. 34, 2002, pp. 135 ss.
- LÁZARO SÁNCHEZ, Emilio Jesús: «Soportes contables de la sociedad anónima en liquidación», en *CDC*, núm. 35, 2001, pp. 185 ss.
- LECIÑENA IBARRA, Ascensión: «La cesión en garantía de créditos sociales derivados de la pertenencia a una sociedad civil de ejercicio profesional», en *RDPat.*, núm. 11, 2003, pp. 119 ss.
- LÓPEZ MARTÍNEZ, Manuel: «Sobre la posibilidad de inscribir las cargas sobre acciones y participaciones en el Registro de Bienes Muebles (Comentario a las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 12 de julio de 2002 y 29 de enero de 2003)», en *AC*, núm. 37, 2003, pp. 1023 ss.
- MARTÍ SÁNCHEZ, Jesús Nicolás: «Sociedad y contrato en una prevista futura regulación de las sociedades mercantiles en el Derecho español», en *La Ley*, 2003-III, D-104.
- MENESES VADILLO, Alfredo: «Doctrina del levantamiento del velo: precisiones sobre la ficción y el fin fraudulento en atención a la empresa familiar», en *CDC*, núm. 36, 2001, pp. 229 ss.
- PAZ-ARES, Cándido: «La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo», en *RDS*, núm. 20, 2003, pp. 627 ss.
- PEÑAS MOYANO, María Jesús: «Ejercicio del derecho de voto y conflicto de intereses en la exclusión de varios socios de una sociedad de responsabilidad limitada. A propósito de la RDGRN de 16 de octubre de 2000 (RAJ 2000, 10216)», en *CDC*, núm. 36, 2001, pp. 209 ss.
- RENTSCH, Klaus, y VARGAS VASSEROT, Carlos: «Los sistemas de investigación extraordinaria de la gestión social por expertos independientes en Derecho comparado: una propuesta de *lege ferenda*», *RDBB*, núm. 91, 2003, pp. 85 ss.
- ROBLES MARTÍN-LABORDA, Antonio: «La limitación estatutaria de la responsabilidad de los administradores sociales frente a la sociedad», en *RDM*, núm. 248, 2003, pp. 683 ss.
- ROMERO FERNÁNDEZ, Jesús A.: «Los sindicatos de bloqueo con cláusula de autorización a la transmisión de acciones en la sociedad anónima», en *La Ley*, 2003-III, D-114.
- SALAZAR MARTÍNEZ-CONDE, Laura: «Modificaciones introducidas en el régimen jurídico de las OPAs por el Real Decreto 432/2003», *RDBB*, núm. 91, 2003, pp. 229 ss.
- SÁNCHEZ ANDRÉS, Aníbal: «¿Desmantelamiento, en un solo acto, de la OPA obligatoria por adquisición de participación significativa en actos sucesivos?», en *RDS*, núm. 20, 2003, pp. 155 ss.
- SÁNCHEZ CALERO, Fernando: «Observaciones preliminares al proyecto de ley de modificación del régimen de las sociedades cotizadas y de las anónimas en general, tras el informe Aldama», en *RDS*, núm. 20, 2003, pp. 27 ss.

- SEQUEIRA MARTÍN, Adolfo: «La constitución mediante fusión de la Sociedad Anónima Europea (SE)», en *RCDI*, núm. 678, 2003, pp. 2169 ss.
- TAPIA HERMIDA, Antonio, y TAPIA FRADE, Antonio David: «Nueva doctrina legal sobre las opciones sobre acciones (stock options). Su incidencia en el cálculo de indemnizaciones», *RDBB*, núm. 90, 2003, pp. 211 ss.
- VARA DE PAZ, Nemesio: «Las pequeñas y medianas empresas ante las Leyes de Sociedades Anónimas y Responsabilidad Limitada: la fusión y escisión de sociedades», en *CDC*, núm. 36, 2001, pp. 67 ss.
- VARGAS VASSEROT, Carlos, y RENTSCH, Klaus: «Los sistemas de investigación extraordinaria de la gestión social por expertos independientes en Derecho comparado: una propuesta de *lege ferenda*», *RDBB*, núm. 91, 2003, pp. 85 ss.
- VÁZQUEZ CUETO, José Carlos: «Reflexiones críticas sobre la reforma del derecho de información del accionista introducida por la Ley 26/2003, de 17 de julio», en *DN*, núm. 159, 2003, pp. 1 ss.

#### INSTITUCIONES Y AGENTES AUXILIARES DEL TRÁFICO

- BELANDO GARÍN, Beatriz: «La manipulación del mercado de valores a través de internet. Nuevas armas para problemas antiguos», *RDBB*, núm. 90, 2003, pp. 53 ss.
- GÓMEZ MENCHÓN, Yolanda: «La independencia del BCE: ¿un peligro para el orden institucional comunitario?», en *GJ*, núm. 226, 2003, pp. 3 ss.

#### CONTRATOS MERCANTILES

- ALEMANY EGUIDAZU, Jesús: «La prenda de créditos financieros diferenciales», *RDBB*, núm. 91, 2003, pp. 39 ss.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «Nulidad de contrato por vicio del consentimiento: intimidación; fletamento con cláusula CANDF (Comentario a la STS de 4 de octubre de 2002)», en *CCJC*, núm. 62, 2003, pp. 471 ss.
- CANDELARIO MACÍAS, Isabel: «El *franchising* y los procedimientos concursales», en *CDC*, núm. 35, 2001, pp. 233 ss.
- CREMADES, Bernardo M.: «El convenio arbitral», en *La Ley*, 2003-II, D-80.
- ESPÍN GUTIÉRREZ, Cristóbal: «La Directiva 2002/92/CE sobre la mediación en los seguros y su influencia en el ordenamiento jurídico español», en *RDCE*, núm. 15, 2003, pp. 629 ss.
- FLORES DOÑA, M.<sup>a</sup> de la Sierra: «Contrato de leasing internacional en el Tratado UNIDROIT», en *CDC*, núm. 36, 2001, pp. 105 ss.
- GALGANO, Francesco: «*Lex mercatoria, shopping* del derecho y regulaciones contractuales en la época de los mercados globales», en *RDM*, núm. 247, 2003, pp. 7 ss.

- GARCÍA MANDALONIZ, Marta: «Titulación de préstamos participativos garantizados: una vía (conjunta) para dinamizar la financiación de las PYMES», en *RDM*, núm. 248, 2003, pp. 607 ss.
- PULGAR EXQUERRA, Juana: «Especialidades del transporte de mercancías en contenedores», en *RDM*, núm. 247, 2003, pp. 37 ss.
- RAMOS HERRANZ, Isabel: «El patrocinio televisivo», en *DN*, núm. 156, 2003, pp. 1 ss.
- RODRÍGUEZ DÍAZ, Isabel: «En torno a la garantía a primera demanda», *RDBB*, núm. 90, 2003, pp. 7 ss.
- RODRÍGUEZ DOCAMPO, María José: «Compatibilidad de legislaciones aplicables al contrato de transporte marítimo de mercancías en régimen de conocimiento. (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de julio de 2000)», en *CDC*, núm. 35, 2001, pp. 293 ss.
- RUIZ-MUÑOZ, Miguel: «Introducción a la contratación mercantil», en *AC*, núm. 297, 2003, pp. 785 ss.
- SABATER MARTÍN, Anibal: «Arbitraje comercial internacional; oponibilidad del convenio arbitral a la aseguradora subrogada en la posición procesal de la asegurada. Tratamiento procesal del convenio arbitral; fuentes en el Arbitraje Comercial Internacional (Comentario a la STS de 6 de febrero de 2003)», en *CCJC*, núm. 62, 2003, pp. 681 ss.
- VEIGA COPO, Abel B.: «La pignoración de un seguro de crédito y la necesidad del consentimiento de la aseguradora», *RDBB*, núm. 91, 2003, pp. 229 ss.

## TÍTULOS VALOR. LETRA DE CAMBIO Y CHEQUE

- CAMPUZANO LAGUILLO, Ana Belén: «Efecto de la nulidad de la letra de cambio sobre el aval bancario (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2003)», en *AC*, núm. 36, 2003, pp. 983 ss.
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J.: «El Convenio de La Haya sobre la ley aplicable a ciertos derechos sobre valores depositados en un intermediario», *RDBB*, núm. 90, 2003, pp. 163 ss.
- MUÑOZ SABATÉ, Lluís: «Litispendencia arbitral y juicio cambiario», en *RJC*, núm. 1, 2003, pp. 215 ss.
- PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, José Luis: «Los requisitos formales de la letra de cambio y el actual modelo oficial», *RDBB*, núm. 90, 2003, pp. 119 ss.
- PIZARRO MORENO, Manuel: «El mercado de los títulos valores en una economía globalizada», en *AAMN*, t. XLI, pp. 371 ss.

## DERECHO CONCURSAL

- ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Henar: «Rescisión de convenio en suspensión de pagos. Carácter contractual del convenio. Interpretación del convenio (Comen-

- tario a la STS de 18 de febrero de 2003)», en *CCJC*, núm. 62, 2003, pp. 743 ss.
- ARGUEDAS MEDIAN, Susana, y GONZÁLEZ BLANCO, María Camino: «El acreedor ordinario en la Ley de Suspensión de Pagos y ante la reforma concursal», en *DN*, núm. 157, 2003, pp. 1 ss.
- CANDELARIO MACÍAS, Isabel: «El *franchising* y los procedimientos concursales», en *CDC*, núm. 35, 2001, pp. 233 ss.
- «Impresiones sobre los efectos de la declaración del concurso a la vista de la futura Ley Concursal», en *RDP*, julio-agosto 2003, pp. 522 ss.
- CASTILLO MARTÍNEZ, Carolina del Carmen: «La nueva Ley concursal española en el marco de la armonización del Derecho europeo: el principio de universalidad y la clasificación de los créditos en el concurso», en *AC*, núm. 33, 2003, pp. 885 ss.
- CASTRO VÍTORES, Germán de: «Acción Pauliana. Requisitos: perjuicio del acreedor y fraude. Reconocimiento de deuda y constitución de hipoteca. Anterior a la fecha de retroacción de la quiebra. No es a título gratuito la constitución de hipoteca que hace una sociedad para garantizar el crédito contraído por otra, cuando ambas pertenecen al mismo grupo o complejo económico (Comentario a la STS de 19 de septiembre de 2002)», en *CCJC*, núm. 62, 2003, pp. 451 ss.
- CURIEL LORENTE, Fernando: «Aspectos registrales de la nueva Ley Concursal», en *RCDI*, núm. 679, 2003, pp. 2699 ss.
- DEL GUAYO CASTIELLA, Íñigo: «Presupuestos jurídico-públicos de las instituciones para-concursales», en *RJN*, núm. 34, 2002, pp. 63 ss.
- GARCÍA MANDALONIZ, Marta: «Los préstamos participativos y la deuda subordinada entre los créditos subordinados del artículo 91-2 de la futura Ley Concursal», en *CDC*, núm. 36, 2001, pp. 143 ss.
- GONZÁLEZ BLANCO, María Camino, y ARGUEDAS MEDIAN, Susana: «El acreedor ordinario en la Ley de Suspensión de Pagos y ante la reforma concursal», en *DN*, núm. 157, 2003, pp. 1 ss.
- GONZÁLEZ PASTOR, Carmen Paloma: «Aspectos fundamentales del Proyecto de ley concursal», en *La Ley*, 2003-III, D-142.
- HERBOSA MARTÍNEZ, Inmaculada: «Los efectos del concurso sobre la persona del deudor en el Proyecto de Ley Concursal de julio de 2002», en *RCDI*, núm. 678, 2003, pp. 2007 ss.
- MAIRATA LAVIÑA, Jaime: «Efectos patrimoniales del concurso en el proyecto de Ley Concursal», en *La Ley*, 2003-II, D-66.
- MARTÍ SÁNCHEZ, Jesús Nicolás: «El papel del juez en la nueva Ley concursal. La especialización mercantil», en *La Ley*, 2003-II, D-64.
- VAN HEMMEN ALMAZOR, Esteban: «La economía de la reforma y los costes del sistema concursal», en *RJC*, núm. 4, 2003, pp. 1011 ss.

**DERECHO URBANÍSTICO Y DEL MEDIO AMBIENTE**

- ALCÁZAR MOLINA, Manuel G.: «Análisis de las novedades aportadas por la Ley del Catastro Inmobiliario (48/2002) y por la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (51/2002) en relación con el Impuesto sobre Bienes Inmuebles», en *RDU*, núm. 203, 2002, pp. 119 ss.
- ANDRÉS ALONSO, Fernando Luis: «Las recientes sentencias del Tribunal Supremo sobre la naturaleza de las declaraciones de impacto ambiental», en *RDA*, núm. 3, 2003, pp. 193 ss.
- CARCELLER FERNÁNDEZ, Antonio: «La Ley de Urbanismo de Cataluña», en *RDU*, núm. 205, 2003, pp. 81 ss.
- «Las zonas verdes en el ordenamiento urbanístico de Cataluña», en *RJC*, núm. 4, 2003, pp. 1065 ss.
- CHAMORRO GONZÁLEZ, Jesús María: «Estudio jurisprudencial en torno a la disciplina urbanística», en *RPJ*, núm. 67, 2002, pp. 215 ss.
- DELGADO PIQUERAS, Francisco: «El régimen jurídico básico de la planificación ambiental», en *RDA*, núm. 4, 2003, pp. 35 ss.
- GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, Francisco: «Clasificación y valoración del suelo tras la Leyes 53/2002 y 10/2003», en *RDU*, núm. 205, 2003, pp. 11 ss.
- GARCÍA RUBIO, Fernando: «Régimen del suelo no urbanizable en la Ley Catalana de Urbanismo», en *RDU*, núm. 205, 2003, pp. 103 ss.
- GARCÍA-MORENO RODRÍGUEZ, Fernando: «Instrumentos de planificación territorial y urbanística *versus* zonas afectas a la defensa nacional: regulación y problemática jurídica», en *RDU*, núm. 203, 2002, pp. 61 ss.
- GÓMEZ MELERO, Gerardo: «Ensayo sobre el silencio administrativo en el Derecho urbanístico español. Solución a la inseguridad jurídica provocada por el silencio contra-*legem*», en *La Ley*, 2003-III, D-155.
- GONZÁLEZ-BERENGUER URRUTIA, José Luis: «¿Cesiones gratuitas?», en *RDU*, núm. 205, 2003, pp. 137 ss.
- IVORRA ARDITE, Tomás: «Algunas cuestiones sobre la Sentencia 216/2003, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 27 de febrero de 2003», en *RDU*, núm. 204, 2003, pp. 11 ss.
- LASO BAEZA, Vicente: «Vinculaciones singulares, agente urbanizador, titularidad litigiosa, unidades de ejecución y reversión en la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia», en *RDU*, núm. 204, 2003, pp. 121 ss.
- LLUCH CORELL, Antoni: «Bienes de dominio público y reparcelación», en *RDU*, núm. 205, 2003, pp. 53 ss.
- LÓPEZ FERNÁNDEZ, Luis Miguel: «Apuntes de Jurisprudencia registral. (Sobre las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado con especial incidencia en materia urbanística)», en *RDU*, núm. 204, 2003, pp. 71 ss.

- MARTÍN MATEO, Ramón: «Gestión ambiental del suelo», en *RDA*, núm. 4, 2003, pp. 17 ss.
- MUR I SOTERAS, Rafael: «La *Llei d'Urbanisme de Catalunya*, vista por cuatro arquitectos (Comentario a la Ley 2/2002, de 14 de marzo, de Urbanismo del Parlament de Catalunya)», en *RDU*, núm. 203, 2002, pp. 11 ss.
- OLEA GODOY, Wenceslao: «Infracciones y sanciones: legalización y sanción. Infracciones y sanciones urbanísticas en la Ley del Suelo de Extremadura», en *RDU*, núm. 203, 2002, pp. 153 ss.
- ORTEGA CIRUJEDA, Juan, y PORTO REY, Enrique: «Inconstitucionalidad aparente y real en preceptos de la Ley 9/2002, de 30 de diciembre, de Ordenación Urbanística y Protección del Medio Ambiente de Galicia», en *RDU*, núm. 203, 2002, pp. 207 ss.
- PORTO REY, Enrique, y ORTEGA CIRUJEDA, Juan: «Inconstitucionalidad aparente y real en preceptos de la Ley 9/2002, de 30 de diciembre, de Ordenación Urbanística y Protección del Medio Ambiente de Galicia», en *RDU*, núm. 203, 2002, pp. 207 ss.
- QUINTANA LÓPEZ, Tomás: «Legitimación procesal y defensa del ambiente (A propósito de la STS de 3 diciembre 2001)», en *RDA*, núm. 4, 2003, pp. 139 ss.
- SÁNCHEZ SANTO, Jesús: «Reciente jurisprudencia de Tribunales Superiores de Justicia relativa a modificación y revisión de Planes urbanísticos», en *RDU*, núm. 204, 2003, pp. 147 ss.
- SANZ RUBIALES, Íñigo: «Régimen jurídico administrativo de la restauración de suelos contaminados en el ordenamiento español», en *RDU*, núm. 205, 2003, pp. 185 ss.
- TARDÍO PATO, José Antonio: «Instalaciones de telefonía móvil, salud y medio ambiente», en *RDA*, núm. 3, 2003, pp. 33 ss.
- TEROL GÓMEZ, Ramón: «Sobre el alcance de la legislación básica estatal en materia de protección ambiental. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 166/2002, de 18 de septiembre (RTC 2002, 166)», en *RDA*, núm. 3, 2003, pp. 201 ss.

## DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

- CASADO CERVIÑO, Alberto: «El vínculo entre los sistemas comunitario e internacional de protección de marcas», en *GJ*, núm. 228, 2003, pp. 3 ss.
- CASTILLO MARTÍNEZ, Carolina del Carmen: «La nueva Ley concursal española en el marco de la armonización del Derecho europeo: el principio de universalidad y la clasificación de los créditos en el concurso», en *AC*, núm. 33, 2003, pp. 885 ss.
- DELGADO DE MIGUEL, Juan Francisco: «La aplicación del Derecho privado comunitario», en *AAMN*, t. XL, pp. 381 ss.

- GARAU SOBRINO, Federico F.: «La incompatibilidad con el Derecho comunitario de la normativa española sobre inversiones en empresas públicas privatizadas. Último acto y telón», en *GJ*, núm. 225, 2003, pp. 56 ss.
- GARCÍA CACHAFEIRO, Fernando: «Hacia una política de clemencia en el derecho de la competencia español», en *GJ*, núm. 227, 2003, pp. 16 ss.
- GONZÁLEZ VAQUÉ, Luis: «La libre circulación de mercancías en el Tratado Constitucional de la Unión Europea», en *GJ*, núm. 225, 2003, pp. 40 ss.
- «El difícil equilibrio entre la libre circulación de mercancías y los derechos fundamentales en materia de libertad de expresión y de reunión: la sentencia *Schmidberger*», en *GJ*, núm. 227, 2003, pp. 61 ss.
- GUERRA FERNÁNDEZ, Antonio: «Comentarios a la Sentencia del TJCE, de 9 de septiembre de 2003, en el asunto Consorcio Industrie Flammiferi (CIF)/Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato», en *GJ*, núm. 228, 2003, pp. 85 ss.
- HINOJOSA MARTÍNEZ, Luis Miguel: «La acción de oro en Derecho comunitario: activismo judicial *versus* intervencionismo estatal», en *GJ*, núm. 228, 2003, pp. 11 ss.
- MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José: «El proyecto de Constitución europea: reflexiones sobre los trabajos de la Convención», en *RDCE*, núm. 15, 2003, pp. 527 ss.
- NIEVA FENOLL, Jorge: «El sistema de recursos en la jurisdicción comunitaria, tras el Tratado de Niza», en *La Ley*, 2003-I, D-1.
- PASQUALIS, Paolo: «La actividad documental de los Notarios en la Unión Europea y los Registros Públicos», en *AAMN*, t. XL, pp. 415 ss.
- PELLISÉ CAPELL, Jaime: «Sobre la noción positiva de diseño comunitario», en *RJC*, núm. 1, 2003, pp. 103 ss.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.<sup>a</sup> Paz: «Distorsiones operadas en el derecho contractual como consecuencia de la transposición del derecho comunitario *pro consumatore*», en *AC*, núm. 354, 2003, pp. 931 ss.
- SEQUEIRA MARTÍN, Adolfo: «La constitución mediante fusión de la Sociedad Anónima Europea (SE)», en *RCDI*, núm. 677, 2003, pp. 2169 ss.
- VIGUERA RUBIO, Enrique: «La UE de 25 miembros: oportunidades de negocio y riesgos de la ampliación para España», en *DN*, núm. 158, 2003, pp. 21 ss.

## DERECHO PROCESAL

- ACHÓN BRUÑEN, María José: «Cuestiones prácticas sobre la ejecución ordinaria o provisional de condena no dineraria», en *La Ley*, 2003-II, D-94.
- BONET NAVARRO, Ángel: «La falta de legitimación del demandado —cuando sólo es demandado— para recurrir en solicitud de que se condene a otro codemandado. Las dos posiciones procesales de las partes como fundamento del principio de dualidad de partes en que se basa el derecho sub-



- jetivo a recurrir (Comentario a la STS de 11 de octubre de 2002)», en *CCJC*, núm. 61, 2003, pp. 165 ss.
- CAMPO VILLEGAS, Elías: «Aspectos notariales de la Ley de Enjuiciamiento Civil», en *AAMN*, t. XLI, pp. 209 ss.
- CASANOVA SANGUINO, Fernando: «El requerimiento extrajudicial en la ejecución hipotecaria de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», en *La Ley*, 2003-I, D-38.
- CASAS COBO, Pedro Antonio: «La preparación de la prueba en el juicio verbal de la LEC 1/2000», en *RPJ*, núm. 67, 2002, pp. 405 ss.
- CRUZ DE PABLO, José Antonio: «La condena en costas en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil; especial referencia al desistimiento, el allanamiento y otras formas de terminación anormal del procedimiento», en *RPJ*, núm. 67, 2002, pp. 437 ss.
- DELGADO CRUCES, Jesús Santiago: «La ejecución provisional», en *CDJ*, t. XIV, 2001, pp. 15 ss.
- ESPÍN GUTIÉRREZ, Cristóbal: «La Directiva 2002/92/CE sobre la mediación en los seguros y su influencia en el ordenamiento jurídico español», en *RDCE*, núm. 15, 2003, pp. 629 ss.
- FONS RODRÍGUEZ, Carolina: «Los límites a la aclaración de sentencias y la subsidiariedad de la acción pauliana condicionante de su ejercicio», en *La Ley*, 2003-I, D-49.
- GALÁN CORONA, Eduardo: «Notas sobre el Reglamento (CE) n.º 1/2003, del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, para la aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado de Roma», en *RDCE*, núm. 15, 2003, pp. 499 ss.
- GAVILÁN LÓPEZ, Jesús: «La ejecución no dineraria», en *CDJ*, t. XIV, 2001, pp. 277 ss.
- GÁZQUEZ ALCOBA, María del Mar: «Sobre la inseguridad jurídica en el cómputo de los plazos en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Artículo 278», en *La Ley*, 2003-II, D-96.
- HOYOS SANCHO, Monserrat de: «Actos procesales de notificación y nuevas tecnologías», en *La Ley*, 2003-II, D-76.
- LÓPEZ ORTIZ, Alejandro: «Interferencias y desajustes entre competencia judicial internacional y competencia territorial en los tribunales civiles españoles: la disposición adicional de la Ley 12/1992, del Contrato de Agencia», en *DN*, núm. 157, 2003, pp. 15 ss.
- LÓPEZ-JURADO, Carmen, y SEGURA SERRANO, Antonio: «La aplicación judicial del Derecho Comunitario en España durante 2002», en *RDCE*, núm. 15, 2003, pp. 801 ss.
- LUCINI NICÁS, José Antonio: «La Ley 53/2002 y la Orden HAC/661/2003, de 24 de marzo. La regulación de las tasas judiciales. Problemas prácticos de su exacción y su integración en el concepto de costas procesales», en *AC*, núm. 44, 2003, pp. 1157 ss.

- MARTÍ SÁNCHEZ, Jesús Nicolás: «El papel del juez en la nueva Ley concursal. La especialización mercantil», en *La Ley*, 2003-II, D-64.
- MORENO GARCÍA, Juan Ángel: «Vías alternativas a la subasta judicial en la ejecución forzosa», en *CDJ*, t. XIV, 2001, pp. 239 ss.
- MUÑOZ SABATÉ, Lluís: «Los hechos difíciles de probar se presume que son inciertos», en *RJC*, núm. 3, 2003, pp. 865 ss.
- PUIGSERVER ASOR, Carlos-R.: «Ejecución provisional de la condena a emitir una declaración de voluntad (Comentario a la STS de 14 de noviembre de 2002)», en *CCJC*, núm. 61, 2003, pp. 271 ss.
- REVILLA GONZÁLEZ, José Alberto: «La tercería de dominio. La tercería de mejor derecho», en *CDJ*, t. XIV, 2001, pp. 173 ss.
- RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, Lourdes: «Ejecución dineraria o vía de apremio», en *CDJ*, t. XIV, 2001, pp. 107 ss.
- SABATER MARTÍN, Anibal: «Arbitraje comercial internacional; oponibilidad del convenio arbitral a la aseguradora subrogada en la posición procesal de la asegurada. Tratamiento procesal del convenio arbitral; fuentes en el Arbitraje Comercial Internacional (Comentario a la STS de 6 de febrero de 2003)», en *CCJC*, núm. 62, 2003, pp. 681 ss.
- «La oposición a la ejecución forzosa: algunos problemas», en *CDJ*, t. XIV, 2001, pp. 87 ss.
- SANCHÍS CRESPO, Carolina: «Nuevo proceso civil y nuevas tecnologías: la prueba», en *RPJ*, núm. 68, 2002, pp. 369 ss.
- SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel: «Algunas reformas urgentes de la Ley 1/2000 sobre enjuiciamiento civil», en *RJC*, núm. 3, 2003, pp. 835 ss.
- SUÁREZ ROBLEDANO, José Manuel: «El embargo y los terceros ocupantes», en *CDJ*, t. XIV, 2001, pp. 135 ss.
- VALLESPÍN PÉREZ, David: «La oportunidad de introducir en el proceso civil un nuevo motivo de revisión dirigido a corregir la contradicción de dos sentencias dictadas en un mismo asunto», en *La Ley*, 2003-III, D-107.

## ABREVIATURAS

AC	Actualidad Civil
AAMN	Anales de la Academia Matritense del Notariado
AFDUAM	Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid
CCJC	Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil
CDC	Cuadernos de Derecho y Comercio
CDJ	Cuadernos de Derecho Judicial
DN	Derecho de los Negocios
DPC	Derecho Privado y Constitución
EDJ	Estudios de Derecho Judicial
RCDI	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
RDA	Revista de Derecho Ambiental
RDBB	Revista de Derecho Bancario y Bursátil
RDCE	Revista de Derecho Comunitario Europeo
RDM	Revista de Derecho Mercantil
RDPat.	Revista de Derecho Patrimonial
RDP	Revista de Derecho Privado
RDS	Revista de Derecho de Sociedades
RDU	Revista de Derecho Urbanístico
RGD	Revista General de Derecho
RGLJ	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
RJC	Revista Jurídica de Catalunya
RJN	Revista Jurídica de Navarra
RJNot.	Revista Jurídica del Notariado
RJUAM	Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid
RPJ	Revista del Poder Judicial
RUE	Revista de Urbanismo y Edificación

## REVISTAS QUE SE CITAN SIN ABREVIAR

La Ley

# JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

## Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ**

Colaboran: **Margarita CASTILLA BAREA, Ignacio DÍAZ DE LEZCANO, Nicolás DÍAZ DE LEZCANO, Rocio DIÉGUEZ OLIVA, Susana ESPADA MALLORQUÍN, Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI, Miriam de la FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, Gabriel GARCÍA CANTERO, Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ, Carmen JEREZ DELGADO, Sebastián LÓPEZ MAZA, María del Carmen LUQUE JIMÉNEZ, Andrea MACÍA MORILLO, Carlos ORTEGA MELIÁN, Máximo Juan PÉREZ GARCÍA, Luis Felipe RAGEL SÁNCHEZ, Paloma SABORIDO SÁNCHEZ.**

SUMARIO: I. *Derecho Civil*: 1. Parte general. 2. Derecho de la persona. 3. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 4. Derechos reales. Derecho hipotecario. 5. Derecho de familia. 6. Derecho de sucesiones.–II. *Derecho Mercantil*.–III. *Derecho Procesal*.

## DERECHO CIVIL

### PARTE GENERAL

**1. *Dies a quo* de la prescripción de la acción de responsabilidad extracontractual cuando existe juicio penal previo.**—Cuando haya habido un proceso penal previo al ejercicio de la acción de responsabilidad civil extracontractual establecida en el artículo 1902 CC, el plazo de prescripción, que impediría el ejercicio de la misma, no empieza a contarse, sino hasta que el auto de archivo de la causa penal no haya sido notificado al interesado (SSTS de 14 de marzo de 2002 y 26 de abril de 2002).

La jurisprudencia sostiene que las normas de la prescripción han de interpretarse de forma restrictiva. Esta interpretación no se ampara en principios de justicia, sino de seguridad jurídica y no tiene aplicación en el caso de quedar probado que el actor conocía la sentencia absolutoria y el archivo de la causa penal. (STS de 26 de septiembre de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—El 29 de noviembre de 1989, don P. M. C. sufrió un accidente cuando dirigía la descarga de unas grandes piezas de hormigón desde un camión que las había transportado. La operación se realizó por medio de una grúa propiedad de la entidad mercantil *Grúas Burgos, S. A.*, manipulada por don F. J. M. V.; la entidad propietaria de la grúa tenía asegurados los riesgos de responsabilidad civil con *Winterthur, S. A.*, por los que fueron todos demandados por el accidentado. Se siguió juicio de faltas que concluyó con sentencia absolutoria con fecha de 26 de junio de 1991 y se acordó el archivo de las actuaciones penales, resoluciones que fueron notificadas en tiempo y forma, el 3 de julio de 1991 al Procurador de don P. M. C.

En el mes de agosto de 1995, don P. M. C. formuló demanda en ejercicio de acción personal sobre derecho de crédito, en reclamación de 20.000.000 de pesetas derivada de responsabilidad extracontractual, como consecuencia del accidente sufrido, ante el Juzgado de Primera Instancia contra *Grúas Burgos, S. A.*, don F. J. M. V., ambos declarados en situación de rebeldía y contra *Winterthur*, sobre reclamación de cantidad.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia estimando la excepción perentoria de prescripción opuesta, absolviendo a los demandados. Apelada la sentencia, la Audiencia la confirmó. Posteriormente, don P. M. C., formalizó recurso de casación.

NOTA.—La jurisprudencia del TS ha reiterado que la prescripción es un instituto no fundado en la justicia intrínseca, sino en el principio de seguridad jurídica a fin de evitar en la medida de lo posible el ejercicio tardío de los derechos (SSTS de 7 de enero de 1881, 20 de octubre de 1988, 14 de octubre de 1991 y 30 de septiembre de 1993), debe ser aplicada con espíritu restrictivo, de tal forma que cuando se ponga de relieve un simple atisbo de *animus conservandi* en quien la misma se pretende aplicar, habrá de entenderse interrumpido el plazo de prescripción (SSTS de 18 de septiembre de 1987 y 16 de enero de 2003).

En la sentencia anotada, la conducta del actor incluso raya en la mala fe, puesto que para sustraerse a los efectos de la prescripción comparece ante el Juzgado de lo penal poco antes de presentar la demanda civil, en petición de que le fuera notificada la sentencia del juicio de faltas que conocía ya desde cuatro años antes.

Es reiterada la doctrina jurisprudencial que entiende que el *dies a quo* para el cómputo del plazo de prescripción de un año de la acción civil de responsabilidad por culpa extracontractual (art. 1968.2 CC), no puede ser el de la fecha del auto de archivo, sino aquel en que, según las pruebas aportadas, los perjudicados han tenido conocimiento efectivo de dicha resolución (SSTS de 25 de marzo de 1996, 26 de septiembre de 1997, 3 de marzo de 1998, 17 de julio de 2001, 20 de diciembre y 26 de abril de 2002, 27 de febrero y 14 de julio de 2003).

Numerosas sentencias del TS han entendido que si no se ha producido la notificación, no ha comenzado la prescripción (SSTS de 25 de marzo de 1996, 27 de mayo y 31 de diciembre de 1997, 3 de marzo y 21 de septiembre de 1998 y 11 de abril de 2002). (*M. C. L. J.*)

## DERECHO DE LA PERSONA

**2. Caducidad de la acción civil del derecho al honor: artículo 9.5 de la Ley Orgánica 1/1982.**—Este artículo 9.5 establece que «las acciones de protección frente a las intromisiones ilegítimas caducarán transcurridos cuatro años desde que el legitimado pudo ejercitarlas». No se trata de un plazo de prescripción, sino de caducidad, según lo revela el debate parlamentario (Diario de Sesiones del Senado, 17 de marzo de 1982, p. 73). (STS de 28 de septiembre de 1998).

La caducidad supone la decadencia de derechos que surge cuando la ley señala un plazo fijo para la duración de un derecho, de tal modo que transcurrido no puede ser ya esgrimido. Con el fin de evitar la inseguridad jurídica, la caducidad ha de contemplarse desde el dato derivado del no ejercicio de un derecho por su titular dentro del plazo marcado por la norma. (STS de 31 de julio de 2000).

El *dies a quo* para el cómputo de los cuatro años de caducidad del artículo 9.5 de la Ley Orgánica 1/1982 se inicia en el instante en el que el legitimado ejercita la opción entre la vía civil o penal.

**Imposibilidad de interrupción de la caducidad.**—Un aspecto esencial de la caducidad es el de la imposibilidad de interrupción, nota diferenciadora de la prescripción. El cumplimiento del plazo de caducidad prohíbe no sólo su interrupción, sino también la suspensión del mismo, puesto que cuando dicho plazo viene determinado por la ley, sólo si ésta así lo establece se podría acoger una causa de suspensión. (STS de 28 de septiembre de 1998). (STS de 22 de noviembre de 2002; ha lugar.)

**HECHOS.**—El 16 de octubre de 1989, don F. R. de A. M. interpuso ante el Juzgado de Guardia querrela criminal por calumnia propagada por escrito y con publicidad en el reportaje publicado por la revista *Interviú* en su edición del 6 al 12 de junio de 1989. El 8 de julio 1993 el querellante, unilateralmente, presentó escrito por el que desistía de la querrela, ratificándose en su contenido el 24 de diciembre de 1993. Con fecha 25 de enero de 1994, el Juzgado de lo Penal dictó auto por el que acordaba el archivo de las actuaciones en base al desistimiento unilateral formulado por don F. R. de A. M. El 28 de febrero de 1994 don F. R. de A. M. interpuso demanda civil de protección al honor ante el Juzgado de Primera Instancia contra don M. V. y *Ediciones Zeta* y contra don J. J. F. P.

La parte actora solicitaba la condena solidaria de don M. V., don J. J. F. y *Ediciones Zeta, S. A.*, al pago de 45.000.000 de pesetas en concepto de indemnización por los daños y perjuicios causados con la publicación del artículo. El Juez de Primera Instancia estima parcialmente la demanda condenando solidariamente a don M. V. y *Ediciones Zeta, S. A.*, a abonar al actor en concepto de indemniza-

ción la cantidad de 1.500.000 pesetas, absolviendo al demandado señor F. P.

Apelada la sentencia de primera instancia por don F. R. de A. M., don J. J. F. P. y por *Ediciones Zeta, S. A.*, y don M. V. de C., la Audiencia Provincial revoca parcialmente la sentencia en el sentido de elevar a tres millones de pesetas (3.000.000 ptas.) la indemnización en favor del actor.

Don M. V. de C. y *Ediciones Zeta, S. A.*, interpusieron contra la sentencia recurso de casación.

NOTA.—La concreción de la fecha del *dies a quo* a que se refiere el artículo 9.5 de la Ley Orgánica 1/1982 con la expresión «desde que el legitimado pudo ejercitarlas» puede plantear problemas de interpretación en la práctica; la doctrina jurisprudencial ha ofrecido algunas soluciones sobre esta cuestión. La STS de 28 de mayo de 1990 entendió que el día inicial del cómputo fue aquel en que la demandante tuvo conocimiento de los escritos forenses donde se conocieron las injurias reputadas como ofensivas; la STS de 20 de abril de 1991 consideró que la actora pudo ejercitar la acción desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/1982, dado que tal fecha se alejaba de los hechos que dieron lugar a la reclamación (STS de 28 de septiembre de 1998).

En la sentencia anotada, una vez finalizado el procedimiento penal por auto de sobreseimiento, había transcurrido con exceso el plazo establecido en el artículo 9.5 de la Ley Orgánica 1/1982, y entraba en juego la doctrina relativa a que «la legalidad a que deben someterse los Tribunales por imperio de la Constitución (art. 117) y de la Ley Orgánica (art. 1), obligan a aplicar las normas, aunque sean de naturaleza formalista, y obstaculicen las pretensiones sustantivas» (SSTS de 20 de abril y 22 de noviembre de 1991). (*M. C. L. J.*)

**3. Libertad de expresión e información y derecho al honor. Límites a la crítica.**—Es cierto que las obras en su conjunto reflejan aspectos críticos legítimos que ponen de relieve no sólo defectos sino también conductas que deber ser subsanadas y erradicadas. Mas algunas de las referencias concretas al actor contienen afirmaciones que afectan a la intimidad de su ética profesional y, por ende, a su prestigio; de manera que su veracidad no puede inferirse de los indicios que, a juicio del demandado, acreditan aquéllas, por muy convenientemente que resulten para el autor del libro. Pues la veracidad no se impone por la creencia, más o menos razonada del recurrente, sino por la determinación de los datos objetivos que permitan establecer la misma con respaldo judicial. En el caso que nos ocupa, resulta evidente que los libros publicados no responden única y exclusivamente a la intención de informar, sino que plasman los pensamientos, opiniones y juicios de valor del autor sobre los hechos y sus sujetos. Ante ello resulta imposible acceder a la pretensión del demandado de que se declare la veracidad de lo escrito para que, al amparo de su derecho a informar, no se estime la existencia de intromisión ilegítima en el honor del actor.

**Libertad de información y libertad de expresión. Ponderación de los límites de una y otra. Exclusión de las palabras o expresiones insultantes, vejatorias o descalificadoras.**—De acuerdo con la doctrina constitucional, en la ponderación de los límites de la libertad de información y de la libertad de

expresión han de actuar otras exigencias igualmente importantes; entre ellas, la no utilización de palabras o frases insultantes, vejatorias o descalificadoras de la persona a la que se refieren, innecesarias para el fin perseguido con la información y la opinión (SSTC de 6 de junio de 1990 y 21 de noviembre de 1995). La prevalencia de la información o de la libre expresión no es absoluta, porque guarda congruencia con la finalidad de contribuir a la formación de la opinión pública sobre asuntos de interés general y que la intromisión no vaya más allá de lo estrictamente necesario para alcanzar tal finalidad. El derecho a la libertad de expresión que comporta el derecho a la crítica no legitima insultos de determinada entidad o actos vejatorios (SSTS de 30 de diciembre de 2000 y 29 de noviembre de 2001).

**Condena por intromisión ilegítima en el derecho al honor. Ausencia de la necesidad de publicar la sentencia como medida reparatoria.**—Aunque el artículo 9.2 de la Ley Orgánica 1/1982, prevé como medida reparatoria la posibilidad de que se pueda publicar la sentencia, como facultad meramente potestativa del juzgador, en el presente supuesto no se estima adecuado hacer uso de tal medida en tanto que si bien la intromisión tuvo divulgación por la publicación de libros, no tuvieron acceso a otros medios de comunicación social como la prensa escrita o radiotelevisada, razón de que no se considere adecuada la medida solicitada. Pertenece esta cuestión al ámbito de instancia y, por tanto, su decisión no es revisable en casación, salvo que manifestara, lo que no concurre, arbitrariedad o manifiesta irrazonabilidad.

**Establecimiento del *quantum* indemnizatorio por la intromisión ilegítima en el derecho al honor. No caben condenas teóricas.**—Debiendo fijarse una indemnización económica, sin que existan perjuicios objetivamente valorables, puesto que la declaración de la existencia de intromisión ilegítima constituye la reparación real del daño causado y la satisfacción personal del perjudicado, no es admisible que se fijen indemnizaciones de forma teórica, pues con ello se vulnera la doctrina jurisprudencial que prohíbe esta clase de condenas (SSTS de 23 de marzo de 1987 y 27 de octubre de 1989). (STS de 18 de noviembre de 2002; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Don S. B. G. presentó demanda sobre protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de las personas, solicitando se declarara la existencia de una intromisión ilegítima en su honor, derivada de los libros publicados por el demandado, don P. R. M., en los que además de una crítica al conjunto de la administración de justicia en sentido amplio, imputaba al actor la participación en actos tipificados como delitos, con especial incidencia en su ámbito profesional de abogado; sin que existiese una determinación objetiva de los hechos imputados que permitiese establecer, con respaldo judicial, su comisión y la participación en ellos del actor. El Juzgado de Primera Instancia de Santa Cruz estimó la demanda y condenó al demandado al pago de cinco millones de pesetas. La Audiencia Provincial de Tenerife estimó parcialmente el recurso de apelación, y fijó la indemnización en setenta y cinco pesetas. Ambas partes recurrieron en casación. El TS no acogió el recurso planteado por el demandado y sí dio lugar a la casación instada por el actor. (L. A. G. D.)



**4. Revisión de la sentencia dictada en casación por ordenarlo así el TC al resolver sobre recurso de amparo. Protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen. Aplicación de lo decidido por el TC.**—Los motivos alegados como fundamento del recurso, relativos a la inexistencia de intromisión ilegítima en la intimidad y propia imagen, fueron estimados por la sentencia del TS, que ha sido anulada por el TC. Por lo cual, por imperativo legal, deben ahora desestimarse sin más consideraciones.

**Intromisión ilegítima en el derecho al honor, intimidad personal y familiar y propia imagen. Bases para la fijación del *quantum indemnizatorio*.**—El *quantum* indemnizatorio no es objeto de casación, como tal. Pero sí lo es la base jurídica que da lugar al mismo, que es el caso que se plantea. En este sentido, no apareciendo datos objetivos que permitan una aplicación directa de los criterios del artículo 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, intimidad personal y familiar y propia imagen, se atiende a la trascendencia —escasa— de unas fotos, a la capacidad económica —alta— del perjudicado, a la situación de las personas en el lugar —público— y a la obtención de las imágenes —por persona amiga— y su difusión —por persona desconocida—; por lo que, en el trance de fijar una cantidad, se establece en doscientos euros (STS de 5 de noviembre de 2001). (STS de 14 de noviembre de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—Don A. A. demandó a la entidad E. G. E. por intromisión ilegítima en su derecho al honor, reclamando una indemnización de veinte millones de pesetas. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial, ambos de Madrid, estimaron la pretensión del actor. El TS, por su parte, dio lugar al recurso de casación planteado por el actor, al considerar que no existía intromisión ilegítima. Don A. A. presentó demanda de amparo ante el TC, que dictó sentencia otorgando el amparo solicitado y anulando la sentencia del TS. En nueva votación y fallo, el Alto Tribunal, además de aplicar lo resuelto por el TC, dio lugar al recurso de casación y anuló la sentencia de la Audiencia Provincial en el único sentido de fijar la indemnización en la cifra de doscientos euros. (*L. A. G. D.*)

**5. Características del derecho al honor.**—El derecho al honor es un derecho de la personalidad siendo el titular del mismo la persona concreta ofendida. Según establece el artículo 2.3 de la Ley Orgánica 1/1982, se trata de un derecho irrenunciable e inalienable. El TC ha destacado como elementos definidores de este derecho su carácter personalista y su íntima conexión con la dignidad de la persona (FD 1.º).

**Protección del derecho al honor de funcionario público en vía civil concluido el proceso penal.**—El TC ha manifestado en la S 8 de abril de 2002 que no es discriminatoria la existencia de un doble régimen de preferencia de la jurisdicción penal y civil, según se trate de hechos que, de entenderse delictivos sean perseguibles de oficio o a instancia de parte y además nada obsta a que el funcionario o autoridad personalmente afectado por los hechos pueda, una vez concluido el proceso penal, continuar con el ejercicio de la acción civil de protección a su honor cuando ha sido atacado. (STS de 26 de noviembre de 2002; no ha lugar.)

**HECHOS.**—El 26 de marzo de 1990, a las puertas de una sucursal bancaria, don J. M. le propinó una bofetada en la mejilla a la vez que le llamó «soplapollas y gilipollas» a don J. E. O., subinspector de Hacienda, que encontrándose en funciones propias de su cargo, iba a realizar una inspección en la cuenta bancaria de la que era titular el primero. Don J. M. fue enjuiciado por estos hechos por la jurisdicción penal que en sentencia de 26 de noviembre de 1992 lo condenó como autor de un delito de atentado. Ni el Ministerio Fiscal, ni la Abogacía del Estado, que ejercitaba la acusación particular, interesaron ninguna indemnización a favor del ofendido derivada del delito, por lo que congruentemente no fue contemplada en la sentencia.

El Juzgado de Primera Instancia tramitó el procedimiento especial de Protección de los Derechos fundamentales por la demanda que presentó don J. E. O. contra don J. M. y absolvió al demandado de cuantas pretensiones indemnizatorias se accionaban por el actor al considerar que no se había producido una intromisión ilegítima en el honor del demandante. Interpuesto el recurso de apelación, la Audiencia Provincial revoca la anterior resolución y admitiendo el recurso del actor condena a don J. M. por intromisión ilegítima en el honor del recurrente a que le indemnice a don J. E. O. en un millón de pesetas.

Don J. M., formalizó recurso de casación contra la sentencia de apelación, oponiéndose el Ministerio Fiscal al mismo.

**NOTA.**—De los hechos de la sentencia se pueden diferenciar dos conductas concurrentes, una, referente a la agresión física que la jurisdicción penal consideró decisiva para pronunciar condena por la consumación de un delito de atentado, y otra, las expresiones vejatorias proferidas por el recurrente; expresiones lesivas al honor, teniendo en cuenta las circunstancias y lugar en las que se manifestaron, la entrada a una entidad bancaria abierta, con inevitable asistencia de público y con ocasión de que el ofendido realizaba su actividad profesional de subinspector de Hacienda. Por lo tanto, al sufrimiento físico que padeció por la agresión se anudó el moral por la vejación pública a que fue sometido (FD 1.º).

La STC de 16 de diciembre de 1991 (seguida, entre otras, por la STC de 8 de abril de 2002 que analiza la evolución jurisprudencial en la materia), supuso un cambio doctrinal en la interpretación del artículo 1.2 de la Ley Orgánica 1/1982, en su redacción originaria (reformado por la D 4.ª de la Ley Orgánica de 23 de noviembre de 1995 que aprobó el CP). Este artículo en su versión originaria establecía que: «cuando la intromisión sea constitutiva de delito, se estará a lo dispuesto en el Código penal. No obstante, serán aplicables los criterios de esta ley para la determinación de la responsabilidad civil derivada de delito».

Antes de la mencionada STC, en el caso de que los hechos presentamente lesivos del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen fuesen aparentemente delictivos, la jurisprudencia del TS distinguía según que se tratase de delitos que, por afectar a funcionarios públicos o autoridades, fuesen perseguibles de oficio o a instancia de parte. En el primer caso, entendía que la apariencia delictiva de los hechos determinaba, a tenor del artícu-

lo 1.2 de la Ley Orgánica 1/1982, que hubiera de conocer la jurisdicción penal con preferencia absoluta. (STS de 11 de noviembre de 1988, 27 de enero, 7 y 23 de febrero, 17 de marzo, 14 de abril, 22 de junio, 6 y 14 de julio, y 11 de octubre de 1989, 4 de octubre y 14 de noviembre de 1991).

En el supuesto de que los delitos fuesen perseguibles a instancia del ofendido mediante denuncia o querrela según los casos, por no ser los perjudicados afectados en consideración a ninguna condición pública, el TS siempre ha reconocido el derecho de opción por la protección a través de la jurisdicción penal o la civil (SSTS de 4 de noviembre de 1986, 23 de marzo y 22 de octubre de 1987, 11 de octubre de 1988, 13 de julio de 1992 y 14 de marzo de 1996).

A partir de la STC de 16 de diciembre de 1991 se da un cambio doctrinal en los supuestos en los que los hechos pretendidamente lesivos del derecho al honor pueden ser constitutivos de delito público, reconociendo al perjudicado la doble vía, salvo que exista un proceso penal pendiente o que la jurisdicción civil tuviera que fundamentar su resolución exclusivamente en la existencia de un delito (SSTS de 26 de febrero de 1992, 26 de enero de 1993, 6 de febrero y 12 de marzo de 1996, y 4 de junio de 2001). (*M. C. L. J.*)

**6. Proceso de incapacitación. Examen personal del presunto incapaz conforme al derogado artículo 208 CC.**—El ya derogado artículo 208 CC, cuyo contenido se encuentra recogido de manera similar aunque con ciertas modificaciones en el actual artículo 759 LEC 1/2000, impone al Juez una serie de actuaciones, so pena de nulidad del proceso, en garantía del presunto incapaz, entre las cuales se encuentra el examen personal del mismo, examen cuya relevancia constitucional y su carácter de orden público lo configuran como un requisito de fondo que viene a sumarse a las garantías del proceso de incapacitación. Las amplias facultades discrecionales concedidas al Juez le permiten realizar dicho examen «... en las condiciones que mejor le permitan formarse un juicio sobre el verdadero estado del presunto incapaz» (FD 6.º), sin que pueda considerarse que la presencia de una hija ayudando al presunto incapaz junto con el médico forense y bajo la fe pública del Secretario Judicial menoscaben dichas garantías. Es más, dicho examen no se limita, tal y como tiene declarado el TS, al Juez de Primera Instancia, sino también al tribunal de apelación, para quien será preceptiva dicha actuación «... solamente para el caso de que haya un cambio de criterio por el tribunal de apelación» (FD 3.º, con cita de las SSTS de 20 de febrero y 12 de junio de 1989, 20 de marzo, 24 de mayo y 9 de junio de 1991, 30 de diciembre de 1995, 4 de marzo de 2000 y 16 de marzo de 2001).

**Examen del presunto incapaz en pieza separada de medidas cautelares.**—Practicado el examen personal del presunto incapaz por el Juez de Primera Instancia en pieza separada de medidas cautelares solicitadas por la parte demandante conforme al artículo 209 CC en orden a la protección del patrimonio del presunto incapaz, una vez que el Juez ordene traer testimonio de todo lo actuado en éstas al correspondiente ramo de pruebas, no puede entenderse que, en el procedimiento declarativo se incumpliera el citado artículo 208 CC, sino que, por el contrario «... lo sustantivo se aplicó para resolver lo cautelar y no a la inversa» (FD 5.º). (STS de 14 de octubre de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Don I. E. C. ante la isquemia cerebral que había sufrido su padre, don M.-J. E. M. solicitó la declaración de incapacitación del mismo, así como la adopción de ciertas medidas cautelares al amparo del artículo 209 CC, en orden a la protección del patrimonio del presunto incapaz, especialmente el negocio que como empresario autónomo regía. Por el Juez se acordó la audiencia de los parientes más próximos citándose para dicho acto al Ministerio Fiscal. Fueron oídos tanto los tres hijos del presunto incapaz, incluido el propio demandante, así como la esposa. Al día siguiente compareció el presunto incapaz con asistencia del médico forense, haciéndose constar en el acta que el compareciente tenía dificultades para hablar pero que entendía todo lo que se le pregunta, respondiendo unas veces por escrito y otras veces «... lo que dice va siendo interpretado por su hija que le acompaña. Igualmente utiliza gestos para responder a las preguntas que se le hace». El demandante presentó queja solicitando la nulidad de las actuaciones al considerar que el presunto incapaz no podía ser ayudado por su hija. Finalmente se denegaron las citadas medidas cautelares. Mientras se sustanciaba la pieza separada de medidas cautelares, se celebró el juicio declarativo de menor cuantía en el que las partes solicitaron el recibimiento a prueba. En este sentido el Juez ordenó traer testimonio de todo lo actuado en la pieza separada de las medidas cautelares. Desestimada la pretensión de la parte actora en primera instancia, la Audiencia confirmó dicho fallo. La representación legal de don I. E. C. formuló recurso de casación entendiendo que se habían infringido las normas procesales en tanto que el requisito de audiencia tanto al presunto incapaz, a los parientes más próximos de éste así como al correspondiente facultativo no había tenido lugar en el juicio declarativo propiamente dicho sino en pieza separada de medidas cautelares, así como por infracción del artículo 200 CC. El Ministerio Fiscal apoyó el recurso interesando la estimación del primer motivo al considerar que la relevancia constitucional del requisito de la audiencia previa exigía la audiencia del presunto incapaz por el tribunal de apelación.

NOTA.—En la sentencia que anotamos, el TS viene a reiterar el contenido de la S de 16 de marzo de 2001, RJ 2001/6635, en la que, igualmente, el Ministerio Fiscal, como parte recurrente, solicitaba la declaración de nulidad de la sentencia dictada en grado de apelación, pretendiendo que el tribunal de apelación volviera a dictar sentencia tras examinar por sí mismo al presunto incapaz. Aun cuando, como señala la sentencia que nos ocupa, el planteamiento del Ministerio Fiscal se asemeja a la solución que actualmente postula la regulación contenida en el artículo 759.3 LEC 1/2000, en ningún caso dicho artículo puede ser aplicado al caso que nos ocupa, teniendo en cuenta que conforme a la DT 4.ª LEC 1/2000, al encontrarse el procedimiento pendiente de casación al tiempo de entrada en vigor de la misma, se sustanciaría conforme a la ley anterior, es decir, conforme al actualmente derogado artículo 208 CC. (*R. D. O.*)

**7. Incapacitación parcial.**—Se declara probado por informes periciales que en el sujeto se da ausencia de trastornos psiquiátricos mayores, si bien

padece alteración cognoscitiva derivada de la patología vascular cerebral, centrada básicamente en los procesos lingüísticos, que afectan predominantemente a su capacidad volitiva en relación a la toma de decisiones apoyadas en elementos materiales de carácter lógico, intelectual y complejo y, en menor grado, en aquellos asuntos que conciernen a su propia individualidad, a su esfera emocional y a las relaciones consigo mismo y con los demás; se añade que el sujeto conserva autonomía en lo que hace referencia a sus relaciones con los demás y consigo mismo. De aquí deduce la sentencia de la Audiencia Provincial que el sujeto es capaz de decisiones en el plano personal, disponiendo de los elementos necesarios y suficientes para su autogobierno; por el contrario, por lo que respecta al plano patrimonial, y teniendo en cuenta que el sujeto es dueño de un patrimonio compuesto por múltiples sociedades en las que posee participación mayoritaria las cuales son titulares de una vasta y compleja red de asistencia clínica y sanitaria, se estima que su enfermedad le impide el normal ejercicio de la gestión de dicho patrimonio; de aquí que la Sala comparte el criterio de la instancia de que la incapacidad que afecta al sujeto no ha de ser reputada con plenitud de efectos, es decir, como incapacidad total, sino como de tipo medio o atenuado, referida a la administración de sus bienes, que impone la necesidad de que la defectuosa capacidad del mismo se complete, integre y asista sin necesidad de recurrir a la tutela, mediante la institución intermedia de la curatela.

**Incongruencia: *Extra petita*.**—Se rechaza este motivo del recurso pues se debe permitir al Juzgador que, en casos como el presente, en los que, si bien se pide la incapacidad total de la persona afectada, pero a lo largo de todo el proceso se prueba que la misma padece un nivel de deterioro psico-físico que no implica esté falta para gobernar su persona sino, exclusivamente, para ejercitar normalmente la gestión de su patrimonio, sea permisible que el Tribunal que enjuicia esa situación personal del interesado, culmine su respuesta y gradúe en cierto modo la petición inicial concediendo un grado de incapacidad que cumpla con lo postulado en alguna medida y, en especial, que no olvide el principio de protección a la persona así afectada con ese mecanismo de defensa o representación, determinando, a tenor de los artículos 287 y 289 CC qué actos han de incluirse en esa protección; además esta Sala subraya que en el *petitum* se solicitaba *que se constituyera el régimen de tutela o guarda a que deba quedar sometido el incapacitado*, guarda que comprende también la curatela según el artículo 215 CC, por lo que no es posible entender que la decisión judicial se aparta de lo interesado en la demanda; supuesto diferente del resuelto por la STS de 30 de octubre de 1994 en que se pedía exclusivamente una incapacidad total.

**Valoración de la prueba pericial: doctrina general.**—Es doctrina jurisprudencial que no existen reglas preestablecidas que rijan el criterio estimativo de la prueba pericial, por lo que no puede invocarse en casación la infracción de precepto alguno en tal sentido; ni los derogados artículos 1242 y 1243 CC, ni el artículo 632 LEC 1881 tienen el carácter de preceptos valorativos de prueba a efectos de casación para acreditar error de derecho, pues la prueba pericial es de libre apreciación por el Juez; el Juzgador no está obligado a sujetarse al dictamen pericial y no se permite la impugnación casacional de la valoración realizada a menos que sea contraria en sus conclusiones a la racionalidad y se conculquen las más elementales directrices de la lógica, o abiertamente se aparte lo apreciado por la Sala *a quo* del propio contexto o expresividad del contenido pericial. La STS de 19 de febrero de 1996, a propósito de un litigio igualmente de incapacidad, ha declarado que el

desacuerdo de estas pruebas admite la censura casacional, no en cuanto a la prueba misma y sí respecto a su valoración, mediante denuncia de las normas de hermenéutica de los artículos 1291 a 1299 CC. (STS de 20 de noviembre de 2002; no ha lugar.)

NOTA:—La demanda se interpone por la esposa, legalmente separada de su marido; la sentencia del Juzgado de Primera Instancia estima en parte la demanda y declara a todos los efectos la incapacidad del marido para la administración de sus bienes sin que ello afecte a los restantes aspectos de su persona; se deja para la ejecución de la sentencia el nombramiento de curador. La Audiencia Provincial desestima el recurso interpuesto por la esposa y estima el interpuesto por el marido a los solos efectos de la designación de curador. Ambos cónyuges recurren en casación, siendo rechazados los respectivos recursos con base en la sentencia extractada.

Si la flexibilidad es una de las características más notables de la reforma de 1983, la sentencia aquí extractada, de la que ha sido Ponente Martínez-Calcerrada y Gómez, creo que puede adscribirse resueltamente a esa dirección interpretativa, que puede llegar a transponer las fronteras rígidas entre tutela y curatela. En efecto, si por un lado puede judicialmente graduarse tanto la tutela como la curatela, por otro parecería necesario diferenciar una y otra por la nota característica de la función representativa que, en principio, se atribuye al tutor y se deniega al curador; siguiendo este razonamiento se diría que el tutor de una persona cuya incapacidad es benigna ejerce necesariamente funciones representativas mientras que no las ejercería en sentido estricto el curador de una persona aquejada de una deficiencia media (como es aquí el caso). Sin embargo, un análisis de las circunstancias que concurren en este supuesto (persona dueña de varias empresas en las que tiene participación mayoritaria y dirige una vasta y compleja red de asistencia clínica y sanitaria) permiten llegar a la conclusión de que el curador que aquí se nombre en ejecución de sentencia, no sólo asistirá al enfermo en los actos de naturaleza patrimonial, sino que eventualmente asumirá su representación jurídica (se confirmaría así lo que hace años sostuve en *Notas sobre la curatela RDP* 1984, pp. 797 ss.). Un sector doctrinal sostiene (Delgado Echeverría en Lacruz *Elementos* 1-2.º, nueva ed. [Madrid 1998], p. 148) que no parece que pueda apreciar el juzgador, a efectos de pronunciar su incapacidad, el elemento externo de la mayor o menor complejidad de tales intereses en el sujeto concreto, y ello debido a que debe hacerse referencia a un hombre normal y corriente; cabalmente ello parece que no se ha cumplido en este caso pues se menciona expresamente su situación económica. Lateralmente surge la sospecha —que se reitera en procesos de esta naturaleza— de que si el presunto incapaz no fuera titular de ese patrimonio tan complejo y cuantioso es poco probable que la demanda se hubiera interpuesto, o, en su caso, que hubiera llegado al TS. (G. G. C.)

**8. Tercería de dominio y doctrina del levantamiento del velo. Ausencia de la condición de tercero en la sociedad demandante.**—La teoría del levantamiento del velo (*lifting the veil*, creación de la jurisprudencia anglo-

sajona), se utiliza con la intención de averiguar lo real en la evolución de una determinada o determinadas personas jurídicas, tanto en los supuestos en los que se pretende una incomunicabilidad de patrimonios de distintas sociedades, o de una sociedad con respecto a sus socios o a su socio único, así como aquellos en los que se utilice una sociedad como pantalla de otra; en todos, con el fin fraudulento de incumplir un contrato, eludir responsabilidad contractual o extracontractual, aparentar insolvencia, etc. Cuando realmente no existan distintas personas jurídicas, estaremos ante un caso de abuso del derecho, en concreto de la forma de las personas jurídicas, y de ejercicio antisocial del mismo (art. 7.2 CC), por ser un comportamiento contrario a la buena fe (arts. 7.1 CC y 57 CCO).

La tercería de dominio regulada en los artículos 1532 a 1543 LEC de 1881 es una acción declarativa de dominio cuyo objeto es la declaración de propiedad del tercerista y el levantamiento del embargo trabado sobre el bien litigioso. En este sentido, antes de que el tercerista acredite su dominio sobre los bienes objeto del embargo es necesario determinar si ciertamente el demandante de tercería reúne o no la condición de tercero (SSTS de 2 de febrero de 1985, 18 de abril de 2000 y 16 de octubre de 2001). En este sentido la jurisprudencia excluye la condición de tercero en las tercerías en aquellos supuestos en los que se produce una coincidencia de intereses o confusión de patrimonios o personalidades entre el demandante tercerista y el ejecutado. **(STS de 11 de octubre de 2002; no ha lugar.)**

**HECHOS.**—La sociedad *Industrias de Transformación de Aluminio, S. A.* formuló demanda de tercería de dominio contra el *Banco Español de Crédito, S. A.* y la entidad *Comercial de Metales de Cádiz, S. A.*, con el objeto de suspender el embargo trabado sobre ciertos bienes con respecto a los cuales interesó la declaración de titularidad. A lo largo del proceso quedó probado que si bien tanto formal como registralmente se trata de sociedades distintas, ambas tienen objeto social muy similar, ya que se relacionan con la industria del aluminio. Igualmente se constató que son accionistas una de la otra, ostentando don J. C. M. diversos cargos gestores de dichas entidades. Desestimada la petición en primera instancia y el correspondiente recurso de apelación por la Audiencia Provincial, la representación de la entidad demandante formuló recurso de casación, alegando infracción de los artículos 1.1, 9.3 y 10 CE, artículos 7.1 y 2, y 1450 CC, artículos 123.2 y 56 TRLSA, artículo 545 CCO, así como inadecuada aplicación de la teoría del levantamiento del velo.

**NOTA.**—En el supuesto que anotamos el TS, con abundante cita de la jurisprudencia existente sobre la doctrina del levantamiento del velo (SSTS de 28 de enero de 1980, 28 de mayo de 1984, 27 de noviembre de 1985, 16 de julio y 24 de septiembre de 1987, 5 de octubre de 1988, 20 de junio y 12 de noviembre de 1991, 12 de febrero de 1993, 31 de octubre de 1996, 10 de abril y 14 de junio de 2002, entre otras), ha penetrado en el substrato de ambas personas jurídicas, demandante y ejecutada, para determinar si aun cuando formal y registralmente sean dos entidades distintas, aunque con objeto social similar puesto que ambas se ocupan del proceso de comercialización del aluminio, procede o no la aplicación de dicha técnica. Si bien queda comprobado que no nos encontramos ni ante

un supuesto de abuso de la forma jurídica, porque ciertamente existen dos voluntades negociales distintas (una de las sociedades fue constituida cinco años antes del otorgamiento del crédito por parte de la entidad ejecutante), ni de infracapitalización, sin embargo y aunque jurídicamente sean entes con personalidad jurídica propia, quedó probado tanto que ambas pertenecen a una misma persona o familia, como que en la nave donde figuraba el logotipo de la sociedad recurrente se almacenaban materiales de la sociedad ejecutada, de modo que ambas entidades tenían la misma sede física. La parte recurrente alega en casación la infracción de los artículos 545 CCO y 56 TRLSA, entre otros, en cuanto a la transmisión de acciones, sin que el TS se pronuncie expresamente sobre la aplicación o no de los mismos en el supuesto que nos ocupa. (*R. D. O.*)

**9. Tercería de dominio y doctrina del levantamiento del velo. Supuesto de tercerista aparente. Coincidencia de personalidades entre el deudor embargado y el socio único de la sociedad tercerista.**—En el conflicto entre la seguridad jurídica (reconocimiento de personalidad jurídica a una determinada entidad mercantil) y la justicia, ambos valores consagrados en la Constitución Española (arts. 1.1 y 9.3 CE), corresponde según los casos y las circunstancias, por vía de la equidad y acogimiento del principio de buena fe (art. 7 CC), penetrar «... en el substrato personal de las entidades o sociedades, a las que la Ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que al socaire de esa ficción o forma legal, se puedan perjudicar intereses privados o públicos como camino del fraude (art. 6.4 CC)» (SSTS de 24 de marzo de 1997, reiterando la doctrina de las SS de 28 de mayo de 1984, 12 de febrero y 1 de abril de 1993, 11 de diciembre de 1995, 25 de octubre de 1997, 31 de enero, 30 de mayo y 9 de noviembre de 1998, 11 de octubre de 1999, entre otras).

En este sentido, en aquellos supuestos en los que el deudor embargado aparece como socio único de la propia sociedad tercerista, nos encontramos ante un supuesto de uso abusivo de la personalidad jurídica formal de los entes sociales (FD 1.º, STS de 5 de abril de 2001), en tanto que «... resulta correcto hablar de simbiosis (jurídica) entre la sociedad que se crea y el socio que resulta ejecutado» (FD 1.º). El deudor ha actuado en el proceso con doble personalidad, puesto que, de una parte, al ser administrador único de la sociedad demandante otorgó, conforme a la legislación societaria (LSRL) vigente, poder para representación jurídico-procesal de la misma; y de otra, por su condición de ejecutado en el proceso civil, vino a comparecer como demandado. La técnica del levantamiento del velo permite revelar la verdadera titularidad sobre los bienes embargados, correspondiendo la misma realmente al deudor ejecutado y no a la entidad tercerista. (**STS de 30 de julio de 2002**; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Con fecha 14 de enero de 1994, don M. y su esposa constituyeron la entidad *Aceites Belén, S. L.* Posteriormente, el día 20 de junio del mismo año, la entidad *Aceites Moncayo, S. A.* procedió a embargar a don M. ciertas mercancías. La sociedad *Aceites Belén, S. L.*, interpuso demanda de tercería de dominio frente a la entidad ejecutante, *Aceites Moncayo, S. A.*, y don M., el cual se allanó a las peticiones de la parte demandante. Durante el proceso quedó probado



que las mercancías reclamadas como suyas por la entidad tercerista fueron compradas por don M. en la sede social de su propio negocio y no en el domicilio social de aqueéllas, adquisición que tuvo lugar en fechas próximas al embargo. Desestimada la demanda en primera instancia, la referida sentencia fue recurrida en apelación por la parte demandante, recurso que fue desestimado por la Audiencia Provincial. La representación de la parte demandante formuló recurso de casación alegando la infracción del artículo 174 CCO, así como de la doctrina jurisprudencial del levantamiento del velo de las personas jurídicas.

NOTA.—En la sentencia que anotamos nos encontramos nuevamente ante un supuesto de levantamiento del velo de las personas jurídicas que tiene como fundamento el uso abusivo de la personalidad jurídica formal de los entes sociales. El TS viene a reiterar su ya consolidada doctrina acerca de la doctrina del levantamiento del velo de las personas jurídicas (entre otras SSTs 28 de mayo de 1984, 16 de julio y 24 de septiembre de 1987, 5 de octubre de 1988, 20 y 3 de junio y 12 de noviembre de 1991, 12 de febrero de 1993, 16 de febrero de 1994, 8 de abril de 1996, 31 de enero y 17 de octubre de 2000, entre otras), especialmente en lo relativo a aquellos supuestos en los que, ejercitada una tercería de dominio, con dicha técnica queda al descubierto la falta de la condición de tercero en la entidad o sujeto tercerista, con respecto al sujeto o ente ejecutado (SSTs de 18 de abril de 2000 y 5 de abril y 16 de octubre de 2001). Quedó probado en la sentencia de instancia que tanto la creación de la entidad tercerista (con seis meses de antelación), por el propio deudor posteriormente ejecutado, así como la operación de venta de las mercancías embargadas por el propio deudor tuvieron lugar en fechas muy cercanas al embargo judicial. En este sentido el TS considera que don M. utilizó la entidad de la cual era socio fundador y administrador único con la única finalidad de defraudar a sus acreedores, infringiendo el artículo 1911 CC. El TS considera que no es aplicable al caso el artículo 174 CCO, alegado en casación por la parte recurrente, en tanto que el codemandado, don M. S. M. actuó en el pleito con doble personalidad, tanto como administrador único representando a la sociedad como parte demandante, y de otra, como parte demandada. (R. D. O.)

## OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

**10. Negocio fiduciario: *Fiducia cum amico*.**—Según la STS de 22 de febrero de 1995, se está en presencia de un negocio fiduciario cuando quien recibe la titularidad de los bienes se obliga a emplear las facultades dispositivas que la adquisición le confiere en el cumplimiento de las finalidades de la fiducia; no puede integrar en su patrimonio el objeto sobre el que recae como si la titularidad fuese suya y no del fiduciante; el instrumento jurídico que se utiliza suele ser el de una compraventa ficticia que no por eso dejará de tener su causa, que se halla en la concesión de facultades dispositivas al fiduciario para alcanzar una determinada y prevista finalidad, con el riesgo inherente en

estos negocios de que el fiduciario abuse de su posición jurídica y emplee aquellas facultades no en utilidad o beneficio del fiduciario. En el presente caso tanto el Juzgado como la Sala hicieron correcta aplicación de esta figura por cuanto se produce su reconocido doble efecto, es decir la adquisición de la titularidad de una mitad indivisa del piso y luego la readquisición por quien realmente fue el que efectuó el pago del precio de aquella mitad, que es lo que sucedió en la posterior venta a favor del actor. (STS de 28 de noviembre de 2002; no ha lugar.) (G. G. C.)

**11. Diferencias entre negocio fiduciario y negocio simulado.**—La STS de 28 de octubre de 1988 diferencia entre negocio fiduciario y negocio simulado. En los negocios fiduciarios existe una separación entre el fin económico perseguido y el medio jurídico empleado; las partes intentan conseguir un efecto distinto y más restringido que el que sería propio del medio empleado. Varios son los caracteres que les podemos atribuir: 1) se trata de un negocio serio; las partes aceptan las consecuencias jurídicas que de él se derivan a pesar de servir a un fin económico distinto del normal; 2) es un negocio complejo, pues es fruto de combinar dos negocios distintos; 3) es un negocio válido.

En los negocios simulados existe una declaración de voluntad no real, que se emite conscientemente, con el objeto de crear, mediante engaño, la apariencia de que se ha celebrado un negocio, cuando en realidad no es así, o de que se ha celebrado uno distinto del verdaderamente realizado. Sus características principales son: 1) es un negocio ficticio, no real, aunque oculte un negocio verdadero; 2) es un negocio simple; 3) es nulo y no tiene trascendencia en el Derecho.

**Requisitos de los contratos.**—El artículo 1261 CC señala los requisitos que ha de reunir todo contrato: consentimiento de las partes, objeto y causa de las obligaciones que se establezcan. En virtud del artículo 1276 CC, el establecimiento de una causa falsa en los contratos dará lugar a su nulidad, si no se llega a probar que se fundan en otra verdadera y lícita. Además, hay reiterada jurisprudencia que indica, en relación a ese artículo, que la concurrencia de causa se refiere al momento de creación y perfección de la relación contractual que persiste (SSTS de 8 junio de 1995 y de 20 de marzo de 1998), y que esa apreciación está reservada al juzgador de instancia (SSTS de 18 de julio de 1996 y de 17 de noviembre de 1988, entre otras). (STS de 17 de septiembre de 2002; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Doña M. C. Q. C. interpone demanda por la que solicita la declaración de nulidad de la compraventa del inmueble objeto de litigio, celebrada el día 5 de diciembre de 1989 y en que ella interviene como vendedora y don J. C. B. como comprador. La demanda también se dirige contra *American Life Insurance Company* (ALICO) con el fin de que se declare la nulidad de la escritura, la cancelación de la inscripción de la misma en el Registro de la Propiedad, y la cancelación de la hipoteca constituida sobre la misma por dicha entidad a favor de don J. C. B. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda interpuesta por doña M. C. Q. C. y declara la nulidad de la compraventa celebrada el día 5 de diciembre de 1989 por simulación relativa y ordena la cancelación de la inscripción de la compraventa y de la hipoteca.

Don J. C. B. interpone recurso de apelación ante la Audiencia Provincial, cuya sentencia revoca la dictada en primera instancia, al considerar como probado que la titularidad del inmueble de la actora fue fiduciaria y que en negocio de compraventa cuya nulidad pretende doña M. C. Q. C. consistía en devolver la propiedad aparente a don J. C. B., que siempre mantuvo su dominio.

El 12 de septiembre de 1988, se produce la adquisición del inmueble objeto del litigio por don J. C. B. El 3 de abril de 1989 don J. C. B. otorga escritura pública a favor de doña M. C. Q. C.; la sentencia de la Audiencia Provincial declara como probado que no obedeció a una compraventa, pues no se pagó nada, sino que sólo se quería establecer una titularidad ficticia. También señala que la compraventa celebrada el 5 de diciembre de 1989 se trata de una simulación, pues no hay pago del precio. Por tanto, la Audiencia estima el recurso y absuelve a don J. C. B. de las pretensiones contenidas en la demanda de instancia.

Doña M. C. Q. C. presenta recurso de casación, basándolo en la interpretación errónea del artículo 1261 CC. (*S. L. M.*)

**12. Cuestión de competencia: exigencia de que el proceso no esté terminado por sentencia firme.**—Si la sentencia dictada en un proceso está pendiente de notificar al demandado, ésta no es firme por lo que no entra en el supuesto del artículo 76 LEC 1881, en virtud del cual no cabe cuestión de competencia cuando el proceso está terminado por sentencia firme.

**Cláusula de sumisión expresa en un contrato de adhesión: nula y abusiva.**—Dicha nulidad se deriva de la LGDCU de 19 de julio de 1984, cuyo criterio ha sido confirmado por la Directiva Comunitaria de 5 de abril de 1993 y la LCGC de 13 de abril de 1998.

**Contrato de compraventa: lugar de pago.**—Conforme al artículo 1500 CC, el pago debe hacerse en el tiempo y lugar en que se hace la entrega de la cosa vendida. (**Auto de 22 de noviembre de 2002.**)

**HECHOS.**—*CREDSA, S. A.* interpone demanda contra *F. G. A.* en el Juzgado de Primera Instancia de Barcelona, en relación con una compraventa celebrada mediante contrato de adhesión. En dicho contrato constaba como condición general una cláusula de sumisión expresa a los Juzgados de Barcelona. La cosa vendida había sido entregada en Palma de Mallorca. Se presenta ante el Juzgado de dicha ciudad cuestión de competencia por inhibitoria.

Tanto el Juzgado de Barcelona como el de Palma de Mallorca insisten en su respectiva competencia.

El TS declara la competencia del Juzgado de Palma de Mallorca. (*B. F. G.*)

**13. Los pagarés como medio de pago.**—El pago realizado a través de la entrega de documentos mercantiles como pagarés, letras de cambio, cheques, u otros, supone una forma de pago (art. 1170 CC). Sin embargo, sólo se producen los efectos del pago cuando se hubieran realizado o cuando por culpa del acreedor resulten perjudicados (la entrega es *pro solvendo* como regla

general). Por tanto, la entrega de tales documentos sólo tendrá plena eficacia liberatoria cuando se acredite su total realización.

**Plazo de garantía del aval.**—El plazo establecido en el aval de referencia (límite de su validez) delimita el período que sirve de garantía para el pago de las operaciones comerciales realizadas con el deudor. Su existencia se acredita por haberse concertado durante dicho plazo y su efectividad a través del albarán de entrega de la mercancía. El aval por deudas futuras no puede verse afectado por un segundo plazo (no establecido) que pudiera servir de punto de partida para el cómputo de una prórroga. (STS de 1 de julio de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Don J. M. S. interpone demanda contra las entidades *Frigoríficos Extremeños, S. A., Banco de Madrid, S. A. y Banco Pastor, S. A.*, sobre reclamación de cantidad. Solicita el demandante que se dicte sentencia condenando a *Frigoríficos Extremeños, S. A.* a abonarle 8.849.207 pesetas y por la misma cantidad, y de forma solidaria con la anterior entidad, se condenara a *Banco de Madrid* a abonar al actor 4.500.000 pesetas y a *Banco Pastor* la cantidad de 4.349.207 pesetas, a estos últimos en virtud de la garantía prestada a favor del actor. Subsidiariamente, para el supuesto de que no se estimara la responsabilidad solidaria de las dos entidades avalistas junto a *Frigoríficos Extremeños, S. A.*, se pide que se condene a ésta a abonarle 8.849.207 pesetas y se declare la responsabilidad subsidiaria de las entidades avalistas, condenándolas al pago de determinadas cantidades para el caso de insolvencia de *Frigoríficos Extremeños, S. A.* el Juzgado de Primera Instancia desestima íntegramente la demanda de don J. M. S. y absuelve a los demandados.

Contra dicha sentencia se interpone recurso de apelación. La Audiencia Provincial dicta sentencia por la que acoge en parte el recurso de don J. M. S. Se condena a dichas entidades al pago de determinadas cantidades, todas ellas en virtud de avales prestados en su día a favor del demandante.

Tanto *Banco de Madrid, S. A.* como *Banco Pastor, S. A.* formalizan sendos recursos de casación, basándolos cada una en diferentes motivos. El TS declara no haber lugar al recurso, desestimando todos los motivos. (S. L. M.)

**14. Inaplicación del artículo 1184 CC cuando la imposibilidad es imputable al deudor.**—La imposibilidad objetiva de cumplir la obligación que establece el artículo 1184 CC es causa de extinción de la obligación por no ser posible realizar la prestación por el deudor, siempre que la imposibilidad no le sea imputable al mismo. Si le es imputable, no es causa de extinción de la obligación, sino que da lugar a la resolución, a la ejecución forzosa en forma específica o a la indemnización (STS de 17 de enero de 1986, 15 de febrero de 1994, 20 de mayo de 1997 y 1 de febrero de 1999).

**Prevalencia de la interpretación gramatical de los contratos.**—Un contrato redactado por escrito con forma solemne de escritura pública implica la clara voluntad de obligarse las partes, a tenor de lo expuesto en el documento. Ateniéndose a lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 1281 CC, cuando los términos del contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de

los contratantes ha de prevalecer la interpretación literal (FD 4.º). (STS de 5 de octubre de 2002; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Con el fin de unir fuerzas, el *Club Náutico de Formentera* renunció en escritura pública de 13 de septiembre de 1979 a proseguir la tramitación del proyecto que había presentado en el Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo (MOPU), para la construcción de una dársena destinada a embarcaciones deportivas, en provecho del que también tenía iniciado con el mismo objeto *Marina de Formentera S. A.*, a cambio de que esta se obligaba, siempre que obtuviera en su día del MOPU la concesión correspondiente, a modificar el proyecto presentado, construyendo dos pantalanés más, que cedería a título de comodato o arrendamiento al *Club Náutico de Formentera*, teniendo que abonar por su parte este Club los gastos de ejecución de obra e instalación de los dos referidos pantalanés, y la parte proporcional del canon de concesión.

El 11 de marzo de 1984, el MOPU autorizó a *Marina de Formentera S. A.* la construcción de las instalaciones deportivas solicitadas, pero la concesión administrativa se condicionaba a la reducción considerable de los puestos de atraque. Una vez obtenida la concesión administrativa, *Marina de Formentera S. A.* no modificó el proyecto inicial y renunció ante la Administración a la construcción de los pantalanés exteriores 1 y 3, a partir de los cuales habían de ser construidos los pantalanés A y B, que según lo acordado eran los destinados para el *Club Náutico de Formentera*. Como resultado de la reducción de los puestos de amarre que tenía proyectados, *Marina de Formentera S. A.* no cedió ninguno al *Club Náutico de Formentera*.

El Juzgado de Primera Instancia estima la excepción de falta de personalidad en la actora, la entidad *Sociedad Marina de Formentera S. A.*, frente a la demanda formulada contra ella por el *Club Náutico de Formentera*, y desestima la demanda.

Apelada la sentencia por el *Club Náutico de Formentera*, la Audiencia Provincial estima en parte el recurso de apelación interpuesto y revoca la sentencia de instancia condenando a *Marina de Formentera, S. A.*, a satisfacer a la actora la suma que se fije en trámite de ejecución de sentencia.

Contra la sentencia de la Audiencia Provincial, *Marina de Formentera* interpone recurso de casación.

**NOTA.**—Se reitera nuevamente por la Sala 1.ª del TS (SSTS de 25 de enero de 1965, 3 de mayo de 1966, 7 de julio, 3 de noviembre de 1973, 29 de mayo y 20 de diciembre de 1978, 16 de mayo de 1979, 18 de abril de 1980 y 10 de octubre de 1990, entre otras) la doctrina legal interpretadora del artículo 1101 CC, que exige que para que de un incumplimiento contractual derive la obligación de indemnizar perjuicios a cargo del incumplidor los siguientes requisitos: una obligación constituida, el incumplimiento por el obligado y la consiguiente causación efectiva de perjuicios derivados precisamente de ese incumplimiento en relación causa-efecto. En el presente caso, el daño se produjo por no haber construido los dos pantalanés donde iban a situarse los puestos de amarre y atraque que

debían ser cedidos al Club recurrido, y esta falta de construcción se produjo por el incumplimiento de *Marina de Formentera, S. A.*, al no modificar el proyecto original como se había comprometido en el convenio de 13 de septiembre de 1979, ya que consistía la principal obligación de esta sociedad frente al Club (FD 3.º).

En materia de interpretación contractual, la jurisprudencia del TS ha sido reiterada en el sentido que la meridiana claridad no puede ser objeto de otra interpretación que la resultante de sus propios términos gramaticales, a lo que se viene obligado, tanto por las partes como para el juzgador, por imperio del artículo 1281.1.º CC (SSTS de 13 de diciembre de 1985 y de 18 de febrero de 1998, entre otras).

«El párrafo primero del artículo 1281 CC acoge un fragmento de Paulo, en el *Digesto* (libro XXXII, título único, 1: “Quum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio”), conforme al cual no debe admitirse cuestión sobre la voluntad cuando en las palabras no existe ambigüedad. Para hacer prevalecer la verdadera voluntad de los contratantes separándose de sus palabras, deberá atenderse a los actos de estos, coetáneos y posteriores al contrato, que demuestren ser otra que la expresada su verdadera voluntad.» (STS de 7 de julio de 1986).

En la sentencia anotada las cláusulas del contrato eran claras, por lo que prevaleció la interpretación literal. Sólo en el caso de que no fuera posible atenderse al sentido estrictamente literal de las cláusulas del contrato por falta de claridad, es obligado indagar la intención de los contratantes. Los artículos 1284, 1285, 1286 y 1288 CC son expresivos, dentro de una interpretación objetiva, del llamado «canon de la totalidad» que debe presidir la hermenéutica contractual (SSTS de 3 de febrero y 2 de marzo de 1998). (*M. C. L. J.*)

**15. Acción de nulidad por simulación.**—«La nulidad absoluta o inexistencia del contrato se declara por faltar uno de los requisitos esenciales del artículo 1261 CC (STS de 7 de julio de 1992)». «La acción de simulación absoluta supone que el acto o negocio atacado es nulo por falta de causa. Al no ser válida la enajenación, el bien objeto de la misma no salió del patrimonio del deudor (STS de 31 de octubre de 2002)».

**Acción revocatoria.**—«La doctrina tradicional ha venido manteniendo la necesidad de probar la intención fraudulenta del actor, consistente en perseguir el perjuicio de los intereses del acreedor, en conjunción con la mala fe del tercero como cooperación activa en la consecución del fraude (STS de 17 de marzo de 1972). Requiere como requisitos esenciales: 1) existencia de un crédito a favor de una persona y en contra de otros; 2) celebración por parte del deudor de un acto o contrato posterior con ánimo de perjudicar al deudor; 3) realidad del perjuicio y carencia de recurso legal para obtener su reparación; 4) que las cosas no se hallen legalmente en poder de terceras personas sin mala fe (SSTS de 13 de mayo de 1974 y 11 de noviembre de 1990)». «En la enajenación fraudulenta el acto o negocio es válido y, por consiguiente, el bien objeto de la enajenación salió del patrimonio del enajenante, aunque, mediante la acción revocatoria, se trate de reintegrarlo al mismo rescindiendo la operación. La finalidad, o mejor, los resultados finales de la simulación y de la enajenación fraudulenta son similares, pero son actuaciones notoriamente distintas (STS de 31 de octubre de 2002)».

**Consilium fraudis.**—«El fraude es un presupuesto indispensable para que la enajenación llevada a cabo por el deudor pueda ser rescindida (arts. 1111.1, 1291.3 y 1297 CC). Constituye un requisito subjetivo, cuya subjetividad, sin embargo, ha sido notablemente atenuada por la doctrina y la jurisprudencia para hacer factible en la práctica la operatividad de la acción revocatoria. Frente a la concepción rigurosa que configuraba la exigencia como la intención o propósito de perjudicar al acreedor, y por el contrario de quienes mantienen un criterio objetivista neto en el sentido de que habrá de estarse al resultado producido con total abstracción del ánimo o intención del deudor, la doctrina predominante y la jurisprudencia siguen una orientación intermedia, consistente en que basta el resultado producido y que este fue conocido o debido conocer por el deudor (*scientia fraudis*) (SSTS de 25 de enero de 1995, 31 de diciembre de 1997, 31 de diciembre de 1998, 25 de enero de 2000, 20 de febrero y 11 de octubre de 2001, 15 de marzo y 17 de octubre de 2002)».

Sin embargo, esta doctrina jurisprudencial no es unánime. En este sentido, la STS de 19 de octubre de 1999, y con ella las SSTS de 13 de febrero y 6 de abril de 1992 y 31 de diciembre de 1994 relativas a la apreciación del *consilium fraudis* del acreedor beneficiario, como requisito para la viabilidad de la acción rescisoria de los artículos 1111 y 1291.3 CC establecen: «Hay que atender que al exigir el juzgador de instancia para apreciar la concurrencia del *consilium fraudis* la existencia de una maquinación fraudulenta, por la que el deudor en concierto con el acreedor haya pretendido perjudicar a los demás acreedores, exigiéndose para dar lugar a la acción pauliana la existencia de una especie de confabulación, lo cual implica seguir un criterio tradicional, con desprecio de la moderna jurisprudencia para la que basta con el consentimiento y aquiescencia del perjuicio ocasionado a otros acreedores para que la misma tenga éxito».

Expedita la vía para la postulación de la rescisión contractual, la prosperabilidad de esta acción requiere a su vez, concurren pruebas de la existencia del fraude. En este sentido, «al acreedor que ejercita la acción rescisoria de actos y contratos celebrados en fraude de acreedores no se le puede gravar con una prueba negativa (que el deudor carece de bienes) de modo que la conducta del demandado pueda ser pasiva, es decir, que puede abstenerse de la alegación fácil y accesible para él de hechos positivos que deslegitimarían al acreedor accionante, cual es que tienen bienes realizables que no se han perseguido. Sería tanto como obligarle a una prueba diabólica, por lo que a aquel acreedor le bastará con acreditar una persecución de bienes que conoce o debió conocer según las circunstancias del caso (STS de 11 de abril de 1996)». En cualquier caso, «el *consilium fraudis* necesario entre el deudor y tercero pueda probarse mediante presunciones (STS de 16 de junio de 1994)».

**Prueba de la insolvencia del deudor.**—«... las directrices jurisprudenciales, al analizar el carácter perjudicial y fraudulento del acto (*eventum damni* y *consilium fraudis* o malicia, según la denominación tradicional), no imponen una previa persecución del deudor para acreditar su insolvencia, sino que prácticamente bastará con hacer hincapié en la falta de bienes racionalmente basada, siempre que en el litigio no se demuestre la inexactitud de tal elemento negativo por conocida existencia de otros distintos a los fraudulentamente enajenados (STS de 12 de junio de 1985)».

**Diferencia de la nulidad por simulación de insolvencia y la rescisión de una enajenación por fraude de acreedores.**—«La nulidad es perpetua e insanable, el contrato viciado de nulidad absoluta en ningún caso podrá ser objeto de confirmación ni de prescripción según resulta del artículo 1310 CC [...]. La

acción rescisoria se entiende como una forma de ineficacia de los contratos que obra por virtud de la ley y no por causa de la voluntad de las partes o resolución. Viene sometida al plazo de caducidad que establece el artículo 1299 CC, y en cuanto al cómputo de dicho plazo, ha de señalarse que como quiera que no existe referencia legal alguna para el supuesto que nos ocupa, el cómputo del mismo deberá realizarse atendidas las peculiaridades del caso concreto, armonizándose los intereses generales que exigirían hacerlo a partir de la celebración del acto, evitando la prolongación de la situación de interinidad creada y los propios de los interesados, que exige el conocimiento del daño y la posibilidad de actuar para remediarlo (STS de 4 de noviembre de 1993)». (STS de 31 de octubre de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—El 31 de diciembre de 1992 los cónyuges F. R. B. y M. A. V. concertaron con el *Banco Central Hispano-Americano* una póliza de un préstamo mercantil por importe de cinco millones de pesetas y vencimiento el 30 de octubre de 1996. El 26 de febrero de 1993, los mismos cónyuges concertaron con el *Banco Español de Crédito* un préstamo de 2.750.000 pesetas con garantía hipotecaria sobre la vivienda sita en Abarán, plaza de la Zarzuela número 4, planta séptima, propiedad de M. A. V. El 6 de julio de 1993 el *Banco Central Hispano-Americano* comunicó por conducto telegráfico a M. A. V. haber procedido a dar por vencido el préstamo concedido el 31 de diciembre de 1992, al tiempo que la requería para que conforme a lo pactado hiciese efectiva la suma de 5.483.493 pesetas. El 25 de octubre de 1993, M. A. V. vende, mediante escritura pública, a su hija M. R. A. la vivienda antes referida por el precio de 3.550.000 pesetas. De las que 50.000 pesetas declara la vendedora haberlas recibido con anterioridad, en tanto las restantes 3.500.000 pesetas constituyen el importe del préstamo garantizado con hipoteca en el que se subroga la compradora. Por el *Banco Central Hispano-Americano* se entabla juicio ejecutivo contra el matrimonio, procediéndose a la anotación preventiva de embargo respecto de una finca rústica y sin que pudiera practicarse respecto de la otra finca por aparecer inscrita a nombre de M. R. A., por haberla comprado a su madre. La mencionada entidad bancaria solicita que se declare que el contrato de compraventa es simulado y, en consecuencia, que se declare su nulidad y alternativa y subsidiariamente que se declare rescindido dicho contrato por haberse celebrado en fraude de acreedores. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda interpuesta por la entidad bancaria, sentencia que fue revocada en apelación. El TS casa y anula, confirmando la primera instancia. (M. F. N. C.)

**16. Requisitos que exige la jurisprudencia para que pueda prosperar la acción rescisoria por fraude de acreedores o acción pauliana.**—La cuestión jurídica se centra en la acción pauliana, como acción rescisoria en fraude de acreedores, que contempla el artículo 1111 en relación con el 1291.3.º, CC. Es un medio de protección del crédito, cuyos requisitos han sido enumerados por doctrina y jurisprudencia en forma igual o parecida a los que se exponen en las sentencias de instancia y que se reducen a: perjuicio del acreedor, que queda sin posibilidad de percibir su crédito (*eventus damni*) y sin ser preciso la previa declaración de insolvencia, lo cual implica la subsidiariedad de la acción; y frau-



de al derecho de crédito de que es titular el acreedor (*consilium fraudis*) sin que sea preciso la intención de dañar (*animus nocendi*) sino que basta la conciencia del perjuicio (*ciencia fraudis*), aunque en los actos a título gratuito se presume (art. 1297 del CC).

**El reconocimiento de deuda y constitución de hipoteca para garantizarla, cuando son anteriores en más de dos años a la declaración de quiebra, no son actos realizados en fraude de acreedores.**—Es preciso comprobar la concurrencia de los requisitos al caso presente. El primero, el perjuicio del acreedor, o más bien, en este caso, de los acreedores que integran la masa de la quiebra, que provocó la disminución del patrimonio del deudor, sin que quede posibilidad de ver satisfechos sus créditos. Estos serán satisfechos a través del procedimiento de quiebra, en la medida que alcance el patrimonio del deudor quebrado, alcance que vino determinado por el período de retroacción. Aquella escritura de reconocimiento de deuda y constitución de hipoteca fue anterior a tal período y no procede que a través del ejercicio de esta acción rescisoria se amplíe o, en último término, se corrija la decisión del Juez de la quiebra. El segundo requisito, el fraude, no consta ni parece haberse producido: el deudor reconoce una deuda cierta, la garantiza con hipoteca y más de dos años después es declarado en quiebra; no se vislumbra una *sciencia fraudis*.

**No es un acto dispositivo gratuito la constitución de una hipoteca por una sociedad que pertenece al mismo grupo empresarial que la sociedad deudora.**—Tanto una como otra sociedad pertenecían al mismo grupo Pons y no pueden considerarse gratuitos los actos de disposición que hace una sociedad en relación con otra, cuando ambas son integrantes del mismo complejo económico —grupo—, tal como consta como hecho acreditado en la sentencia de instancia. (STS de 19 de septiembre de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—El depositario y después la comisión liquidadora de una sociedad quebrada interpuso una acción pauliana o acción de rescisión por fraude de acreedores contra dicha sociedad y una sociedad acreedora de esta, que con más de dos años de antelación a la declaración de la quiebra habían realizado diversos actos, consistentes en reconocimiento de la deuda y constitución de una hipoteca para garantizar el pago del débito, hipoteca que recayó sobre una finca que era propiedad de otra sociedad perteneciente al mismo grupo empresarial que la sociedad deudora posteriormente quebrada. El Juez de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, pero la Audiencia Provincial acogió el recurso de apelación y desestimó íntegramente la demanda, por no cumplirse los requisitos que se exigen para el triunfo de la acción pauliana. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación. (M. C. B.)

**17. Acción pauliana. Requisitos.**—«La doctrina tradicional ha venido manteniendo la necesidad de probar la intención fraudulenta del deudor, consistente en perseguir el perjuicio de los intereses del acreedor, en conjunción con la mala fe del tercero como cooperación activa en la consecución del fraude. Así, la STS de 17 de marzo de 1972 requiere como requisitos esenciales: 1) existencia de un crédito a favor de una persona y en contra de otros; 2) celebración por el deudor de un acto o contrato posterior con ánimo de perjudicar al tercero; 3) realidad del perjuicio y carencia del recurso legal para obtener su reparación, y 4) que las cosas no se

hallen legalmente en poder de terceras personas sin mala fe, sentencia a la que cabe asimilar la STS 13 de mayo de 1974. Es preciso establecer si el derecho de los acreedores ha nacido o no, si es anterior o posterior al negocio jurídico celebrado y si su exigencia es viable, manifestándose las SSTS de 14 de junio de 1958 y 13 de mayo de 1974, la anterioridad del crédito al respecto del negocio celebrado, como elemento necesario para la aplicación rescisoria por fraude de acreedores». De ser así, se debería colegir que no cabe impugnar los actos que, a pesar de obedecer al propósito de defraudar, hubieran sido realizados por el deudor con anterioridad a la constitución del derecho de crédito. En este tipo de supuestos el TS no excluye el ejercicio de la acción revocatoria por el hecho de que el acto fraudulento se hubiera llevado a cabo con anterioridad a la constitución del crédito. En este sentido se pronuncian las SSTS de 14 de junio de 1958, 28 de marzo y 24 de noviembre de 1988 que admiten la existencia del crédito por relaciones comerciales anteriores no concluidas. En el mismo sentido, respecto a los requisitos exigidos, entre otras, SSTS de 28 de enero de 1966, 29 de mayo de 1985, 28 de marzo de 1988, 9 de junio de 1990, 14 de diciembre de 1993, 28 de junio y 5 de diciembre de 1994 y 24 de diciembre de 1996.

**Prueba del fraude.**—Es doctrina reiterada que el fraude se presenta siempre como una cuestión de hecho que tiene que ser dilucidada por el acreedor, al que corresponde la carga de la prueba, debiendo justificar la utilización subsidiaria de la acción. Las dificultades que en la práctica pudiera representar la prueba del fraude han sido atenuadas por la jurisprudencia. Se considera que existe fraude cuando media una actividad intencionada y directamente dolosa de perjudicar a los acreedores. También se estima que concurre fraude cuando media la simple «conciencia de causar un perjuicio (SSTS de 30 de mayo de 1985, 6 de abril de 1992 y 14 de diciembre de 1993)». La conciencia de perjuicio es presumida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo a partir de ciertos hechos probados que concurren en el supuesto a enjuiciar, tal y como el hecho de que el valor real del inmueble sea muy superior al que figura en el contrato o la relación de parentesco habida entre comprador y vendedor.

**Carácter subsidiario de la acción.**—A tenor de la STS de 31 de diciembre de 1998, «la nota más característica de la acción conocida como pauliana es su subsidiariedad, entendida cual remedio para el acreedor cuando se carezca de otro cauce para obtener la satisfacción de su crédito, lo que denota, como presupuesto fáctico necesario, la concurrencia de una situación de insolvencia en el deudor, la que no tiene por qué ser absoluta, sino que es suficiente la existencia de una notable disminución patrimonial que impide al acreedor percibir su crédito o que el reintegro del mismo le sea sumamente dificultoso. Junto a semejante presupuesto, coexiste otro correlativo, el referente a que la desaparición o minoración patrimonial es el consecuente resultado de una operación transmisiva de bienes por el deudor a favor de terceros, presupuesto este al que se enlaza, por último, un determinado propósito que viene a configurar el llamado *consilium fraudis*, entendido, de manera amplia, como conciencia en el deudor del perjuicio que el empobrecimiento legal o fingido causa al acreedor e interpretado por la STS de 6 de abril de 1992 como actividad intencionada y directamente dolosa o bien como simple conciencia de causarlo, llegando a alcanzar cotas de cuasiobjetividad si el perjuicio se ocasiona por simple culpa civil o impremeditación». (STS de 28 de junio de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—El *Banco Español de Crédito, S. A.*, interpone demanda contra J. M. R. M., E. M. A. y J. R. M., solicitando se declare la ineficacia jurídica de la donación realizada por los dos primeros demandados a favor del tercero de ellos, por ser los donantes deudores de la entidad actora y hallarse en situación de insolvencia para hacer frente al pago de sus obligaciones, y que, en consecuencia, se restableciese el pleno dominio de los mismos sobre el inmueble objeto de donación. Fue parte en el proceso el Ministerio Fiscal. El Juzgado de Primera Instancia estimó totalmente la demanda y condenó a los demandados al pago de las costas causadas. Recurrida esta resolución por la parte demandada, fue revocada la misma por la Audiencia Provincial de Sevilla, que absolvió a los demandados en la demanda y condenó al Banco al pago de las costas de la primera instancia. El demandante interpone recurso de casación. El TS no ha lugar al recurso, confirmando la sentencia dictada por la Audiencia.

NOTA.—No existe fraude cuando el negocio traslativo celebrado entre las partes obedece a la intención de los donantes de dotar, por ejemplo, a un hijo de mayor seguridad, suficiente para poder atender a su hermano menor, enfermo de un profundo autismo. (M. F. N. C.)

**18. La declaración de caducidad de la acción indemnizatoria derivada de la acción rescisoria es consecuencia de la declaración de caducidad de esta acción.**—Si la sentencia declara la caducidad de la acción rescisoria y además niega la existencia de fraude y mala fe en las adjudicaciones que se pretendían rescindir, es de toda evidencia y absolutamente obvio que la desestimación de la pretensión básica comporta implícitamente (SSTS de 7 febrero de 1962, 3 de febrero y 5 de julio de 1989 y 11 de mayo de 1990) la de la indemnizatoria, lo que no requería argumentación específica alguna, ni cabe considerar incongruente por omisión la sentencia impugnada que absolvió íntegramente de la demanda resolviendo la cuestión controvertida (SSTS de 10 de abril de 1973, 21 de noviembre de 1989 y 25 de julio de 2002), y, por lo demás, satisfizo la tutela judicial con suficiente motivación en lo que era exigible y no incurrió en defecto formal alguno.

**La fecha a partir de la cual se cuenta el plazo para interponer la acción rescisoria es la adjudicación de las viviendas a los cooperativistas, que es el momento en que se produce la insolvencia de la cooperativa deudora.**—Ya el Juez de Primera Instancia, los fundamentos jurídicos de cuya sentencia fueron expresamente aceptados por la Audiencia, declaró probado que la insolvencia de la Cooperativa fue conocida por la actora en el año 1982 cuando, realizadas las adjudicaciones, incluso se entregaron a los cooperativistas las llaves de las viviendas; por todo ello, ha de concluirse que la acción rescisoria pudo ejercitarse a partir de la indicada fecha (SSTS de 29 de octubre de 1990 y 17 de julio de 2000) ni siendo necesario esperar a que se produjera un embargo infructuoso ni tampoco a la inscripción de las transmisiones en el Registro de la Propiedad.

**La acción de indemnización regulada en el artículo 1298 CC deriva de la acción rescisoria y caduca al mismo tiempo que esta.**—La pretensión indemnizatoria no podía evidentemente prosperar al haberse desestimado la acción rescisoria, dada la conexión entre los artículos 1298 y 1291.3.º CC, por lo que no puede formularse con carácter autónomo ni subsidiario para el caso

de rechazo de aquella, ni de hecho lo fue así en la demanda. (STS de 1 de octubre de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—La demandante instó una acción rescisoria por fraude de acreedores contra una sociedad cooperativa y numerosos socios cooperativistas, pero el Juez de Primera Instancia y la Audiencia Provincial desestimaron la demanda al considerar que la acción había caducado, por haber transcurrido más de cuatro años desde que se produjeron los actos de adjudicación de las viviendas a los cooperativistas. (M. C. B.)

**19. Tercería de dominio: rescisión por fraude de acreedores.**—No es posible obstaculizar la tercería de dominio por la presunta rescindibilidad del título por fraude de acreedores. El TS declara que no procede alegar en el procedimiento de tercería de dominio la cualidad de rescindible del título del tercerista, puesto que en este procedimiento no están presentes todos los otorgantes de dicho título, no siendo parte en el mismo. Por este motivo, el título rescindible es válido y eficaz jurídicamente hasta que no se rescinda judicialmente (en este sentido, la STS de 27 de abril de 1998). La finalidad de la tercería de dominio no es, en ningún caso, determinar la titularidad del bien, debiéndose determinar esta en el juicio declarativo correspondiente (STS de 31 de mayo de 1993). (STS de 2 de julio de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—Don E. C. S. interpone demanda en juicio declarativo de menor cuantía contra don M. G. T. y doña A. D. S. P., sobre tercería de dominio.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial emite un fallo desestimatorio de la demanda de tercería de dominio por la posibilidad de rescisión del título del tercerista que se ha otorgado en fraude de acreedores. El TS declara haber lugar al recurso de casación, casando y anulando la sentencia dictada en grado de apelación y confirmando la sentencia de instancia. (S. E. M.)

**20. Tercería de mejor derecho: artículo 1924.3.º CC. Preferencia del apartado a) sobre el b).**—De los dos órdenes preferenciales que establece el artículo 1924.3.º CC ostenta mejor clase o jerarquía el del apartado a) frente al b), puesto que la que la preferencia no se deriva obligada y necesariamente de las fechas de las sentencias de remate recaídas en los ejecutivos, toda vez que debe concederse prioridad a los títulos que fundamentaron la acción ejecutiva, ya que constando la certeza del crédito en dichos títulos —no desvirtuados por la sentencia judicial—, habrá que atender a la fecha de la escritura y no a la de la sentencia para resolver el conflicto preferencial (SSTS de 9 de julio de 1990, 29 de octubre de 1991 y 29 de abril de 2002) (STS de 6 de noviembre de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—La entidad mercantil MJ, S. A., entabló demanda ejecutiva contra don J. A. A., basándose en el impago de tres pagarés y cuatro cheques. Con fecha 30 de julio de 1994, recayó senten-

cia de remate, contra la que se interpuso recurso de apelación, adquiriendo firmeza la antedicha sentencia el día 21 de noviembre de 1994. De igual forma, la entidad bancaria *BEC* instó contra el mismo ejecutado, señor A., juicio ejecutivo con base en una póliza de crédito concertada con intervención de Corredor de Comercio. Con fecha 15 de diciembre de 1994, recayó sentencia de remate, que no fue recurrida. Posteriormente, la entidad bancaria entabla tercería de mejor derecho en juicio ejecutivo solicitando su preferencia de cobro frente a los créditos del otro ejecutante, la entidad mercantil *MJ, S. A.* El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. Apelada la sentencia la Audiencia Provincial desestima la demanda, al entender que la preferencia de créditos ha de resolverse en base a las fechas de las sentencias. El TS estima el recurso de casación interpuesto dejando sin efectos la sentencia de la Audiencia y confirmado la sentencia de primera instancia. (*C. O. M.*)

**21. Contenido y aplicación del artículo 1218 CC.**—Este precepto contiene determinadas reglas de prueba, cuyo valor ha de aceptarse por el juez civil competente. El legislador predetermina *a priori* dicho valor. El órgano jurisdiccional asume la diferencia entre el valor de la prueba aun contra terceros, y el valor de esta contra los contratantes y sus causahabientes (FD 2.º).

**Mejor derecho para el cobro de un crédito. Aplicación del artículo 1924.3.º CC.**—La cuestión se centra en establecer la preferencia o no de un crédito que consta en escritura y ha ido a ejecución, frente a otros acreedores que han embargado un mismo bien del deudor, determinándolo exclusivamente por la fecha de las sentencias firmes, o por la antigüedad de los títulos, escrituras o sentencias indistintamente. Se refleja por la doctrina la preferencia a que prevalezca la escritura si es más antigua. Con ello se evita el perjuicio que puede producirse al acreedor que ha escriturado su crédito y que debe esperar la sentencia firme, cuando el deudor que se oponga al proceso demore de forma consciente, y beneficie al otro acreedor. Por ello, «es más justo estimar que el acreedor escriturario puede interponer la tercería alegando su preferencia como tal, aunque esté inmerso en un proceso de ejecución contra el deudor» (FD 4.º). El artículo 1924 CC alude a los créditos sin privilegio especial, y la referencia a escritura o sentencia se realiza como documentos con certeza. Al mencionar a «estos créditos», sin distinción de escritura o sentencia, manifiesta que la preferencia se establece según el orden de antigüedad de sus fechas (STS de 10 de enero de 1991.)

**Liquidez de la deuda. Cálculo de intereses.**—En los supuestos de contratos de préstamos en que la cantidad se entrega en el momento de la suscripción, se ha de tener en cuenta la fecha de la escritura o póliza a efectos de la preferencia. La jurisprudencia admite la plena liquidez de los créditos consistentes en intereses, de igual forma que la legislación en el artículo 921 LEC. Se debe considerar como líquida la deuda cuando su cálculo se determina mediante operaciones matemáticas. (STS de 4 de julio de 2002; ha lugar.)

**HECHOS.**—El Banco C. concedió un préstamo de cantidad cierta a los codemandados rebeldes, documentado en escritura pública de fecha 27 de agosto de 1991, en la que se constituyó hipoteca respecto de determinados bienes inmuebles de los prestatarios. En la escritura pública, al margen de la protección hipotecaria, se pactó responsabilidad personal y universal de los prestatarios respecto de

las cantidades que superasen los límites establecidos para la garantía real. Con fecha 4 de julio de 1993, el Banco dio por vencido el préstamo, requirió a los deudores para el pago, e instó el procedimiento del artículo 131 LH, obteniendo el principal e intereses reclamados al vencimiento del préstamo. El Banco reclamó ante el Juzgado la liquidación de los intereses posteriores, devengados desde la fecha en que venció el préstamo anticipadamente hasta que se produjo el pago en el procedimiento judicial, siendo aprobada esta liquidación por el Juzgado mediante Auto de 27 de febrero de 1995. Cuando el Juzgado se interesó por el pago de la cantidad, denegó la pretensión por considerarlos intereses moratorios carentes de protección hipotecaria, por no haberse pactado expresamente en la escritura, *sin perjuicio de su reclamación por otro cauce*. Por otro lado, el Banco H. interpuso demanda de juicio declarativo contra los codemandados, dictándose sentencia condenatoria del pago del importe, de fecha 2 de marzo de 1992.

Se interpuso demanda en primera instancia por el Banco C. contra el Banco H. y los codemandados rebeldes, sobre tercería de mejor derecho, para cobrar su crédito con prioridad al Banco H. Se desestimó la demanda, recurriéndose en apelación. La Audiencia, confrontando la sentencia que reconocía el crédito del Banco H. con el auto judicial de aprobación de intereses del Banco C., confirmó la de primera instancia. Se recurre en casación con base en la infracción de los artículos 1218 y 1924.3.º CC.

NOTA.—La sentencia anotada continúa la línea jurisprudencial defendida en abundantes ocasiones (SSTS de 14 de junio de 1988 o de 9 de julio de 1990). Valpuesta Fernández (*Enciclopedia Jurídica Básica*, voz «Privilegio», vol. III, edit. Civitas, p. 5128) defiende la idea de que, en este artículo 1924.3.º CC tendrán preferencia entre sí por el orden de antigüedad de las fechas, indiferentemente de que concurren una u otra clase de manera exclusiva. Si un crédito recogido en escritura pública se encuentra sometido a un procedimiento judicial posterior para lograr su efectividad, considerándose cierto, «concurrirá en la preferencia por la fecha del otorgamiento de la escritura y no por la fecha de la sentencia». (P. S. S.)

**22. Título apto para la preferencia de crédito del artículo 1924.3.º CC.** La equiparación entre letras de cambio, cheques y pagarés a las escrituras públicas en el artículo 1429 LEC de 1881 para determinar los títulos que llevan aparejado la ejecución, no conlleva necesariamente que tales documentos mercantiles se tengan por comprendidos en el artículo 1924 CC. Bajo la denominación de escritura pública se ha de entender estrictamente los títulos auténticos y el carácter fehaciente de su fecha, siendo oponibles a terceros, por la declaración de un Juzgado o la intervención de un fedatario público. Se conduce a exceptuar de la aplicación del principio *par conditio creditorum* de los procedimientos concursales. (STS de 30 de octubre de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—En anterior juicio ejecutivo promovido por la Sociedad Agraria de Transformación *Los Olivos* se habían embargado determinados bienes al señor S. Z. Ante ello, la sociedad

*AGRITO, S. A.*, interpuso tercería de mejor derecho, invocando que su crédito contra dicho ejecutado derivaba de sentencia dictada en juicio ejecutivo de 27 de enero de 1992, siendo la resolución recaída instada por *Los Olivos* de 17 de febrero. El título aportado por las demandas en ambos casos estaba constituido por pagarés insatisfechos por el firmante. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, entendiendo por crédito litigioso el que es preciso determinar en cuanto a su existencia, cuantía o exigibilidad, pero no el que simplemente exija la incoación de juicio ejecutivo en caso de incumplimiento. Recurrida la sentencia, fue confirmada por la Audiencia Provincial. Fue presentado el recurso de casación ante el TS, que lo estima.

NOTA.—Es de destacar que la doctrina jurisprudencial ha entendido, dentro del concepto de escritura pública, los documentos intervenidos por Corredor de Comercio o Agente de Cambio y Bolsa, las letras de cambio intervenidas por estos, y los documentos privados reconocidos judicialmente (SSTS de 19 de noviembre de 1988 y 9 de julio de 1990.) (P. S. S.)

**23. Novación extintiva. Requisitos.**—Tiene declarado el TS en numerosas sentencias que la novación propia opera extintivamente, tomando en consideración que la voluntad de las partes y la significación económica de la modificación que se introduzca, llevando a la apreciación de la existencia de novación cuando se produce un contrato posterior entre vendedores y compradores. Además, es constante el criterio jurisprudencial que establece que se estima la existencia de novación extintiva cuando así resulta de los hechos realizados por las partes, sobre todo en el caso de incompatibilidad, que es evidente cuando se aumenta o disminuye el precio que antes se había estipulado (SSTS de 30 de enero de 1980, 14 de enero de 1907 y 1 de marzo de 1927).

**Interpretación de los contratos. Supremacía de la interpretación literal sobre otros medios, cuando la voluntad de los contratantes aparece claramente manifestada y no deja lugar a dudas. Principio *in claribus non fit interpretatio.***—La interpretación literal claramente constatada excluye averiguar la supuestamente encubierta, por lo que el artículo 1282 CC sólo puede entrar en juego como norma supletoria en relación con el artículo 1281, párrafo segundo CC, para juzgar la intención de los contratantes, no cuando esta es evidente, como ocurre en este caso, por su literal expresión; y si el texto o documento resulta claro, el intérprete o el Juez deben abstenerse de más indagaciones, pues lo que está claro no necesita interpretación (SSTS de 22 de junio de 1984, 3 de mayo de 1985 y 26 de noviembre de 1987).

**Venta de vivienda de protección oficial. Validez del pacto de un precio superior al oficialmente permitido por la legislación reguladora de esta clase de viviendas.**—Si bien es cierta la doctrina jurisprudencial que enseña que cuando las partes fijan libremente el precio superior al oficial de las viviendas de protección oficial y a ese precio dan su consentimiento, no cabe aplicar la nulidad del artículo 6.3 CC, puesto que la legislación de viviendas de protección oficial establece, en tales casos, determinadas sanciones administrativas y pérdida de beneficios, ni cabe sostener la nulidad parcial de la cláusula, puesto que el precio pactado fue el decisivo para el acuerdo de voluntades (SSTS de 3 de septiembre de 1992, 16 de diciembre de 1993 y 4 de mayo de 1994); tal doctrina no es aplicable al caso de autos, en el que las

partes, concedoras de aquel sobreprecio, modifican o novan el mismo, pues en tal supuesto el acuerdo de voluntades que ha de ser tenido en cuenta es el modificador o novador, y no el modificado o novado.

**HECHOS.**—La actora, *PMB, S. A.*, mediante documento privado había vendido a los demandados diversas viviendas de protección oficial, a razón de un determinado precio y en concretas condiciones. Dichos contratos fueron sustituidos por otros con la finalidad de adaptarse a la legislación administrativa que rige este tipo de operaciones. A tal fin, en los nuevos contratos se establecieron unos precios inferiores a los inicialmente acordados y asimismo se modificó el objeto vendido en diversos extremos relativos a las zonas comunes. La actora entendía que estos segundos contratos encubrían una simulación relativa, de suerte que los verdaderos y válidos eran los primeramente suscritos y demandó a los compradores, solicitando el abono de las cantidades que entendía pendientes de recibir, así como al otorgamiento de las correspondientes escrituras públicas y liquidación de los impuestos. Los demandados reconvinieron alegando la existencia de una novación con alcance extintivo y, en consecuencia, solicitaron la devolución de las cantidades entregadas de más y el otorgamiento de las mencionadas escrituras públicas. El Juzgado de Primera Instancia de Madrid no dio lugar a la demanda principal y acogió por completo la reconventional formulada por los demandados. La Audiencia Provincial confirmó la sentencia de instancia. El TS desestimó el recurso de la parte actora y no dio lugar a la casación. (*I. D. L.*)

**24. Vicios ocultos e incumplimiento. Distinción.**—Deben distinguirse los supuestos de incumplimiento por prestación diversa de los vicios ocultos. El incumplimiento pleno tiene lugar cuando se da inhabilidad del objeto y consiguiente insatisfacción del comprador. Los demás desperfectos encajan en la calificación de los artículos 1484 ss. CC.

**Valoración probatoria del Tribunal de Instancia y recurso de casación.**—Los recurrentes en casación tienen vedado realizar una crítica de la valoración probatoria llevada a cabo en la sentencia impugnada, tendente a demostrar que las pruebas practicadas son insuficientes para acreditar determinadas hechos, así como sustituir la valoración de la prueba por su propia apreciación.

**Prueba de presunciones. Utilización por el juzgador.**—Esta clase de prueba es facultativa para el juzgador.

**Rectificación del Registro: artículo 40 LH.**—Dicho precepto sólo es aplicable en los procedimientos de rectificación del Registro de la Propiedad.

**Litisconsorcio pasivo necesario y resolución de un contrato de compraventa.**—En este tipo de procedimientos sólo es necesario demandar a quienes otorgaron el contrato y no a los que no han tenido personal intervención en él ni se ha estipulado nada en su favor. Si la resolución afecta a terceros con carácter reflejo por una simple conexión, no se justifica la constitución en ellos de un litisconsorcio pasivo necesario. Y así, el Banco a cuyo favor se constituye la hipoteca en garantía del préstamo otorgado a los compradores de una vivienda, objeto del contrato de compraventa del que se pide la resolución, no ostenta la vinculación subjetiva con el derecho deducido en juicio



que da lugar a tener que demandar a todos los que integren la relación jurídica material. (STS de 1 de julio de 2002; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Los compradores de una vivienda interponen demanda contra los vendedores solicitando la resolución del contrato de compraventa por estar afectada la vivienda de aluminosis.

El Juzgado de Primera Instancia estima en parte la demanda, declarando resuelto el contrato y condenando a los demandados a la restitución del importe percibido y de los gastos pagados por estos por la compraventa. Desestima la demanda, sin embargo, en relación con la solicitud de condena al pago de los gastos por la constitución de hipoteca a favor de *BANKINTER* constituida por los compradores.

La Audiencia Provincial desestima los recursos de apelación interpuestos por ambas partes, confirmando la sentencia de primera instancia en su integridad.

Los demandados interponen recurso de casación. (*B. F. G.*)

**25. El comprador no está obligado a pagar el precio hasta que el vendedor cumpla su obligación de entrega de la cosa en las condiciones pactadas en el contrato.**—Si el Juez de Primera Instancia declara que la actora ha incumplido el contrato al entregar cosa diferente a la pactada, reconoce que *Zufrisa* no está obligada al pago del precio y ello se deriva del propio carácter sinalagmático del contrato y otro tanto ocurre respecto a la sentencia de apelación, que es la impugnada en este recurso de casación, tanto por la confirmación íntegra del fallo de primer grado. El pago del precio nace del cumplimiento del contrato por la ahora recurrente y que no ha sido efectivo hasta el momento, porque ni el vendedor entregó lo pactado en el contrato, sino cosa distinta, ni el comprador se dio por satisfecho.

**Doctrina jurisprudencial sobre la inhabilidad del objeto de la compraventa.**—Ya la doctrina de esta Sala tiene declarado que el cumplimiento «gravemente defectuoso» apareja incumplimiento —SS de 26 de octubre de 1981, 5 de junio y 29 de noviembre de 1985, 17 de septiembre de 1987, 1 y 22 de julio de 1995, 8 de febrero y 1 de abril de 1996—. Así se repite por la S de 17 de febrero de 1994 cuando se da inhabilidad del objeto y consiguiente insatisfacción del comprador, se produce incumplimiento pleno, mientras los demás defectos encajan en la calificación más benigna. La de 23 de enero de 1998 repite que cuando se entrega cosa distinta a la pactada es imposible el cumplimiento por inhabilidad del objeto, porque no se precisa una tenaz y persistente resistencia obstativa al cumplimiento, pues basta frustrar las legítimas aspiraciones de la contraparte —SS de 31 de mayo y 13 de noviembre de 1985—. Determina la resolución la entrega de cosa inservible, con independencia de que la compraventa sea civil o mercantil —SS de 29 de febrero de 1988, 24 de mayo y 30 de septiembre de 1989, 29 de abril y 10 de noviembre de 1994 y 1 de diciembre de 1997—. La evidencia de la frustración del fin del contrato, eliminando las legítimas expectativas de la parte perjudicada, desencadena la resolución, como adocina la S de 28 de febrero de 1986 y repiten las de 8 de febrero y 29 de mayo de 1996. En definitiva, la inhabilidad del objeto, como recoge la S de 26 de febrero de 1996.

**Concepto de inhabilidad del objeto.**—La inhabilidad ha de nacer de defectos de la cosa vendida que impidan obtener de ella la utilidad que motivó

su adquisición, sin que sea suficiente una insatisfacción puramente subjetiva del comprador, como señalaron las recientes SS de 16 de noviembre de 2000 y 20 de abril de 2001.

**Inexistencia de enriquecimiento sin causa.**—Existe causa de que *Zufriosa, S. A.* retenga lo recibido y falta por ello el doloso comportamiento. La recurrente ha entregado maquinaria con una capacidad de evaporación de un 20,5 por 100 inferior y con un consumo superior en 35,84 por 100 a lo pactado. No resulta por ello aplicable al supuesto enjuiciado la doctrina del enriquecimiento torticero o sin causa que presenta como requisitos: *a)* Un aumento patrimonial; *b)* un empobrecimiento del actor representado por un daño positivo o por un lucro frustrado, y *c)* Inexistencia de una justa causa, o, lo que es lo mismo, aquella situación jurídica que autorice al dueño de un bien a recibirle, bien porque existe una expresa disposición legal en este sentido, o porque se ha dado un negocio válido y eficaz —SS de 23 de febrero de 1992, 30 de septiembre de 1993, 31 de octubre de 1994, 19 de diciembre de 1996 y 29 de mayo de 2002, entre otras—. (STS de 31 de julio de 2002; no ha lugar.)

**HECHOS.**—La vendedora de una maquinaria reclamó el precio a la compradora. La demandada pidió la absolución y reconvino solicitando que la vendedora cumpliera el contrato y realizara las reparaciones o sustituciones necesarias para que la maquinaria fuera conforme a lo contratado; también pidió que se le condenara a indemnizar los daños y perjuicios derivados del incumplimiento. El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda y estimó parcialmente la reconvencción. La Audiencia Provincial y el TS rechazaron los recursos formulados por la demandante. (*M. C. B.*)

**26. Compraventa de vivienda. Entrega de la cosa. Incumplimiento del vendedor en caso de que con la vivienda no entregue todas las autorizaciones administrativas exigidas por la ley.**—La vivienda fue vendida sin estar legalizada debidamente, con lo cual vino a incurrir el vendedor que recurre en grave incumplimiento, pues no basta con la entrega material que tuvo lugar, sino que es preciso, al tratarse de vivienda, que la misma esté provista de las autorizaciones administrativas que la legislación exige y deben aportar los vendedores, sobre todo cuando se trata de nuevas construcciones, para evitar la inseguridad de sus adquirentes ante una posible actuación administrativa sancionadora a fin de restablecer la legalidad infringida, con la posibilidad incluso de demolición, es decir privación del bien, lo que representa intensa frustración del contrato.

**Entrega de la vivienda objeto de compraventa. Necesidad de hacer constar en el título transmisivo que la vivienda enajenada se encuentra fuera de ordenación.**—El artículo 62 de la Ley del Suelo de 1976 establece que, cuando se enajenasen edificios fuera de ordenación, deberá hacerse constar estas calificaciones en el correspondiente título de enajenación, lo que para nada se cumplió en la compraventa de autos. Nos hallamos ante un grave e inicial incumplimiento contractual del vendedor-recurrente, pues debe tenerse en cuenta que el objeto del contrato ha sido una vivienda destinada a domicilio familiar y ello hace más exigentes las prestaciones contractuales de los vendedores y ha de tenerse en cuenta y no dejar de lado la importancia de

las necesidades individuales, familiares y sociales que estos bienes están llamados a satisfacer.

**Resolución contractual por incumplimiento. El ejercicio de la facultad resolutoria exige que quien la lleve a cabo no haya incumplido las obligaciones que contractualmente le incumbían.**—El vendedor fue incumplidor inicial, ya que al tiempo de la venta la vivienda enajenada había sido construida en suelo urbanizable no programado, con infracción de la normativa urbanística, pues carecía de licencia municipal de obras, siendo necesario su obtención para todos los actos de uso del suelo y de edificación. Y, en este sentido, la jurisprudencia de esta Sala resulta coincidente al declarar que se exige a quien pretenda resolver que no haya incurrido en incumplimiento de las obligaciones contractuales que le correspondían y con mayor incidencia si se trata de esenciales, que son las concurrentes en el caso de autos. (STS de 31 de octubre de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—El actor había vendido por documento privado una vivienda a los demandados, con precio aplazado. Las primeras cantidades fueron pagándose, pero surgieron problemas debido a que la vivienda en cuestión se había construido sin licencia y en suelo no urbano. El actor intentó dar por resuelto el contrato pero los demandados siguieron ofreciendo los distintos pagos a su vencimiento, que eran rechazados de continuo por el vendedor. El actor demandó la resolución por incumplimiento por falta de pago, con solicitud de devolución de la cosa vendida. Los demandados se opusieron y reconvinieron pidiendo la legalización urbanística de la vivienda y el otorgamiento de la correspondiente escritura pública. El Juzgado de Primera Instancia de Cartagena estimó la demanda y declaró resuelto el contrato de compraventa. La Audiencia Provincial de Murcia estimó en parte el recurso de apelación y, desestimando la demanda principal, estimó parcialmente la reconvención, obligando al actor a otorgar escritura pública y a facilitar a los compradores la licencia y autorización administrativa de legalización de la vivienda; compeliendo a los adquirentes a abonar la parte del precio aún adeudado. El TS no dio lugar al recurso de casación interpuesto por el actor. (I. D. L.)

**27. Compraventa. Resolución del contrato por falta de pago del precio aplazado. No cabe si, al tiempo de exigirse la resolución, todavía no existían las circunstancias pactadas para determinarlo.**—No ha habido incumplimiento del comprador porque las circunstancias por las que el precio podía ser determinado en el momento del requerimiento resolutorio no se habían producido y, por consiguiente, la entidad compradora no podía hacer efectivo el pago del precio. Además, ante la falta de determinación de los metros cuadrados útiles, está la negativa de los demandantes a percibir cualquier otra cantidad que no sea la resultante de aplicar el precio por metro cuadrado al total de la superficie de la parcela, sin efectuar ningún tipo de descuento en ella. Hechos estos que implican que la falta de pago del precio no se puede atribuir a la voluntad del comprador, sino que tienen su causa, razón o justificación, y, por lo tanto, no se puede apreciar voluntad incumplidora.

**Resolución del contrato de compraventa. Si no hay voluntad incumplidora no se puede apreciar rebeldía del comprador a pagar el precio aplazado.**—Excluida la necesidad de un incumplimiento doloso (a lo que parecía apuntar la ya superada frase de «conducta deliberadamente rebelde»), lo cierto es que para que pueda decretarse, conforme al artículo 1504 CC, la resolución de un contrato de compraventa de inmuebles por falta de pago del precio por el comprador, se requiere que, por parte del mismo, exista un incumplimiento inequívoco, objetivo, pertinaz y sin causa alguna que lo justifique. No tiene sentido que, admitido por la sentencia de apelación que no existe voluntad incumplidora por parte de la compradora, a párrafo seguido se diga que esa voluntad que no existe es una voluntad rebelde. (STS de 25 de noviembre de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Los vendedores, señores S. C. y P. R., demandaron la resolución del contrato de compraventa de un solar que habían suscrito con la compradora PMA, S. A., por falta de pago del precio aplazado, al entender que el transcurso de más de cinco años desde que debió pagarse lo adeudado, revelaba la voluntad deliberadamente rebelde de la compradora al cumplimiento de su obligación. La demandada oponía su falta de voluntad incumplidora, puesto que el precio definitivo no ha podido determinarse en todo ese tiempo, a razón de un tanto por metro cuadrado útil, según lo acordado en el contrato, ya que no se habían aprobado aún las normas urbanísticas que estableciese el número de metros exactos que adquiriría la compradora; así como que los vendedores se habían negado a aceptar cualquier cantidad que no fuese la correspondiente al total de la superficie. El Juzgado de Primera Instancia de Córdoba estimó la demanda y dio lugar a la resolución, estableciendo como indemnización la cantidad ya entregada a cuenta del precio. La Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso de apelación y dejó sin efecto la indemnización, manteniendo la resolución del contrato. El TS acogió el recurso interpuesto por la demandada y dio lugar a la casación. (L. A. G. D.)

**28. Incongruencia en la decisión judicial.**—La indefensión procesal resulta de la conculcación de los principios de audiencia y defensa, impidiéndose la realización de alegaciones. No se produce incongruencia en la sentencia cuando no se otorga cuestiones distintas o más de las exigencias de los interesados.

La necesidad de absoluto respeto para los hechos es presupuesto básico, y el hecho de que el Tribunal cambie el punto de vista distinto de los interesados no conlleva incongruencia, y, por tanto, aplicación del artículo 359 LEC (SSTS de 9 de abril y 13 de diciembre de 1985, 10 de junio de 1988, 3 de marzo y 10 de junio de 1992 y 24 de junio y 19 de octubre de 1993). El principio *iura novit curia* conlleva no sólo la aplicación de las normas jurídicas, sino incluso la «modificación por parte del Juez civil del fundamento jurídico en que se basan las pretensiones de las partes» (SSTS de 7 de octubre de 1987, 27 de mayo y 16 de junio de 1993 y 18 de marzo de 1995). Se menciona la STC 369/93, de 13 de diciembre, que «obliga a los Tribunales a concordar sus decisiones a las cuestiones de hecho y de derecho, sin alterar la causa de pedir».

**Requerimiento para la resolución del contrato de compraventa.**—Los presupuestos para la aplicación del artículo 1504 CC se centran en la existencia de una compraventa de bienes inmuebles, y en la clase de incumplimiento de falta de pago del precio, siendo precisa la realización de requerimiento resolutorio (SSTS de 14 de febrero de 1991 y 8 de abril de 1992). La forma en que debe llevarse a cabo el requerimiento ha de ser judicial o notarial, «requerimiento en el sentido de declaración de voluntad unilateral y recepticia encaminada a la resolución del contrato por impago del precio» (STS de 20 de junio de 2000). Por tanto, el requerimiento presupone la voluntad del vendedor de resolver el contrato de compraventa por incumplimiento del comprador en el pago del precio.

El incumplimiento precisa que tenga carácter esencial, así como la falta reiterada del abono del precio. (STS de 2 de octubre de 2002; ha lugar.)

**HECHOS.**—Tras la entrega de la vivienda, y diversas demandas de conciliación en las que se requiere, en primer lugar, el pago del precio, y, de no ser así, la resolución de la compraventa, ante el Juzgado de Primera Instancia, se presenta demanda sobre resolución de dicho contrato, solicitando la entrega de las llaves, así como la devolución a los compradores de las cantidades entregadas a cuenta. Ejercita la resolución con base en la no obtención del crédito oficial y la falta de pago del precio. Los demandados reconviene solicitando el otorgamiento de escritura pública de compraventa de los inmuebles, así como aceptar en el momento de la escrituración el importe en concepto de liquidación final del precio, por parte de cada comprador. La sentencia estima la demanda, declarando resueltos y terminados los contratos suscritos, debiendo entregar los demandados las respectivas llaves. Contra esta decisión se presenta recurso de apelación y la Audiencia Provincial lo desestima, confirmando la decisión de la Primera Instancia. Se presenta recurso de casación ante el TS, fundamentado en la infracción del artículo 1124, en relación con el artículo 1504, CC, al realizarse de manera defectuosa el requerimiento en demandas de conciliación, que contenían dos peticiones: el pago del precio y, de no pagarse, la resolución del contrato, con base en la cláusula 5.ª del contrato, donde se reservaba a la parte vendedora la facultad de resolución, en el caso de no obtenerse la calificación de vivienda de protección oficial para el edificio, o no se obtuviesen los créditos. (P. S. S.)

**29. Contrato atípico de permuta de solar por cosa futura. Naturaleza jurídica y caracteres.**—Tal y como señala el TS, la llamada permuta de solar por cosa futura representa «... una modalidad contractual, cada vez de uso frecuente y progresivo, y que responde a las nuevas formas de conexión de intereses entre los particulares» (STS de 16 de septiembre de 1996, RJ 1996/8980), en la que aplicando lo dispuesto en el artículo 1446 CC, el contrato se califica como tal permuta de cosa futura, ya que el objeto es una cosa presente —el solar— que se obliga a entregar una parte a cambio de cierta cantidad de dinero y una participación del 45 por 100 de la edificación futura, siendo muy superior el valor de dicha participación con respecto a la suma de dinero pactada.

**Negocio sometido a condición. Denegación de la correspondiente licencia de obras. Carácter de la condición y efectos del advenimiento de la misma.**—La resolución del contrato de permuta no puede entenderse que se produzca ni por no advenimiento de la condición suspensiva ni por incumplimiento de las obligaciones dimanantes del mismo, como pretendía una de las partes, sino que la denegación de la licencia de construcción solicitada en relación con el proyecto elaborado por ambas partes no es imputable a ninguna de ellas. No se produce la extinción del contrato por no perfeccionamiento del mismo, sino que «... el contrato se perfeccionó en el día de su fecha, en que incluso se pagó una cantidad de dinero ...». La condición estipulada por las partes (denegación o retraso de la licencia de obras) tiene naturaleza jurídica de condición resolutoria, y conforme a lo cual, produciéndose dicha denegación, «... se resuelve el contrato y las obligaciones derivadas del mismo y las partes deben restituirse aquello que hubiesen percibido, como dice el artículo 1123 CC volviendo al *statu quo* anterior» (FD 1.º, STS de 19 de julio de 2002).

**Indemnización por lucro cesante o beneficios industriales.**—Puesto que la resolución del contrato se produce como consecuencia de la condición resolutoria pactada por las partes y no como consecuencia del incumplimiento de una de ellas, no entra en juego el artículo 1124 CC. No hubo, pues, incumplimiento de las obligaciones por parte de los permutantes. No teniendo lugar dicho incumplimiento, no puede considerarse que proceda una indemnización por lucro cesante, habida cuenta además de que la edificación se encontraba en situación de ruina y que la demolición de la misma tuvo lugar de común acuerdo, a sabiendas de la pendencia de la condición resolutoria. (STS de 19 de julio de 2002; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Con fecha 15 de octubre de 1988, don J. N., doña D. N. y otros suscriben con don M., don V. y otros un contrato privado por el cual los primeros se obligan a transmitir la propiedad de un terreno en el que se encuentra edificado un hotel y un bloque de apartamentos en estado de ruina, a cambio de un 45 por 100 del total de la obra nueva que se prevé construir en el solar, previo derribo de la construcción existente, así como la entrega inmediata de treinta y seis millones de pesetas. En el citado contrato se establecía, entre otras cuestiones, que la memoria y el proyecto de la edificación se haría «... en colaboración, supervisión y consenso ...» entre ambas partes; también acordaron que en el caso de que se produjera «... la denegación expresa de la licencia de obra solicitada por los compradores ...» o bien «... un retraso en la obtención de la licencia superior a seis meses [...] cualquiera de las partes podrá optar por resolver este contrato». Posteriormente, con fecha 27 de septiembre de 1990, las partes pactan una modificación del citado contrato en virtud de la cual establecen el pago de la cantidad de quince millones de pesetas «... se haya obtenido o no la licencia de construcción y coincidiendo con la toma de posesión del solar, dicha cantidad será retornada a los compradores en el momento en que se realice la primera venta de local comercial ...». Finalmente, don M., don V. y demás demandados a los propietarios solicitando, entre otras cuestiones, que se declarase resuelto el contrato, y se condenara a la parte demandada al pago de la suma de treinta y seis millones de

pesetas. La parte demandada, tras contestar a la demandada, formuló demanda reconvenzional solicitando que se reconociera la validez y existencia del contrato de permuta suscrito, así como la resolución del mismo por incumplimiento de la parte demandante. Igualmente, se pedía que se condenara a dicha parte al pago de una indemnización para la reconstrucción del edificio, así como el pago del lucro cesante o beneficios industriales dejados de obtener como consecuencia del derribo del citado inmueble. El Juzgado de Primera Instancia, desestimando la demanda reconvenzional, estimó parcialmente la demanda principal, declarando resuelto el contrato y condenando al abono de la cantidad de treinta y seis millones de pesetas. La parte demandada interpuso recurso de apelación que fue estimado parcialmente por la Audiencia Provincial. Por ambas partes se formularon sendos recursos de casación.

NOTA.—En la sentencia que anotamos, el TS, con cita de la jurisprudencia relativa a la figura atípica de permuta de solar por edificación futura (entre otras, SSTs de 31 de octubre de 1986, 5 de julio de 1989, 10 de marzo, 7 de junio y 18 de diciembre de 1990, 7 de mayo, 30 de septiembre y 24 de noviembre de 1993), califica como tal permuta de solar por cosa futura el contrato en cuestión, al ser superior el valor del bien permutado que el importe de la cantidad entregada por la parte cesionaria. Al ser una condición resolutoria, no es que estemos ante un supuesto de inexigibilidad de las obligaciones derivadas del contrato, sino de restitución de lo que los interesados ya hubieren percibido (arts. 1113, párrafo 2.º, y 1126 CC). (R. D. O.)

**30. Contrato de arrendamiento financiero o *leasing*. Caracterización.**—«En el contrato de arrendamiento financiero con opción de compra, o *leasing*, concurren tres partes: la empresa de *leasing* que financia la operación conjunta y celebra con el proveedor el contrato de compraventa y con el usuario el de arrendamiento con opción de compra, el proveedor que ha celebrado el anterior contrato de compraventa y entrega la cosa al usuario y éste, el usuario, que celebra el contrato con la empresa de *leasing* y recibe la cosa del proveedor, normalmente elegida por él mismo. Tal contrato de *leasing*, como dice la STS de 28 de noviembre de 1997, es una institución de derecho comercial importada del área jurídica de Estados Unidos de América, plenamente incorporada a nuestro tráfico económico y comercial. Es un contrato complejo y, en principio, atípico, regido por sus específicas disposiciones y de contenido no uniforme, que jurisprudencialmente es conceptualizado como un contrato con base en los principios de autonomía de la negociación y de la libertad que proclama el artículo 1255 CC (STS de 26 de junio de 1989). Además, desde un punto de vista legislativo y como definición auténtica, hay que tener en cuenta lo que proclama la DA 7.<sup>a</sup>, en su apartado primero, de la Ley de 29 de julio de 1988, que dice que tendrán la consideración de operaciones de arrendamiento financiero aquellos contratos que tengan por objeto exclusivo la cesión de uso de bienes muebles o inmuebles, adquiridos para dicha finalidad según las especificaciones del futuro usuario a cambio de una contraprestación consistente en el abono periódico de cuotas y que incluirá necesariamente una opción de compra a su término a favor del usuario».

**Diferencias entre un contrato de arrendamiento financiero y un contrato de financiación a comprador (compraventa a plazos con desplazamiento del dominio a la mercantil).**—La STS de 28 de mayo de 1990 otorga relevancia para establecer tal distinción a la insignificancia o simbolismo del precio residual pactado, matizando, no obstante, «en que la opción de compra que caracteriza como cláusula típica al arrendamiento financiero, a los efectos de la calificación como compraventa, no esté cegada o imposibilitada por los actos de las partes, es decir, resulte expedita y responda a expectativas reales». «El valor de la opción de compra ha de ser una cantidad no incluida en el montante total del precio pactado en el contrato de arrendamiento financiero, e igualmente, no ha de recogerse ningún tipo de estipulación que coarte la facultad de ejercitar la opción que tiene la entidad arrendataria, circunstancia que no sucedería si se tratase de una venta con precio aplazado, en el cual, esa opción de compra no sería tal, y, formando parte del precio total del bien vendido, se asimilaría a un último plazo o mensualidad (STS de 7 de octubre de 2002)». (STS de 7 de octubre de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—*Uninter Leasing, S. A.*, interpone demanda de tercería de dominio contra la entidad *Forleva, S. A.*, y la *Tesorería General de la Seguridad Social, Tesorería Territorial de Valencia* en la que solicita que se dicte sentencia por la que se declare la propiedad de la entidad demandante sobre un equipo industrial y ordene a la *Tesorería General de la Seguridad Social* el levantamiento del embargo sobre el citado material y a *Forleva, S. A.*, a aceptar la declaración de dominio a favor de la entidad demandante y el levantamiento del embargo. Todo ello con expresa imposición de costas a los demandados. La *Tesorería General de la Seguridad Social* contesta a la demanda solicitando que se desestimare íntegramente la misma por no acreditar el tercerista el dominio de los bienes que reclamaba. *Forleva, S. A.*, por su parte, se allana a la demanda al encontrarse en situación de suspensión de pagos.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda. Interpuesto recurso de apelación por la parte demandada, la Audiencia Provincial de Valencia confirma íntegramente la sentencia dictada en la instancia anterior. Interpuesto recurso de casación por la *Tesorería General de la Seguridad Social*, el TS declara que no ha lugar al recurso formulado. (M. F. N. C.)

**31. Arrendamiento de industria: resolución del contrato.**—La entrega material del local en un contrato de arrendamiento de industria no significa el cumplimiento de la prestación debida, ya que el local ha de ponerse a disposición en condiciones adecuadas para poder desarrollar la actividad pactada. La jurisprudencia considera que, dado que entre las obligaciones básicas del arrendador se incluye la de hacer las reparaciones necesarias para conservar la cosa en estado de servir para el uso a que ha sido destinada, es posible extender este concepto a la obligación de realizar las obras pactadas para conseguir la satisfactoria utilización del local arrendado conforme al uso convenido (SSTS de 29 de enero de 1983 y 22 de marzo y 18 de octubre de 1993).

El TS afirma que el incumplimiento parcial del contrato que impida la realización del fin del mismo tiene entidad suficiente para justificar la resolución contractual, puesto que se han frustrado las legítimas aspiraciones de una



de las partes, sin que sea preciso que el incumplimiento sea tenaz y persistente. (STS de 15 de octubre de 2002; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Don F. J. B. B. y don L. M. S. interponen demanda contra don G. C. N. y doña A. P. S. sobre indemnización por daños y perjuicios, solicitando la rescisión del contrato de arrendamiento de la industria a desarrollar en un bar, por no reunir los requisitos necesarios para llevar a cabo la actividad pactada (licencias municipales y autorización de la comunidad de propietarios).

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda formulada. La Audiencia Provincial estima parcialmente el recurso de apelación, resolviendo el contrato de arrendamiento de industria. El TS desestima el recurso de casación, confirmando la sentencia dictada por la Audiencia. (S. E. M.)

**32. Calificación del contrato controvertido como arrendamiento rústico y no aparcería.**—En este supuesto, en aras de la doctrina jurisprudencial relativa a que el artículo 1214 CC podrá y deberá ser aplicado cuando se trate de un hecho no acreditado y cuya falta de prueba ha de recaer en sus consecuencias sobre aquel que, sin embargo de estar obligado a probar, no lo hizo (entre otras, SSTS de 5 de junio de 1987 y 19 de noviembre de 1988), no entraba en juego el precepto citado, al estar acreditado según criterio de la Audiencia, por los datos demostrativos incorporados al proceso, la presencia del contrato de arrendamiento rústico; sobre este particular, la sentencia recurrida ha argumentado que «alegado por el recurrente que si bien es cierto, el contrato de aparcería, el mismo fue extinguido al contraerse verbalmente un contrato de arrendamiento, es suficientemente ilustrativa la forma de pago anual documentada en los recibos remitidos por el Banco de Santander, en los que consigna que se ingresan cantidades en concepto de renta, aunque ello pueda significar el precio de una aparcería; que los ingresos se vienen repitiendo de forma continuada durante once años, sin que la actora ni su esposo hagan protesta alguna; que la actora no presenta documento que acredite que se haya realizado liquidación alguna en vida del esposo de la misma, referido a una aparcería, y todo ello teniendo en cuenta la condición de Letrado de este último, que hace suponer un conocimiento de la situación jurídica que hubiese originado una reacción judicial o extrajudicial de entender que había un incumplimiento contractual por la contraparte, todo lo cual lleva al convencimiento de la Sala que el contrato que ligaba a las partes era en realidad de arrendamiento y no de aparcería. Téngase en cuenta además que es la propia actora quien en su escrito de demanda refiere incumplimientos contractuales de los años 1993 al 1995, pero no anteriores, lo que revela desconocimiento exacto de la relación existente, como por otra parte se desprende de la prueba de confesión judicial».

**Jurisprudencia sobre la novación objetiva tácita.**—Esta Sala ha manifestado que la novación supone siempre una renuncia de derechos (SSTS de 20 de marzo de 1947 y 5 de marzo de 1965), y de ahí que no se presume nunca existente, sino que ha de constar de forma expresa o por incompatibilidad entre ambas obligaciones, tanto si es extintiva como si es modificativa; la novación significa la sustitución de un convenio por otro, contando con toda claridad la voluntad de llevar a cabo la extinción de la primitiva obligación, aunque, según lo dicho, puede también deducirse de la incompatibilidad de ambas obligaciones (entre otras, SSTS de 16 y 26 de marzo de 1981, 18 de junio y 22 de noviembre

de 1982); en el supuesto de manifestación tácita de la voluntad de novar, corresponde a los Tribunales determinar si existe incompatibilidad entre ambas obligaciones, hipótesis en que habrá novación, o, si no existe, habrá mera modificación de la obligación (aparte de otras, SSTS de 9 de mayo de 1963 y 27 de junio de 1970); y, por último, las cuestiones relativas a la existencia de los hechos determinantes de la novación son facultad propia y peculiar del Tribunal *a quo*, a cuyo criterio hay que estar, en cuanto no sea adecuadamente impugnado (por todas, STS de 17 de abril de 1971). (STS de 8 de julio de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—La recurrente solicitó que se declarase extinguido el contrato de aparcería que le unía con el demandado y se condenase a este a rendir cuentas de la aparcería de los cuatro últimos años. El demandado alegó la existencia de una novación objetiva, en virtud de la cual el contrato de aparcería había sido sustituido por un arrendamiento rústico. El Juez de Primera Instancia acogió la demanda, pero la Audiencia Provincial y el TS la desestimaron, por admitir la existencia de una novación objetiva tácita y estar relacionadas las partes en realidad por un arrendamiento rústico. (M. C. B.)

**33. Arrendamiento rústico. Acceso a la propiedad por el arrendatario: derecho personalísimo.**—Reiterada jurisprudencia del TS (entre otras, SSTS de 14 de diciembre de 1992, 7 de octubre de 1994, 31 de marzo de 1997 y 24 de septiembre de 1999) afirma que el derecho de acceso a la propiedad que reconoce el artículo 84 LAR es un derecho de carácter personalísimo e intransmisible que se extingue con el fallecimiento del arrendatario.

**Arrendamiento rústico. Sucesor del arrendatario: condición de profesional de la agricultura.**—El artículo 79 LAR enumera las personas que pueden suceder en el arrendamiento al arrendatario fallecido, estableciendo que «en todo caso el sucesor habrá de ser profesional de la agricultura». (STS de 3 de octubre de 2002; ha lugar en parte.)

HECHOS.—Don P. G. M., en su condición de arrendatario, ejerce la acción de retracto arrendaticio sobre dos fincas rústicas.

Durante el proceso judicial el demandante fallece y es sustituido por su hijo y heredero, don F. G. M. Este no es profesional de la agricultura, motivo por el cual los demandados alegan que esta sustitución procesal es ineficaz.

El Juzgado de Primera Instancia estima en parte la demanda (estima el retracto sólo respecto de una de las fincas). La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación interpuesto y confirma la sentencia de primera instancia. El TS estima el recurso de casación interpuesto por los demandados, desestima el recurso de casación promovido por don F. G. M. (sucesor procesal del demandante), casa la sentencia recurrida y desestima la demanda.

NOTA.—Téngase en cuenta que con posterioridad a la fecha de la presente sentencia, se ha aprobado una nueva Ley de Arrendamientos Rústicos (Ley 49/2003, de 26 de noviembre, publicada en el BOE de 27 de noviembre de 2003) que suprime los derechos de adquisición preferente, es decir, el tanteo y el retracto. En la Exposición de Motivos de la citada Ley se afirma que «la posible aplica-

ción de tales derechos, que implican una notable limitación a la propiedad, alejaba a los propietarios de arrendar y, por lo tanto, se ha creído oportuno suprimirlos ahora, en aras de la libre circulación de la tierra que se estima cada día más conveniente». (M. J. P. G.)

**34. Cuando el daño se atribuye a una sola de las personas que cooperaron en la edificación, no cabe declarar la solidaridad de las obligaciones.**—La responsabilidad solidaria de los distintos elementos personales que cooperaron en la edificación sólo está justificada en el caso de no poder individualizarse la correspondiente a cada uno de los culpables de los defectos constructivos, por lo que es manifiesto que no se da tal presupuesto de hecho, por haberse precisado la atribuible a cada uno de ellos, o por no concurrir más que en alguno, la prestación solidaria no puede prosperar, como señaló la Sentencia de 12 de junio de 1987.

**Responsabilidad exclusiva del arquitecto director.**—Acreditado como está que todo se debe, sin ningún género de duda, a vicios del suelo y de la dirección, es indudable que sólo puede llevar a la exclusiva condena del arquitecto superior. Como ya señaló la Sentencia de esta Sala de 8 de junio de 1984, el arquitecto director de la obra está obligado a examinar el suelo a fin de disponer, si menester fuera, los trabajos de consolidación y cimentación requeridas por la *lex artis*.

**Falta de prueba de los daños y perjuicios invocados.**—Los pretendidos daños y perjuicios se plantean en este recurso en donde no se ventila la aplicación o no de los artículos citados como infringidos, sino la realidad de tales daños y perjuicios que niega la instancia y sostiene la recurrente, además, con una argumentación inadmisibles. Las obras de cimentación no pueden nunca depreciar las viviendas, antes al contrario, sino que son garantía de su reparación. En cuanto a las presuntas molestias y daños como consecuencia de las obras de reparación, sin acreditamiento ninguno en los autos, y sin que la recurrente, a quien incumbía tal *onus probandi*, haya intentado siquiera acreditarlo, por lo que no puede pretender ahora proclamar su realidad. (STS de 3 de octubre de 2002; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Después de haberse acumulado las reclamaciones de dos sociedades, la *Unión de Consumidores y Usuarios* y la comunidad de propietarios de un edificio contra la constructora, el arquitecto director de la obra, el aparejador y la compañía aseguradora, por daños en la construcción de un edificio, el Juez de Primera Instancia estimó parcialmente las demandas, condenando solidariamente a los demandados a indemnizar a las sociedades demandantes y, asimismo, condenando solidariamente a la constructora y al arquitecto director a la reparación de los desperfectos detectados en la obra realizada. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial admitió los recursos desestimando íntegramente la demanda interpuesta por la dos sociedades y estimando parcialmente la demanda instada por la *Unión de Consumidores y Usuarios* y la comunidad de propietarios, condenó únicamente al arquitecto director a reparar los defectos, deficiencias y daños, por deberse únicamente a vicios del suelo y en la dirección. La comunidad de propietarios interpuso el recurso de casación, que fue rechazado. (M. C. B.)

**35. Incongruencia omisiva y falta de motivación de la sentencia. No cabe referirla a las meras alegaciones y razonamientos de las partes, sino a las cuestiones jurídicas básicas del debate.**—No concurre incongruencia «omisiva» porque la sentencia no omite ningún pronunciamiento, ni deja de resolver cuestión o planteamiento jurídico básico que haya de ser objeto de decisión específica. No tienen tal carácter las meras alegaciones y razonamientos de las partes, sean relativos a puntos de hecho o de derecho, sustantivos o procesales. Tampoco hay falta de motivación cuando la sentencia contiene respuesta suficiente a todas las cuestiones suscitadas. Reiteradamente se admite la motivación por remisión, sin que sea necesario un razonamiento exhaustivo y pormenorizado sobre todas las alegaciones y opiniones de las partes, ni sobre todos los aspectos y perspectivas que las mismas puedan tener de la cuestión que se decide, pues resulta suficiente que se exprese la razón causal del fallo, consistente en el proceso lógico-jurídico que sirve de soporte a la decisión.

**Diligencias para mejor proveer. Principio de justicia rogada. No se infringe si se acuerda como complemento de las pruebas ya practicadas en el proceso.**—La doctrina jurisprudencial mantiene la necesidad de hacer un uso ponderado de las diligencias para mejor proveer, de modo que su ejercicio sea conforme a la función o finalidad que le es propia, de que el órgano jurisdiccional adquiera un conocimiento exacto de aquellos hechos que, sirviendo para fundamentar el fallo, se estime que han quedado confusos o poco determinados por las pruebas aportadas por las partes y que es necesario esclarecer en forma adecuada para dictar la sentencia procedente. En el caso no se aprecia la existencia de extralimitación o abuso, pues la prueba pericial acordada tiene evidente naturaleza de complementaria de las pruebas obrantes en autos, con independencia de su valor para fundamentar el fallo, tanto en relación con la obra ejecutada como respecto de su valoración.

**Prueba documental. Diferencia entre autenticidad de un documento y eficacia probatoria del mismo.**—La autenticidad se refiere a la legitimidad del continente, es decir, a la proveniencia de su autor; por lo que concurre cuando hay concordancia del autor aparente con el autor real. Según mantiene la jurisprudencia, la declaración de inautenticidad priva al documento de aptitud para probar. Solo el documento auténtico es idóneo para poder probar «por sí solo». Mientras que el documento que, impugnado o no reconocido, no conste su autenticidad o inautenticidad puede valorarse «conjuntamente con otras pruebas». Cosa diferente es la eficacia probatoria, que se refiere al valor que cabe atribuir al contenido de un documento (que no haya sido declarado carente de autenticidad). En un sistema de libre apreciación probatoria el juzgador puede formar su convicción con base en pruebas distintas de los documentos, o en la valoración conjunta con estos. Solo queda vinculado en aquellos extremos en que el contenido documental constituye prueba legal o tasada, la cual se circunscribe (arts. 1218 y 1225) al hecho y fecha del documento y a haberse efectuado las declaraciones que constan en el mismo, pero no la realidad o veracidad intrínseca del contenido de estas declaraciones, cuya presunción de verosimilitud entre las partes se puede entender desvirtuada por otros medios de prueba (SSTS de 21 de noviembre de 2000 y de 19 de abril de 2002). Desde otro punto de vista, debe distinguirse, y no son confundibles, la admisión de hechos en los escritos de alegaciones que quedan exonerados de prueba y vinculan al juzgador, y la aceptación de los mismos en los medios de prueba, que generalmente quedan sujetos a la valoración probatoria.

**Dictamen pericial. Validez del emitido a partir de un informe técnico que consta en autos.**—No existe ninguna vulneración legal por el hecho de que el dictamen pericial acepta la apreciaciones fácticas de un informe técnico aportado con la demanda; y menos todavía que el juzgador de instancia funde su convicción en dicho dictamen pericial. Sin que, por lo demás, quepa confundir la oportunidad (posibilidad) de atribuir eficacia acreditativa a un informe preconstituido, con la endeblez probatoria respecto de otros medios de prueba, procesalmente más sólidos, como la pericial emitida en forma (STS de 10 de julio de 2000).

**Contrato de obra. Aumento de obra. La autorización del propietario puede darse mediante aceptación tácita o implícita.**—El artículo 1.593 CC faculta para aumentar el precio cuando se haya producido un aumento de obra, siempre que hubiese dado su autorización el propietario; para cuyo acreditamento la doctrina jurisprudencial no exige una constancia documental, pues basta la existencia de una aceptación tácita o implícita revelada por hechos concluyentes, y la apreciación de estos, como cuestión de hecho, corresponde al juzgador de instancia (SSTS de 23 de enero y 3 de diciembre de 2002).

**Contrato de obra. Desistimiento unilateral del dueño de la obra. Distinción con la resolución contractual por incumplimiento. Indiferencia de los móviles del dueño de la obra para proceder al desistimiento.**—Reconocida la incompatibilidad entre las dos causas de extinción del contrato consistentes en el desistimiento unilateral del dueño de la obra (art. 1594 CC) y la resolución contractual por incumplimiento (art. 1124 CC), resulta evidente que en el caso se produjo la primera. El derecho del contratista a percibir la indemnización prevista en el artículo 1594 CC no depende en absoluto de los móviles que hayan inducido al propietario a desistir unilateralmente del contrato de obra. (STS de 25 de noviembre de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Por la entidad F. B. C. se interpuso demanda contra doña C. M. L. y otros, en reclamación de cantidad derivada de las obras llevadas a cabo por la actora en una vivienda de los demandados, y durante las cuales se había variado en distintas ocasiones el proyecto inicial, con el consiguiente aumento de obra y correlativo de precio. Radicaba el tema nuclear del proceso en la determinación de la cantidad a pagar por obra ejecutada y no abonada. El Juzgado de Primera Instancia de Madrid acogió íntegramente la demanda. La Audiencia Provincial, para formar su convicción, acordó para mejor proveer un informe pericial, a emitir teniendo en cuenta toda la documentación obrante en autos y el examen personal de la obra por el perito. Con base en dicho informe, computando toda la obra realizada, tanto proyectada inicialmente como la dimanante de sucesivas ampliaciones, estimó que la deuda pendiente de liquidar era inferior al importe de condena en primera instancia, confirmando en lo demás la resolución apelada. El TS desestimó el recurso interpuesto por la demandada y no dio lugar a la casación. (L. A. G. D.)

**36. Contrato de obra. Ejercicio de la acción directa por el subcontratista frente al dueño de la obra y el contratista.**—La acción directa como acción que tiene el acreedor para reclamar del deudor de su deudor, es caracterizada por el TS como un eficaz medio de protección del crédito (FD 1.º de la

STS de 2 de julio de 1997), una verdadera medida de ejecución y medio de pago al acreedor (STS de 29 de abril de 1991), que representa una excepción al principio de relatividad de los contratos (SSTS de 2 de julio de 1997, 27 de julio de 2000), alcanzando a sucesivos subcontratistas (STS de 6 de junio de 2000). Uno de los presupuestos de la acción directa que el artículo 1597 CC otorga al tercero contra el dueño de la obra, viene dado por la aportación en el contrato de obra por parte del subcontratista o, tal y como lo denomina el TS, del subempresario (STS de 11 de octubre de 1991), de material y/o trabajo. De este modo la citada acción directa «... convierte a los acreedores en titulares de una acción, que no es precisamente sustitutiva de la del contratista, sino que se sobrepone a la misma, para hacer valer su crédito por vía directa» (FD 2.º, con cita de la SSTS de 29 de octubre de 1987, 11 de mayo y 11 de octubre de 1994).

**Situación de insolvencia del contratista. Doctrina del abuso del derecho y del fraude de ley.**—Para que se pueda entender que se produce abuso del derecho es necesario que el uso de un derecho objetiva o externamente legal produzca un daño a un interés que no se halle protegido por una específica prerrogativa, junto a la exigencia de inmoralidad o antisociabilidad del ejercicio o cuando se actúe con la intención de perjudicar (SSTS de 30 de mayo de 1998 y 13 de junio de 2002). El ejercicio de la acción directa del artículo 1597 CC tampoco puede entenderse que se haya llevado en fraude de ley en tanto que precisamente la finalidad de dicha acción directa no es otra que la «... salvaguarda de los derechos del subcontratista, siendo compatible con la existencia de un expediente de suspensión de pagos de la contratista».

**El artículo 9.4 de la Ley de suspensión de pagos.**—En procesos contra un suspenso que se encuentren en curso al tiempo de la declaración de suspensión de pagos, tanto juicios ordinarios como ejecutivos en los que no se persigan bienes especialmente hipotecados, los mismos seguirán su tramitación hasta la sentencia, quedando en suspenso las acciones individuales en la fase de ejecución. El TS ha declarado en este sentido que en los supuestos en los que se ejercite la acción directa del artículo 1597 CC el dueño de la obra a quien debe es a sus demandantes y no a su contratista, por lo que la suspensión de pagos de este no afecta al procedimiento seguido, en todo caso, hasta su ejecución (FD 3.º, STS de 9 de mayo de 1989, con cita de la STS de 18 de febrero de 1899). (STS de 11 de octubre de 2002; no ha lugar.)

**HECHOS.**—La entidad *ODO, S. A.*, concertó con la *Autoridad Portuaria de Sevilla* la realización de las obras de acondicionamiento del acceso al nuevo muelle de Tablada Puerta Sur en Sevilla. En dicha obra intervino *Talleres San José*, como subcontratista de la citada entidad, realizando tanto ciertas obras como el suministro de materiales, tanto mecanizados como no, así como el transporte de los mismos. Ante el impago de las facturas correspondientes a dichos trabajos, don A., propietario de la empresa subcontratista, demandó por los trámites del juicio de menor cuantía a la *Autoridad Portuaria de Sevilla* así como a la entidad mercantil *ODO, S. A.*, la cual ya se encontraba en suspensión de pagos. Tras ciertas vicisitudes procesales en orden a la existencia o no de litisconsorcio pasivo necesario, el Juez de Primera Instancia estimó la demanda condenando ambos demandados, con expresa condena a la *Autoridad Portuaria* al pago de la suma reclama. Recurrida la sentencia por la representación de la entidad *ODO, S. A.*, la Audiencia Provincial

desestimó el recurso. Finalmente dicha parte formuló recurso de casación alegando infracción de los artículos 6.4 y 7 CC así como del artículo 9.4 de la Ley de suspensión de pagos.

NOTA.—Si bien la parte recurrente, la entidad *ODO*, contratista, considera que la conducta de la entidad subcontratista demandando a la *Autoridad Portuaria de Sevilla* es contraria a la buena fe y podría calificarse de abusiva e incluso de fraudulenta, puesto que al resultar condenada como dueño de la obra al pago de la suma reclamada, se viene a causar un grave perjuicio al resto de los acreedores de la citada entidad en situación de suspensión de pagos, el TS entiende que no concurren los requisitos objetivos ni subjetivos ni de una ni de otra. Ciertamente, aun cuando conforme a la jurisprudencia del TS se entiende que el acreedor-subcontratista puede reclamar judicial o extrajudicialmente de manera distinta a uno u otro, contratista y dueño de la obra, el ejercicio de la acción directa del artículo 1597 CC no excluye la reclamación al deudor directo. En cualquier caso, tal y como señala el propio tenor literal del citado artículo 1597 CC, la responsabilidad del dueño de la obra se limita al importe máximo señalado en el precepto. El TS, al confirmar el fallo de primera instancia, en el que se condena a ambas entidades, condenando expresamente al pago de la cantidad adeudada a la *Autoridad Portuaria de Sevilla*, vuelve a pronunciarse a favor del carácter solidario de la responsabilidad del contratista y del dueño de la obra (entre otras, SSTs de 29 de abril y 11 de octubre de 1994 y 2 de julio de 1997/5474). El TS rechaza el motivo de casación basado en la infracción del artículo 9.4 LSP, relativo a los procedimientos dirigidos contra los suspensos en tanto que entiende que la acción directa conforme al artículo 1597 CC «... se ejercita directamente contra el dueño de la obra reclamando el pago» (FD 2.º). (R. D. O.)

**37. Calificación de los contratos. Función privativa del juzgador de instancia.**—La calificación jurídica de las relaciones que unen a las partes litigantes es función privativa de los juzgadores de instancia y ha de ser mantenida en casación salvo que resulte arbitraria, absurda o ilegal.

**Comodato y precario. Diferencias.**—El comodato es una modalidad del préstamo que implica la cesión gratuita de una cosa no fungible para que se use durante un cierto tiempo o para un uso determinado, y sólo tras el transcurso de ese tiempo o la conclusión del uso, el comodante puede reclamar su devolución. El precario, constituye más que un contrato un acto declarativo de cesión del uso, sin determinación de tiempo, finalidad y modo, o incluso una mera situación posesoria amparada por un título ya ineficaz, de modo que el comodante puede reclamarla a su voluntad, siempre que requiera al precarista con un mes de anticipación (arts. 1740, 1744, 1749 y 1950 CC; art. 1565.3 LEC de 1881; SSTs de 30 de octubre de 1986 y de 2 de diciembre de 1992).

**El precio cierto como elemento esencial en el contrato de arrendamiento de cosas.**—Conforme establece el artículo 1543 CC la satisfacción de un precio cierto constituye un elemento esencial en el contrato de arrendamiento de cosas de tal forma que si no se prueba con certeza que la supuesta renta se determinó en el momento de contratar, ni los criterios o medios para

determinarla el arrendamiento es ineficaz por falta del requisito esencial de fijación del precio (art. 1547 CC; STS de 26 de enero de 1987).

**Los gastos de mantenimiento no constituyen renta.**—No cabe integrar en el concepto de renta la satisfacción de posibles gastos realizados para la conservación o mantenimiento de la cosa. (STS de 18 de noviembre de 2002; no ha lugar.)

**HECHOS.**—La demandante entabló acción contra su hermana, su cuñado y sus sobrinos solicitando que desocuparan la planta baja del edificio en donde habitaban así como de los almacenes, aljibes y patios anejos a dicha vivienda. La cuestión litigiosa se centró en determinar si por parte de los demandados existía algún título habilitante de la ocupación del inmueble. En este sentido, los demandados justificaron el uso del inmueble en base a la existencia de un arrendamiento inmobiliario de renta irregular o un comodato con duración o usos determinados. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Provincial de Barcelona estimó el recurso y condenó a los demandados a desalojar el inmueble. El TS desestima el recurso interpuesto por los demandados. (C. O. M.)

**38. Responsabilidad civil derivada de delito. Distribución de la deuda entre los condenados como autores.**—Es la sentencia penal la que determina la cuota y la distribución de la deuda entre los autores. Si no lo hace, los jueces civiles no tienen facultad para enmendar, corregir o suplir las deficiencias en que pudieran haber incurrido los jueces penales. Por otra parte, si no se atribuye una cuota determinada a cada autor, es doctrina consolidada (SSTS de 25 de junio y 26 de noviembre de 1985, 26 de abril de 1988 y 16 de julio de 2001) que debe atenderse a lo dispuesto por el artículo 1138 CC, donde se establece la división de la deuda en partes iguales (salvo que se desvirtúe la presunción que dicho precepto sienta).

**Ejercicio de la acción de responsabilidad civil derivada de delito en juicio penal. Falta de competencia de la jurisdicción civil.**—Según reiterada jurisprudencia (entre otras, SSTS de 11 de octubre de 1990, 5 de mayo y 4 de noviembre de 1991 y 12 de julio de 1993), cuando la acción de responsabilidad civil derivada de delito se ejercita conjuntamente con la penal, una vez recaída sentencia condenatoria en el juicio penal en la que, además de la pena correspondiente al delito o falta perseguido, se condene a los acusados y a los responsables civiles subsidiarios a satisfacer las indemnizaciones correspondientes, la jurisdicción civil no puede conocer de nuevos hechos y sobre nuevas responsabilidades. Igualmente, en tales circunstancias no es posible promover posteriormente un juicio civil sobre los mismos hechos.

**Competencia de la jurisdicción civil para conocer de la acción de repetición ejercitada por el responsable civil subsidiario.**—Declara el TS que la acción de repetición que nace de los artículos 1904.II y 1158 CC es una acción civil que es materia propia de la jurisdicción civil (art. 9.2 LOPJ), aunque tenga su fundamento prejudicial en una sentencia penal, así como en el hecho del pago por el declarado responsable civil subsidiario. (STS de 26 de octubre de 2002; ha lugar.)



HECHOS.—Condenados en sentencia penal dos empleados de *Construcciones JUTOCA, S. A.* —el director de los trabajos y socio mayoritario de la empresa y un encargado de las obras— como autores de un delito de imprudencia con resultado de muerte, se declara igualmente la responsabilidad civil subsidiaria de *Construcciones JUTOCA, S. A.* Esta paga la indemnización de veinte millones de pesetas que fija la sentencia, tras lo cual reclama en vía de regreso ante la jurisdicción civil la mitad de esa cantidad al encargado de las obras condenado, a través de la acción del artículo 1904 CC.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda. El demandado interpone recurso de apelación, que es estimado parcialmente por la Audiencia Provincial. Esta entiende que la distribución de cuotas entre los condenados penalmente en ese caso no debe hacerse por partes iguales, sino que al encargado le corresponde sólo el pago de quinientas mil pesetas. *Construcciones JUTOCA, S. A.* recurre el fallo en casación, recurso que es estimado por el TS. (A. M. M.)

**39. Responsabilidad civil. Reinterpretación jurisprudencial de la doctrina de la culpa orientada a obtener la máxima protección de la víctima de los sucesos dañosos.**—Atendido los términos del artículo 1902 CC y la línea de la tradición jurídica española, nuestra jurisprudencia permanece teóricamente fiel a la doctrina de la culpa, considerando a esta 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, es decir, la forma en que realmente se interpretan los hechos en la sentencia, denuncian una evidente tendencia tuitiva a favor de las víctimas a costa de un innegable oscurecimiento del elemento culpa, pues, o 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 promovida contra él, o se parte de la afirmación teórica de que la culpa se presume. Si, como ocurre también, se identifica la negligencia no con un cuidado normal, sino con una exquisita previsión de todos los posibles efectos de cada acto y de cada movimiento, llegamos a la conclusión de que los postulados clásicos han experimentado, de hecho, una vigorosa conmoción (STS de 6 de junio de 2002).

**Sentencia civil. Inexistencia de obligación de formular una expresa relación de hechos probados.**—No existe en la ley que regula el orden jurisdiccional civil mandato consistente en que la sentencia contenga una expresa declaración de hechos probados; y en la sentencia impugnada, atendida su total lectura, se expone con toda claridad tanto la mecánica de los hechos que razonablemente estima probados como el grado de culpa interviniente a cargo de la demandada y el nexo causal entre las dos circunstancias.

**Validez de los informes de las autoridades administrativas en materia de seguridad en el trabajo para fundar la culpa de la empresa.**—La sentencia, si bien admite que se dieron instrucciones generales, construye la responsabilidad de la empresa en el probado inadecuado procedimiento de trabajo, ausencia de medidas de seguridad por continuar la máquina funcionando y ausencia de un control eficaz de la empresa que tolera tales operaciones; y que se ha puesto de manifiesto mediante los abundantes informes y dictámenes emitidos por la autoridad administrativa encargada de velar por el cumplimiento de las normas sobre seguridad e higiene en el trabajo.

**Suspensión de pagos. Irrelevancia de su existencia a efectos de la estimación o desestimación de la sentencia.**—La existencia o inexistencia de suspensión de pagos de la empresa en los momentos de presentación de la demanda, de la sentencia recurrida y de la dictada en casación es de todo punto irrelevante para su estimación o desestimación. (STS de 22 de noviembre de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña D. C. C. presentó demanda contra la entidad «H. V. P.», en la que prestaba su trabajo, solicitando la indemnización de los daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual derivada de las lesiones sufridas mientras limpiaba manualmente una máquina carda, sin que existieran controles de la empresa para impedir las operaciones manuales inapropiadas, ni medios para posibilitar la ejecución del trabajo sin arriesgar la integridad de la operaria. La parte demandada opuso la culpa exclusiva de la víctima. El Juzgado de Primera Instancia de Olot desestimó íntegramente la demanda planteada. La Audiencia Provincial de Girona estimó el recurso de apelación interpuesto y dio lugar parcialmente a lo demandado. El TS confirmó la sentencia de la Audiencia y no dio lugar al recurso de casación. (L. A. G. D.)

**40. Legitimación activa. Legitimación del padre para demandar en nombre e interés de los hijos menores de edad.**—Ha de tenerse en cuenta que la representación de los hijos menores por sus padres es una representación legal obligatoria, que cumple el mandato del artículo 2 LEC, al imponer la comparecencia en los pleitos de los representantes legítimos por los que no estén en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, que es el caso de los menores de edad, pues al no estar emancipados, corresponde su representación procesal al padre como ejerciente de la patria potestad, de conformidad con el artículo 162 CC.

**Aceptación tácita de la herencia. Se da cuando por los llamados a suceder se ejecutan obras en bienes del caudal hereditario.**—El artículo 661 CC permite considerar herederos a los sucesores legítimos del causante, a quienes asisten el derecho a repudiar la herencia, aceptarla a beneficio de inventario o aceptarla pura y simplemente, en cuyo caso el sucesor pasa a condición de efectivo heredero con retroacción hereditaria al momento de la muerte de la persona a la que se sucede. Ninguno de estos supuestos se han acreditado en el supuesto de autos, pero sí ha de atenderse a los hechos probados, que ponen de manifiesto que las recurrentes hicieron reparaciones en el inmueble, del que se desplomó la pared causante del accidente. En este caso estamos ante una efectiva aceptación tácita, prevista en el artículo 999 CC, pues las referidas actuaciones llevadas a cabo indudablemente lo fueron a título de herederas.

**Responsabilidad extracontractual. Daños causados a las personas a consecuencia de derrumbe de pared que linda con la vía por falta de reparaciones necesarias.**—Resulta probado que se trata de la caída de una pared sobre la vía pública integrada en un inmueble desocupado y totalmente abandonado y con ostensibles signos de ruina que no había sido objeto de reparaciones convenientes, en cuanto a adoptar necesarias medidas de seguridad para evitar hechos como el de autos. Es decir, que las recurrentes asumieron y mantuvieron una situación que se presentaba como riesgo notorio y

potencial con carga suficiente de producirse y ocasionar daños a las personas o a las cosas, ante las circunstancias propias que presentaba la disposición del edificio. Se trata de responsabilidad por culpa, en la que juega la conducta negligente, omisiva por ausencia de previsión, imputable a la propiedad, al no haberse acometido oportunamente las obras reparadoras necesarias y, a su vez, por consentir y tolerar el mantenimiento de una situación de riesgo que se presentaba evidenciada, la que no fue atendida debidamente y conforme las circunstancias concurrentes lo demandaban. (STS de 27 de noviembre de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Don A. G. P. demandó en representación de sus hijos menores a doña M. S. V. y doña E. S. V., solicitando una indemnización por los daños sufridos por aquéllos al ser alcanzados por el derrumbe de la pared frontal de un inmueble perteneciente a las demandadas, y que se encontraba en estado de evidente abandono y posible ruina. Las demandadas oponían la falta de legitimación activa del actor así como su falta de legitimación pasiva, toda vez que perteneciendo el inmueble a la herencia dejada por sus progenitores, nunca habían llevado a cabo ningún acto de aceptación expresa de la herencia. El Juzgado de Primera Instancia de Murcia acogió la demanda y condenó a las hermanas. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación interpuesto por aquellas. El TS no dio lugar al recurso de casación. (I. D. L.)

**41. Culpa extracontractual: responsabilidad de odontólogo: no hay tratamiento inadecuado: no hay relación de causalidad.**—La responsabilidad del odontólogo se basaría en haber practicado al actor cuatro endodoncias y el posterior empaste de las mismas entre los meses de mayo y octubre de 1993, y en que al realizar el último empaste contrajo el actor una osteomielitis, o bien que sufriendo una infección en la mandíbula inferior, no fue correctamente diagnosticado, ni tratado adecuadamente; la osteomielitis es una enfermedad inflamatoria infecciosa causada por gérmenes piógenos a nivel del tejido óseo, y en las radiografías de las piezas dentarias no se aprecia ninguna zona compatible con infección residual, las endodoncias pueden estimarse correctamente realizadas y resulta excepcional que de una de ellas derive un proceso osteomielítico, siendo conforme a la *lex artis* que transcurra el plazo de un mes tras su práctica para realizar el empaste de la pieza dentaria tras comprobar la ausencia de infección. No existe causalidad entre la actuación del facultativo y el resultado dañoso producido, por lo cual no puede reputarse que existe culpabilidad ya que no puede responder *ex artículo 1902 CC* quien no haya tenido una conducta que sea causa adecuada y generadora del resultado.

**Responsabilidad del INSALUD por falta de atención y cuidado.**—El reproche contra el ambulatorio de la Seguridad Social de Ávila consiste en falta de atención debida a su grave enfermedad, y porque sólo se le practicaron unas pruebas y unos análisis, y después de un tratamiento se le remite al Hospital de Nuestra Señora de Sonsoles de la misma ciudad, en vez de remitirle directamente al Servicio de Cirugía máxilo facial de Salamanca. Pero la prueba practicada revela que el demandante era alérgico a la penicilina y sus derivados y resistente a determinados antibióticos que precisó en el tratamiento, debiendo añadirse que el sistema inmunológico del enfermo estaba dete-

riorado con anterioridad a la infección por haber padecido alcoholismo crónico, aunque no bebiese en esas fechas, y por haber sido toxicómano al haber ingerido hachís y cocaína; por último, el demandante rechazó un tratamiento más agresivo para eliminar completamente la infección. Aquel reproche debe rechazarse.

**Error de diagnóstico imputable al odontólogo y a los centros hospitalarios del INSALUD: inexistencia.**—El diagnóstico consiste en un juicio médico que precisa una fase previa constituída por una pluralidad de actos, desde la *anamnesis*, a las pruebas de exploración física, radiológicas y analíticas, en definitiva, un conjunto de actos médicos para iluminar y deducir la naturaleza de la afección que padece el enfermo. No cabe, por tanto, imputar error de diagnóstico, pues a la vista de los datos percibidos y de los informes obrantes, el tratamiento recibido fue el correcto y debiendo además adaptarlo a las circunstancias específicas del enfermo, alergias a los medicamentos del grupo de la penicilina y la resistencia a otros antibióticos. En el Hospital Nuestra Señora de Sonsoles se le hicieron al enfermo toda clase de pruebas que orientaron el diagnóstico hacia una osteomielitis mandibular y entonces se remitió al paciente al Hospital Virgen de la Vega de Salamanca, donde se le practicaron dos intervenciones quirúrgicas, bajo anestesia general. Cuando el diagnóstico y el tratamiento resultan correctos en función de los síntomas presentados por el enfermo en tal momento, se descarta la infracción del artículo 1902 CC. (STS de 25 de octubre de 2002; no ha lugar.)

NOTA.—La demanda solicitaba no menos (*sic*) de cincuenta millones de indemnización de daños y perjuicios, siendo rechazada íntegramente por el Juzgado de Primera Instancia y también por la Audiencia Provincial (salvo en lo relativo a las costas de primera instancia). Lo singular del caso radica en que con ocasión de practicar la última endodoncia es cuando se descubre una infección maxilar diagnosticada como osteomielitis dos meses después, con diversas vicisitudes. Al haberse constatado la observancia de la *lex artis ad hoc* en todas las etapas de esta compleja relación médica procede razonablemente —y así lo han entendido todas las instancias judiciales que han intervenido—, la desestimación de la demanda (Pte.: Martínez-Pereda Rodríguez). (G. G. C.)

**42. Culpa extracontractual: muerte en accidente de trabajo: conductor de camión-grúa que resulta aplastado por la carga: Caso fortuito: culpa exclusiva de la víctima.**—El accidente ocurrió cuando se descargaba un vehículo especial, de unos 2.000 kilogramos de peso, desde el camión que conducía la víctima, ayudado por un trabajador de la compañía naviera, con ayuda de una carretilla elevadora conducida por este último, en cuyo momento el vehículo especial se desplazó hasta donde se encontraba el fallecido manejando los mandos de la grúa, aprisionándolo contra el camión y la máquina; no resulta probado que el ayudante realizase maniobra alguna con la carretilla elevadora, que empujase o simplemente tocase la máquina que la grúa del camión descargaba y cuyos mandos eran accionados por la víctima, sino que dicha máquina se desplazó como consecuencia de haber rozado los estabilizadores del camión-grúa manejados por aquél. Tiene razón el Juez de instancia cuando califica el evento dañoso como caso fortuito. En todo caso, si hubo algún culpable fue el propio trabajador que rozó la máquina con uno

de los estabilizadores del camión provocando el nefasto desplazamiento de la misma.

**No cabe invocar por analogía el artículo 120 de la Ley de navegación aérea de 1960.**—Se aspira a atraer los dictados de una responsabilidad objetiva al socaire de esa legalidad específica, que debe rechazarse porque en el evento la fatalidad o, incluso, la culpa de la víctima determinaron el fatal desenlace, sin que pueda aceptarse la alegación *in voce* del recurrente de que un siniestro como el de autos, acontecido dentro de una complicada tarea laboral acorde con la actividad desplegada por las empresas desplegadas, el riesgo inherente a esa dinámica desplaza por completo el elemento de la culpa, y que hasta el caso fortuito o la fuerza mayor queden como oscurecidos por aquel riesgo determinante de la responsabilidad objetiva empresarial. (STS de 4 de octubre de 2002; no ha lugar.)

NOTA.—De los hechos probados resulta la complejidad de la operación de descarga desde un camión-grúa de un vehículo especial (al parecer, para proceder a su traslado en barco), y la pregunta que *a posteriori* surge es si dos personas eran suficientes para realizar la operación, lo que trasladaría la responsabilidad a la empresa o empresas responsables de la carga y descarga. La Sala reivindica, en esta sentencia su plena soberanía para calificar los hechos, con independencia de lo que diga a este respecto la legislación laboral (para la cual se tratará de un accidente de trabajo). Por otro lado es de aprobar la inaplicabilidad por analogía de los criterios de responsabilidad objetiva contenidos en la Ley de navegación aérea (Pte.: Martínez-Calcerrada y Gómez). Sigue en vigor en nuestro ordenamiento civil —pese a que en ocasiones resulta oscurecido en la jurisprudencia— el principio general de la responsabilidad por culpa, del artículo 1902 CC, de modo que aquellos sectores de la realidad social regidos por criterios diversos a aquel, no pueden suministrar criterios interpretativos para los casos generales. (G. G. C.)

**43. Culpa extracontractual: lesiones graves por ingestión de bebida cáustica en bar de discoteca: falta de identificación del camarero que la sirvió: responsabilidad directa de la empresa.**—Ha quedado plenamente evidenciado que, a pesar de no haberse podido identificar físicamente al camarero que despachó a la menor afectada la bebida cáustica, es innegable la relación jerárquica o de dependencia que el mismo mantenía con el recurrente, encargado de la discoteca en que se desarrollaron los hechos; la falta de identificación del camarero, no sirve de fundamento a ninguna tesis exculpatoria, ya que el artículo 1903 CC, que entraña una responsabilidad directa, no está subordinado en su aplicación a la previa determinación e individualización del responsable dependiente que, con su actuar culposo o negligente, sea deudor con el empleador o empresario de una indemnización solidaria. Su aplicación deviene también insoslayable cuando de los resultados de la prueba se desprende que el hecho dañoso se produjo por acción u omisión negligente acaecida en el círculo de actividad de la empresa y por circunstancias que, con criterios de normalidad y, según las reglas de la experiencia, cabe atribuir a empleados o dependientes de la misma, sin que sea condición necesaria la identificación de los concretos sujetos responsables, pues esta exigencia favorecería la impunidad en beneficio de las grandes y complejas organi-

zaciones empresariales de nuestro tiempo y en perjuicio de las víctimas (según STS de 9 de junio de 1998).

**Costas en primera instancia.**—Dado que la demanda fue estimada parcialmente en primera instancia no debió imponérsele las costas de primera instancia al demandado, extremo que confirmó la sentencia de apelación. (STS de 29 de octubre de 2002; ha lugar en parte.)

NOTA.—Por causa de tan incomprensible evento la víctima padece quemaduras esofágicas, y como secuela, tras numerosas intervenciones quirúrgicas, estenosis de esófago que le impide tener una alimentación normal, precisando tratamiento continuado para disminuir la acidez gástrica y controlar la acción de la misma sobre el esófago estenotizado, padeciendo anemia ferropénica la cual le exige tratamiento continuado especializado. Correcta interpretación del artículo 1903.4 CC, y sentencia plenamente de aprobar (Pte.: Almagro Nosete). (G. G. C.)

**44. Responsabilidad civil de Registrador de la Propiedad por no inscribir cláusula de pliego de condiciones impuesto por Ayuntamiento.**— El texto de la cláusula inserta en pliego de condiciones, no inscrita por el Registrador, era el siguiente: *Si el bien enajenado no fuese destinado a uso hotelero en el plazo de dos años a contar desde la notificación, el adquirente deberá abonar al Ayuntamiento de L. A. veinte millones de pesetas o alternativamente el Ayuntamiento podrá ejercitar el derecho a retraer la finca vendida. El pago del precio y demás gastos necesarios no se abonarán por el Ayuntamiento en concepto de compensación por el uso y disfrute del adquirente de la parcela tramitada.* La demanda presentada por el Ayuntamiento de responsabilidad civil contra el Registrador, el Juzgado Primera Instancia la desestima por entender que la cláusula recoge un derecho personal que sólo afecta al adquirente, pero no a cualquier propietario posterior, y que al carecer de trascendencia real no tiene acceso al Registro, aludiendo a la negligencia del Ayuntamiento al no comprobar si se había registrado la cláusula. La sentencia fue revocada por la Audiencia Provincial que establece la trascendencia real incardinable en la expresión *condiciones de otro orden* del artículo 51.6 RH y que conforma la extensión del derecho que se inscribe; el Registrador incurrió en responsabilidad al no haber efectuado una motivada denegación de inscripción del asiento, en la que podría haber dado una visión distinta, que hubiera podido ser combatida a través del correspondiente recurso.

**Legitimación pasiva del Registrador.**—La legitimación *ad causam* pasiva consiste en una cualidad, condición o posición, que se atribuye en la demanda respecto de quien es llamado como demandado, definida por su relación con el objeto del proceso, por lo que ha de guardar coherencia con las consecuencias jurídicas pretendidas mediante la acción ejercitada, y que supone el deber de soportar en dicho concepto el litigio; en el caso, la acción ejercitada es la de responsabilidad civil del Registrador de la Propiedad con base en los artículos 296 ss. LH, y, en particular, del artículo 300 que otorga al que *por error, malicia o negligencia del Registrador perdiera un derecho real o la acción para reclamarlo, podrá exigir, desde luego, del mismo Registrador el importe de lo que hubiere perdido.*

La legitimación pasiva viene determinada en el caso por la condición de Registrador y la intervención en la calificación e inscripción determinante del perjuicio afirmado.

**Incongruencia.**—No hay incongruencia porque no se dio más de lo pedido, ni cosa distinta, ni se alteró la *causa petendi*, o cambió el planteamiento jurídico, ni se omitió la resolución de ninguna excepción, sin que tengan este carácter los argumentos o alegaciones jurídicas aducidas para sostener la improsperabilidad de la acción ejercitada, cual ocurre en este caso la doctrina del contrato reproductivo.

**Deber de motivación.**—Tampoco hay incumplimiento del deber de motivación pues la doctrina de esta Sala recogida por STS de 9 de julio de 2002 resalta que el deber de motivar se cumple con la expresión de la razón causal del fallo, sin que sea exigible un razonamiento judicial exhaustivo y pormenorizado de todas las cuestiones, no careciendo de motivación la sentencia que contiene un proceso lógico-jurídico suficiente.

**Interpretación de la cláusula del pliego de condiciones no inscrita.**—No ofrece especial dificultad, pues en la misma se dice que el comprador deberá destinar la finca comprada a un uso hotelero en un plazo de dos años o pagar veinte millones de pesetas al Ayuntamiento; por lo tanto, puede optar por pagar en lugar de cumplir el destino; y en el caso de doble incumplimiento —ni destina, ni paga— el Ayuntamiento puede optar por exigir al comprador la cantidad de veinte millones de pesetas o ejercitar el derecho de retraer la finca vendida; por lo tanto, el Ayuntamiento no puede exigir al comprador el cumplimiento del uso hotelero, pero, producido el doble incumplimiento, podía optar por retraer la finca, y no estaba obligado a exigir los veinte millones. Tal interpretación es racional y lógica, y en absoluto desacertada, equivocada o absurda.

**Alcance del artículo 51.6.ª RH.**—En la cláusula que no se inscribió no se recoge una condición resolutoria expresa en sentido técnico, pero la sentencia de instancia no dice que la haya y su *ratio decidendi* es otra. La cláusula omitida tiene, cuando menos, una apariencia notoria de trascendencia real, por lo que el demandado no debió limitarse a ignorarla, si efectivamente se apercibió de ello tal y como afirma, sino que debió denegar su inscripción, con arreglo a su convicción, con la motivación adecuada, lo que hubiera permitido, en su caso, subsanar o recurrir. La apreciación anterior tiene fundamental importancia para la decisión del recurso porque la acción ejercitada es la de responsabilidad civil por negligencia, y el juicio de reproche de esta viene configurado en la sentencia recurrida por la falta de una *denegación motivada* de la inscripción de la cláusula, en tanto el recurso se limita sólo a cuestionar la *trascendencia real*, olvidando el aspecto relativo a la omisión de la calificación. En el artículo 51-6.º RH el concepto jurídico de *condiciones* comprende no sólo las denominadas en sentido técnico de las cuales depende la existencia o subsistencia de la obligación, sino también cabe referirlo a una determinada y concreta composición de los intereses de las partes que conforman el contenido contractual en virtud de la autonomía privada, y mediante las que cabe conformar la extensión del derecho que se transmite.

**La cláusula omitida puede constituir un pacto de retro o derecho de retracto convencional de naturaleza real.**—Del examen literal de la cláusula se deduce que el inciso de la misma *podrá ejercitar el derecho a retraer la finca vendida* puede contener un pacto de retro o retracto convencional, regulado en los artículos 1507 ss. CC, que constituye un derecho real, con directo acceso al Registro, y que, cuando se pierde por error o negligencia del Registrador, da lugar a la acción para exigir del mismo el importe de lo que se

hubiese perdido. Son notas características del retracto convencional: *a)* que su ejercicio dependa de la simple voluntad del vendedor; *b)* que consista en un derecho a retraer o recuperar, no a adquirir de nuevo; *c)* que se ejercite durante el plazo contractual o legal marcado; y *d)* satisfacción de las prestaciones del artículo 1518 CC. La sentencia recurrida dice que no hay derecho real por no aparecer los requisitos para ello, pero no dice nada más; según el demandado no hay retracto convencional porque no hay precio, ni plazo, de manera que no se daban las condiciones exigidas por el artículo 1508 CC; sin embargo, tanto uno como otro, a falta de pacto, los establece la ley en los artículos 1507 y 1509 CC en cuanto a la contraprestación pecuniaria, y 1508, CC párrafo 1.º, en cuanto al plazo (por error el FD 5.º dice: *precio*). El único problema surge porque la cláusula en litigio dice en su frase final: *el pago del precio y demás gastos necesarios no se abonará por el Ayuntamiento en concepto de compensación por el uso y disfrute del adquirente de la parcela tramitada* (la sentencia corrige: *transmitida*). La cuestión radica en si las partes pueden componer el interés pecuniario en un sentido distinto al del artículo 1518 CC, al que se remiten los artículos 1507 y 1509 CC. El tema es cuando menos problemático, y ello tanto más si, en caso de mantener un criterio riguroso, se trata de determinar el alcance del inciso final de la cláusula respecto del párrafo anterior; es decir, si contamina el mismo y acarrea su falta de valor como derecho real, o ha de tenerse como no puesto. En todo caso, ello corrobora que el demandado debió haber formulado *calificación motivada*, aunque actuando según su soberano criterio.

**Contrato reproductivo.**—El motivo parece querer dar a entender que la escritura pública debió haber recogido explícitamente, o reproducido, las cláusulas del Pliego de condiciones económico-administrativas, y singularmente la controvertida. Pero la realidad es que dicha cláusula quedó integrada en el título; no se produjeron dos consentimientos sucesivos, sino uno solo; no existe novación, ni siquiera ratificación de lo convenido, pues la venta tuvo lugar mediante la subasta y la aprobación de la adjudicación, y la escritura posterior respondió únicamente a dar forma pública al acto preexistente a los efectos probatorios y de constancia registral. Aparte de ello el artículo 33 RH establece que se entenderá por título, para los efectos de la inscripción, no sólo los documentos fundamentales sino también los complementarios. Por último, no existe disonancia interna en el contenido de la escritura porque, en cualquier caso, la cláusula genérica de *cargas y gravámenes* cede a la más específica de la cláusula del pliego de condiciones con arreglo al que se perfeccionó la venta. (STS de 23 de octubre de 2002; no ha lugar.)

NOTA.—Notable sentencia de la que ha sido Ponente el señor Corbal Fernández, y ello tanto en razón al objeto del pleito (responsabilidad civil de Registrador de la Propiedad) como al interés doctrinal de algunos de los argumentos esgrimidos, pues estaba en juego la admisión en nuestro ordenamiento de un retracto convencional atípico. El Juzgado de Primera Instancia absolvió al Registrador demandado con base en que la cláusula omitida en su calificación por aquél era de naturaleza personal; pero la Audiencia Provincial estimó el recurso al entender que tal cláusula quedaba incluida en el artículo 51.6.ª RH por su trascendencia real. El TS desestima todos los motivos del recurso, aunque encuentra otra fundamentación para mantener la condena pues, a su parecer, la cláusula-



la discutida podía configurar un retracto convencional de indudable naturaleza real. Dejando abierto el tema, razona la sentencia que la mera posibilidad de plantearlo razonablemente hubiera obviamente requerido la calificación motivada del Registrador, en uno u otro sentido. Es probable que la defensa del Registrador se haya centrado más bien en demostrar la no inscribibilidad de la discutida cláusula, es decir, en los aspectos de derecho sustantivo, en lugar de profundizar sobre el alcance y límites de su deber profesional al iniciarse el trámite registral. Al no hacerlo así, la Sala concluye que ha incurrido en responsabilidad civil. De este modo la facultad calificadora que contradistingue a la función registral queda completada en su dimensión de responsabilidad, menos atrayente y grata para los interesados pero, probablemente, igualmente valiosa e imprescindible para la sociedad. (G. G. C.)

## DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

**45. Subasta pública judicial. Transmisión de la propiedad.**—Se polemiza en cuanto al momento en el que se produce la transmisión de la propiedad en la subasta pública judicial. Existen dos momentos: la necesidad del otorgamiento de escritura pública para la consumación de la transmisión de la propiedad; o la aprobación judicial de remate. Un criterio jurisprudencial anterior, constante en las decisiones judiciales, mantuvo la exigencia del otorgamiento de la escritura pública (STS de 5 de enero de 1899, 28 de junio de 1949, 17 de febrero de 1956, 29 de febrero de 1960 ...). Se produce una evolución en la decisión judicial hacia la aprobación judicial de remate únicamente para producir la consumación de la transmisión, y la adjudicación al rematante, consumándose la venta judicial. La enumeración que se realiza en los artículos 1462.II a 1464 CC acerca de las formas espiritualizadas de tradición, no cabe considerarla como taxativa, o *numerus clausus*, de manera que la adjudicación que el Juez realiza al rematante se le atribuye el carácter de tradición simbólica.

El título, por tanto, se configura como la aprobación del remate, y el modo, la adjudicación de la finca al rematante. La escritura pública, necesaria para la inscripción en el Registro de la Propiedad, no es imprescindible para que se produzca la tradición instrumental (SSTS de 31 de octubre de 1983, 20 de octubre de 1989, 1 de julio de 1991 y 11 de julio de 1992). Se hace referencia a la STS de 13 de octubre de 1998, en la que se acentúa «el valor del remate y del pago del precio respecto de los bienes enajenados en subasta pública judicial y su eficacia sobre la transmisión de la titularidad dominical».

**Tercero hipotecario.**—La aplicación del artículo 34 LH supone que en el momento de la adquisición del derecho, los adquirentes desconocen la inexactitud registral. Se consideran como terceros adquirentes a título oneroso de aquel que según el Registro de la Propiedad podía transmitir el dominio, de buena fe, al desconocer la inexactitud registral. (STS de 14 de octubre de 2002.)

HECHOS.—El 22 de septiembre de 1980, don A. M. B. como vendedor, celebró contrato de compraventa de la finca litigiosa, con don S. S. G., venta que en juicio penal por alzamiento de bienes se declaró nula en sentencia, que resultó firme el 15 de marzo de 1991. Por otro lado, el 26 de marzo de 1988 se dictó sentencia de remate contra ambos (comprador como titular registral, y vendedor) en juicio ejecutivo, donde ambos demandados permanecieron en rebeldía sin poner en conocimiento la situación procesal de la finca hasta el 14 de noviembre de 1990. Se adjudica dicha finca en subasta pública el 2 de octubre de 1990. El remate fue aprobado el 4 de octubre del mismo año a favor de las entidades S. S. A. y A. y V. S. A., sin embargo la escritura pública se otorgó por el Juez el 3 de abril de 1991, tras la declaración de nulidad de la compraventa.

Ante el Juzgado de 1.<sup>a</sup> Instancia de La Palma del Condado, se presentó demanda por parte de don A. M. B., por la que solicitaba la declaración de propiedad de la finca del actor, así como la nulidad de la escritura pública de adjudicación y de inscripción. Se desestimó la demanda por el Juzgado, y se recurre en apelación, desestimando nuevamente la Audiencia Provincial. Se presenta recurso de casación ante el TS con base en la infracción de los artículos 609 y 1095 CC, así como del artículo 34 LH. Se fundamenta la existente transmisión de la propiedad a través de la adjudicación judicial, sin necesidad de escritura pública; y la configuración de las entidades mercantiles adjudicatarias como terceros hipotecarios.

NOTA.—En lo que se refiere a la transmisión de la propiedad en subasta pública judicial, la sentencia anotada continúa con la línea jurisprudencial marcada en los últimos años, tales como la STS de 1 de septiembre de 1997, en la que se aclara que la expedición del testimonio en el que se documenta la venta judicial produce la tradición simbólica, de manera analógica a como sucedía anteriormente cuando se documentaba mediante escritura pública, ya que «la venta se perfecciona con la aprobación del remate y se produce la tradición con la plasmación de la venta en un documento público que antes era una escritura notarial y ahora es un testimonio expedido por el secretario» (FD 6.<sup>o</sup>). (P. S. S.)

**46. Competencia de los Tribunales de instancia.**—Es doctrina reiterada del TS la que declara que en los procedimientos relativos al dominio (acción reivindicatoria, acción declarativa), corresponde a los Tribunales de instancia la valoración de la prueba del dominio, y, en concreto, la determinación de la suficiencia del título de legitimación del propietario.

**Indeterminación de la finca.**—La acción reivindicatoria requiere, entre otros presupuestos, que no exista duda sobre la coincidencia entre el objeto reivindicado y aquel del que es propietario el demandante, que debe estar perfectamente determinado. (STS de 22 de noviembre de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—La demandante ejercitó una acción declarativa de dominio y una acción reivindicatoria frente a los demandados, e instó la declaración de nulidad de una escritura pública otorgada por estos en rectificación de los linderos y datos catastrales de una finca

registral, así como la nulidad de la inscripción correspondiente a la rectificación de los datos del inmueble. En ambas instancias se desestimó la demanda. En casación se impugnó la apreciación de la prueba y el TS desestimó el recurso. (C. J. D.)

**47. Acción de deslinde. Deslinde unilateral. La construcción unilateral de un muro de cierre de la finca colindante no elimina el requisito de la confusión de linderos.**—La existencia del muro construido por la demandada, al no ser aceptado por la actora, ni constar el mismo en documento público ni privado alguno ni haber sido reconocido como tal judicialmente, no puede ser tenido a priori como elemento delimitador de las fincas colindantes, por lo que se da la confusión de linderos que es presupuesto de la acción de deslinde (STS de 21 de junio de 1977).

**Acción reivindicatoria. La apreciación de la concurrencia del requisito de la identificación de la cosa es cuestión de hecho que pertenece a la apreciación del tribunal de instancia, no revisable en casación.**—Es reiterada doctrina jurisprudencial, a efectos del recurso de casación, la que considera que todo lo relativo a la identificación de la finca o cosa reivindicada es cuestión de hecho que no es revisable en casación —STS de 10 de junio de 1961—; que la identificación de la finca implica un juicio comparativo confiado al tribunal de instancia con carácter fáctico —STS de 7 de octubre de 1985—; y que el éxito de la acción reivindicatoria exige prueba cumplida de la identidad de la cosa, acreditando que el predio reclamado es precisamente el mismo a que se refieren los títulos y demás pruebas en que el actor funde su pretensión; problema que, por su carácter fáctico, está atribuido a la competencia del tribunal de instancia (STS de 30 de noviembre de 1988).

**Accesión invertida. Requisitos. La construcción de un muro sobre suelo ajeno con el fin de separar ambas fincas no puede reputarse edificio a los efectos de la accesión invertida.**—La doctrina jurisprudencial ha precisado los requisitos que han de concurrir para que se dé la accesión invertida y ha señalado como tales: *a)* que quien la pretenda sea titular de lo edificado; *b)* que el edificio se haya construido en suelo que en parte pertenece al edificante y en parte es propiedad ajena; *c)* que las dos partes del suelo formen con el edificio un todo indivisible; *d)* que el edificio unido al suelo del edificante tenga una importancia y valor superior al del suelo invadido; y *e)* que el edificante haya procedido de buena fe (STS de 22 de marzo de 1996). Tales requisitos no se dan en el presente caso. No puede calificarse como «edificio», según la definición que del mismo da el Diccionario de la Real Academia, el muro de hormigón construido para separación de ambas fincas. Todo el muro ha sido levantado en el terreno que se declara ser propiedad de la actora. Y, por último, no puede afirmarse la existencia de buena fe en quien, eludiendo acudir a los cauces procesales, para proceder al deslinde, ante la falta de acuerdo, procede de forma unilateral a deslindar las fincas mediante ese cerramiento de hormigón. (STS de 14 de octubre de 2002; no ha lugar.)

**HECHOS.**—La demandante ejercitó acumuladamente las acciones de deslinde y reivindicatoria frente a su colindante, el cual había amurallado unilateralmente su finca, apropiándose de una franja de terreno perteneciente a la de la actora. El demandado opuso, entre otras razones, la accesión invertida, que se habría operado a su favor, merced a la construcción del muro de cierre, que vendría a

tener más valor que la superficie ajena ocupada. El Juzgado de Primera Instancia de Cangas desestimó íntegramente la demanda. La Audiencia Provincial de Pontevedra estimó en parte el recurso de apelación de la actora y, asimismo, estimó parcialmente su demanda, condenando a los demandados al deslinde solicitado, así como a la restitución de la zona ocupada, así como a derribar el muro construido. El TS no dio lugar al recurso de casación planteado por el demandado. (*I. D. L.*)

**48. Propiedad horizontal: idioma de celebración de la Junta General ordinaria.**—A pesar de que el artículo 3.1 CE establece que el castellano es la lengua oficial del Estado, el TS considera que esto no impide que en las relaciones jurídico-privadas pueda utilizarse una lengua extranjera, si así lo aconsejan las circunstancias y la naturaleza del acto. Por lo tanto no puede considerarse un vicio la celebración en idioma inglés de una Junta General ordinaria, cuando su utilización está plenamente justificada (más de la mitad de los propietarios son de nacionalidad británica). (**STS de 15 de noviembre de 2002**; ha lugar.)

**HECHOS.**—Dos propietarios interponen demanda contra *Comunidad de Propietarios El Rancho*, solicitando la nulidad radical de la Junta General ordinaria, ordenando se celebre una nueva Junta en idioma español con traducción a tantos idiomas como propietarios de diferentes nacionalidades existan.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación, que es estimado por la Audiencia Provincial, declarando la nulidad de la Junta General ordinaria. El TS estima el recurso de casación y confirma la sentencia de primera instancia. (*S. E. M.*)

**49. Doctrina jurisprudencial sobre la venta de libros de texto por su precio fijo, pero obsequiando a los compradores con un veinticinco por ciento del total de la compra en puntos canjeables dentro del mismo centro comercial por artículos o productos distintos de los propios libros de texto.**—Las razones fundamentales de tal doctrina son las siguientes:

a) La Ley del Libro y el Real Decreto 484/1990, pese a la exigencia del precio fijo, no eliminan por completo el principio de libre competencia siempre que dicho precio se flexibilice sobre facturas diferentes de sí mismo.

b) Tal previsión normativa de la libre competencia establecida sobre factores diferentes del precio concuerda con la licitud de los obsequios o prácticas comerciales análogas, según el artículo 8 de la Ley de competencia desleal, cuando las ventajas a obtener se desvinculen de cualquier compromiso ulterior, así como con las posibilidades que abre el artículo 9 de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios.

c) En las campañas cuestionadas el precio del libro tenía que desembolsarse íntegramente, y la ventaja generada por su adquisición era únicamente un obsequio materializable en un objeto concreto del mismo establecimiento cuyo precio coincidiera con el valor del obsequio o al que se aplicara dicho valor.

d) El artículo 6.4 CC no es aplicable a una actividad ajustada a la Ley de competencia desleal en relación con el Real Decreto 484/1990, pues en tal caso ninguna norma se elude desde otra y, en definitiva, dicha actividad no supone más que el legítimo ejercicio de un derecho. (STS de 30 de mayo de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—La *Asociación de Libreros de Cartagena y su Comarca* demandó a una conocida sociedad propietaria de grandes superficies solicitando que se declarase como competencia desleal la práctica de vender los libros de texto con un veinticinco por ciento de descuento, que se prohibiera en sucesivas campañas esta práctica desleal, se indemnizara a la demandante en la cantidad que se fijase en ejecución de sentencia y se publicara en un periódico, a costa de la demandada, la condena que recayera en el procedimiento. El Juez de Primera Instancia desestimó íntegramente la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo estimó parcialmente y declaró como competencia desleal la práctica de vender los libros de texto con un veinticinco por ciento de descuento y prohibiendo a la demandada que vuelva a incurrir en esta práctica desleal en sucesivas campañas. La demandada recurrió en casación y alegó la jurisprudencia que versa sobre litigios promovidos contra la misma demandada por la venta de libros de texto en idénticas condiciones. El TS estimó el recurso de casación, rechazando íntegramente la demanda. (L. F. R. S.)

#### 50. Legitimación de las entidades de gestión de derechos de autor.—

Las entidades de gestión, una vez que están constituidas y autorizadas, tienen legitimación para hacer valer los derechos confiados a su gestión en toda clase de procedimientos judiciales y administrativos. En esta labor se incluyen aquellos derechos cuya gestión constituye el objeto de su actividad, conforme a los Estatutos que las rigen y no conforme a los concretos derechos individuales, en virtud de contratos con los titulares. Así, la *SGAE* posee legitimación activa para defender en juicio los derechos a los que se extiende su actividad (SSTS de 29 de octubre de 1999 y de 18 de octubre de 2001).

Se reconoce la legitimación de la *SGAE*, exigiendo únicamente la aportación de dos documentos: la autorización administrativa que habilite la gestión y los Estatutos debidamente aprobados. No es necesaria la acreditación documental de la relación contractual establecida entre la *SGAE* y los titulares del derecho de comunicación pública, pues eso haría ineficaz el sistema de protección y defensa. (STS de 15 de octubre de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—La *SGAE* demanda a la entidad *Radio Archipiélago S. L.*, emisora de radiodifusión, por haber llevado actos de comunicación pública de obras musicales sin contar con la debida licencia de la actora y sin abonar los correspondientes derechos. El Juzgado estima íntegramente la demanda, pero la Audiencia la revoca en apelación señalando la falta de legitimación *ad causam* de la actora. La *SGAE* interpone recurso de casación, donde el TS declara haber lugar al mismo. (S. L. M.)

**51. Constitución del derecho de superficie.**—El derecho de superficie supone la desmembración o una limitación fuerte del dominio y constituye una excepción al principio de *aedificium solo cedit* (art. 358 CC). Este derecho no puede presumirse, por lo que se ha de constituir expresamente, mediante la escritura de creación o algún otro documento justificativo, para que se reconozca su existencia (STS de 27 de marzo de 2001). La creación de este derecho entre particulares no requiere la inscripción registral (esta no tiene carácter constitutivo), ya que la eficacia de los contratos no depende de las formas externas, sino de la concurrencia de los requisitos que establece el artículo 1261 CC, salvo que se trate de contratos estrictamente formales. Cuando se persigan intereses particulares, el derecho de superficie no queda sujeto al requisito de inscripción registral constitutiva.

El principio de autonomía de la voluntad privada y la admisión de un sistema de *numerus apertus* en materia de creación de derechos reales han permitido la constitución de derechos de superficie cuando así lo convengan los interesados.

**Diversidad de normativa reguladora del derecho de superficie.**—A partir de 1956, el legislador empieza a regular esta figura en la Ley del Suelo, al considerarla que podría ser útil para promover la edificación sobre terrenos de la Administración. Esta ley permite que ese derecho sea constituido también por particulares, sin necesidad de que estos buscaran el perseguir fines de utilidad pública o interés general. La Ley del Suelo contiene preceptos imperativos y constituyen una excepción al principio de libertad de contratación y de autonomía de la voluntad privada, luego sólo puede explicarse su aplicación a aquellos casos en que existan finalidades de interés público (para los casos de intereses particulares se aplicará el Código civil).

Un sector de la doctrina entiende que el derecho de superficie puede revestir dos modalidades: 1) la urbana común (cuando se pretende la satisfacción de intereses particulares y se regula por las normas del Código civil); 2) la urbanística (es un instrumento que utiliza la Administración para intervenir en el mercado del suelo y promover la construcción de viviendas, y se rige por las normas de la Ley del Suelo). Los sujetos, la actuación de los mismos y las finalidades hacen necesaria tal diversidad normativa. (STS de 26 de noviembre de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—Don R. C. E. interpone demanda contra la *Asociación de Propietarios de Chalés y Parcelas Fuente del Fresno*, solicitando la nulidad del contrato de cesión de derecho de superficie que constaba en escritura pública, pues carecía de objeto (el derecho no se constituía sobre una parcela de la Asociación, sino sobre un local), de causa (por la imposibilidad de destinar el local a la finalidad prevista), y de forma (por no haberse logrado la inscripción en el Registro); igualmente se solicita la restitución a don R. C. E. de las cantidades pagadas a la Asociación. Esta pretende la validez del contrato de cesión del derecho de superficie y de la escritura pública correspondiente. El Juzgado de Primera Instancia desestima la pretensión del demandante.

Se presenta apelación ante la Audiencia Provincial. Esta declara probados una serie de datos: 1) el 10 de mayo de 1989 los litigantes celebran un pacto por el cual se acuerda la cesión a don R. C. E. del derecho de superficie sobre uno de los locales destinados para la

zona comercial de la urbanización; asimismo, el destino sería el de oficina de farmacia; 2) tras la construcción de los locales comerciales, la Asociación otorga escritura de obra nueva (inscrita en el Registro de la Propiedad); 3) en escritura pública de 29 de mayo de 1990, la Asociación cedió a don R. C. E. el derecho de superficie sobre el local acordado; 4) solicitada la inscripción, fue denegada porque los locales construidos no costaban inscritos como fincas independientes y porque no se considera posible constituir un derecho de superficie sobre algo que el concedente ya tenía construido. La Audiencia revoca la resolución de primera instancia y declara la nulidad del contrato de cesión y la devolución de la cantidad debida.

La Asociación formaliza el correspondiente recurso de casación, declarando el TS haber lugar al mismo. (S. L. M.)

## DERECHO DE FAMILIA

**52. Capitulaciones matrimoniales: modificación en perjuicio de acreedores: rescisión.**—Al pactar el cambio de régimen económico ya había nacido la obligación de pago al Banco de las cantidades descontadas por parte del marido fiador solidario; aun cuando la satisfacción de una obligación sea venidera debido a que su exigencia depende de un vencimiento futuro, y aunque antes no pueda ser judicialmente objeto de reclamación aquella deuda, no por ello el deudor o su fiador solidario están dispensados de observar una conducta que suponga detrimento de su solvencia inicial; por ello se acuerda la rescisión de las capitulaciones en las que se había pactado el régimen de separación de bienes y la adjudicación a la esposa de todos los inmuebles de la sociedad de gananciales.

**Estimación parcial de la demanda en primera instancia: no procede la imposición de costas al demandado en ninguna de las instancias.**—La imposición de costas en primera instancia sólo procedería si se hubiera apreciado temeridad, y al no haberse declarado así debe estimarse el recurso en este extremo. (STS de 27 de noviembre de 2002; ha lugar en parte.) (G. G. C.)

**53. Sociedad legal de gananciales: bienes privativos: artículo 1346 números 2.º y 6.º CC.**—Las sumas ingresadas en la sociedad conyugal procedentes de herencia y de una indemnización por daño a la persona, constituyen bienes privativos de la esposa, y al no haberse probado que la suma se destinara a la adquisición de bienes determinados, sino que, simplemente, confundida con el dinero ganancial se dedicó al sostenimiento de las cargas y obligaciones de la sociedad, procede, en aplicación del artículo 1364 CC que se reconozca su derecho a ser reintegrada de su valor a costa del patrimonio común. Debiendo rectificarse las partidas reconocidas de la liquidación de la sociedad en el sentido de reconocer a la esposa el crédito de la suma aportada en su día en concepto de bienes privativos, que deberá abonársele a cargo de los bienes remanentes, mediante los reajustes o venta de bienes en ejecución de sentencia. (STS de 14 de enero de 2003; ha lugar.) (G. G. C.)

**54. Venta de una vivienda de protección oficial.**—Cabe la posibilidad de venta de una vivienda de protección oficial por encima de su precio real; se trata con ello de evitar la descalificación (STS de 11 de julio de 1995). Sin

embargo, ello lleva consigo la imposición de unas sanciones administrativas. Esas sanciones se refieren a la prohibición de percibir un precio superior al precio máximo fijado, pero no al hecho mismo de la venta (la venta es válida). La venta de una vivienda de protección oficial por encima de los precios máximos de venta, aunque conlleve una sanción administrativa, no afecta a la validez de los contratos celebrados (STS de 4 de junio de 1993).

Los precios de adquisición de este tipo de viviendas permanecen constantes todo un año; a partir de la calificación se autoriza su actualización para sucesivas transmisiones. Las sucesivas transmisiones no se prohíben, y si se producen por encima de los precios máximos oficiales, no son radicalmente nulas, sino que se incurrirá en una infracción administrativa, con la correspondiente sanción y pérdida de beneficios.

**Valoración de las viviendas de protección oficial que forman parte de una sociedad de gananciales.**—El artículo 1410 CC señala que en lo no previsto en ese capítulo se observarán las reglas de la partición y liquidación de la herencia, es decir, permite la rescisión de la liquidación que cause perjuicio en más de la cuarta parte. Se ha de buscar la igualdad en la liquidación; para ello se tienen que hacer lotes y adjudicar a cada cónyuge cosas de la misma naturaleza, calidad o especie (se hace una aplicación analógica del art. 1061 CC). En cuanto a la valoración de la vivienda de protección oficial, esta ha de hacerse tomando el precio del mercado y no los precios oficiales tasados de venta. (STS de 14 de noviembre de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—Don I. A. M. promueve demanda contra su esposa, doña M. A. S. A. N., sobre disolución de sociedad de gananciales, suplicando se declare el deber de la demandada de formalizar en escritura pública las operaciones divisorias de los bienes de la sociedad de gananciales, conforme a lo acordado en el convenio regulador de la separación, aprobado por sentencia dictada en autos 311/89. Doña M. A. S. A. N. plantea reconvencción en la que suplica que se estime la acción de rescisión del acuerdo sobre liquidación de la sociedad de gananciales entre ambos cónyuges, se declare nulo el convenio liquidador y se decrete que dicha sociedad de gananciales no está liquidada. El Juzgado dicta sentencia por la que estima la demanda interpuesta por don I. A. M. y obliga a la demandada en todas las pretensiones de aquél.

Contra dicha sentencia se interpone recurso de apelación. La Audiencia Provincial lo desestima y confirma la resolución anterior. Se recurre en casación ante el TS, que declara haber lugar al mismo. (S. L. M.)

**55. Filiación matrimonial: legitimación activa para su impugnación.**—La reglamentación del Código civil sobre legitimación para el ejercicio de acciones de impugnación de la filiación aparece inspirada por el principio de que la investigación de la verdad biológica debe resultar atemperada por la necesidad de preservar la paz familiar y la intimidad de las relaciones matrimoniales, de tal forma que se establece un sistema en el que la legitimación activa aparece mucho más restringida que aquella que se fija para impugnar una filiación no matrimonial, en cuyo caso es también más limitada si media posesión de estado.



**Impugnación de la filiación no matrimonial después del matrimonio de los padres.**—Por el matrimonio de los padres el estado de la filiación de los hijos habidos antes cambia de régimen, y se cumple la prevención del artículo 119 CC de que el hecho de la filiación quede determinado legalmente con el hecho del subsiguiente reconocimiento, y tal reconocimiento deja sin efecto la indeterminación de la filiación no matrimonial en cuanto a la paternidad.

**Impugnación por hija de matrimonio anterior.**—No puede invocar el artículo 140 CC alegando que los derechos hereditarios que le correspondan en un futuro resultarán perjudicados, pues este precepto se refiere únicamente a la filiación no matrimonial, y en el presente caso la filiación se ha convertido ya en matrimonial a tenor del artículo 119 CC; en todo caso, y aun cuando se aceptara la aplicación a la recurrente del artículo 140 CC, en este caso, la acción habría caducado por el transcurso de cuatro años que establece el párrafo 2.º, y que fue oportunamente alegada en la instancia. (STS de 28 de noviembre de 2002; no ha lugar.)

NOTA.—La hija de matrimonio anterior impugna el reconocimiento que su padre realizó, al día siguiente de contraer matrimonio, subsiguiente a un divorcio, respecto de la hija habida anteriormente por su segunda esposa y reconocida inicialmente sólo por ella. Este supuesto permite recordar la fuerte discusión doctrinal, al tiempo de promulgarse la Ley de 1981, acerca de la subsistencia después de la reforma de la filiación legitimada *per subsequens matrimonii* [recogida por García Cantero, puesta al día de Castán, *Derecho Civil español, común y foral*, V-2, 10.ª ed. (Madrid 1995) pp. 138 ss.]. La mayoría de la doctrina ha entendido que la institución pervive, aunque no su denominación (no ha logrado éxito lo de *matrimonialización sucesiva*, probablemente por ser un neologismo poco eufónico) y, desde luego, sigue produciendo efectos, a veces un tanto sorprendentes. La hija sospecha que su padre ha hecho un reconocimiento de complacencia (su actitud procesal de rebeldía en este proceso parece confirmarlo). Se le opondrá que el artículo 140 sólo se refiere a la filiación no matrimonial [parece ser esta la opinión de Rivero Hernández, *Comentarios Ministerio de Justicia I* (Madrid, 1991) p. 517] y que la hija en cuestión ya es legítima. A mayor abundamiento, que aunque pudiera ampararse en aquel precepto, la acción había caducado. La paz de la nueva familia debe prevalecer sobre la eventual verdad biológica; cabría interrogarse si esta última afirmación es *ratio decidendi* o, más bien, *obiter dictum*. (G. G. C.)

## DERECHO DE SUCESIONES

**56. Partición sin liquidación previa o simultánea de la comunidad de gananciales: doctrina general.**—Con carácter previo hay que fijar la postura de esta Sala frente a la partición de la herencia de un causante cuando no se ha practicado, previa o simultáneamente, la liquidación de su comunidad de gananciales, sea esta única o sean dos por haber concurrido dos matrimo-

nios sucesivos. La nulidad de la partición no está regulada orgánicamente en el Código civil, sino que se aplica la normativa general de la invalidez del negocio jurídico; se producirá, por tanto, aquélla cuando falta un elemento esencial, cuando se contravenga una norma imperativa o prohibitiva, o cuando concorra un vicio de consentimiento, o un defecto de capacidad. Como presupuesto o elemento esencial se cuenta la determinación del patrimonio hereditario del causante, y para poder hacerlo es imprescindible la fijación del suyo y del cónyuge o herederos del mismo, correspondientes a su parte de los bienes gananciales; en otro caso, se estaría practicando una partición de patrimonio a sabiendas de que es parcialmente ajeno.

**El artículo 1409 CC: facultades de albaceas, contadores y partidores.**—El vigente artículo 1409 CC coincide con el texto del derogado artículo 1431 CC, y contiene una norma de liquidación de más de una comunidad de gananciales correspondientes a varios matrimonios sucesivos; presupone la falta de exacta constancia de los patrimonios gananciales y establece una primera exigencia de prueba y, subsidiariamente, una norma presuntiva. En el presente caso, nada se ha observado, sino que, simplemente, se ha ignorado una evidente comunidad de gananciales que ciertamente existió y nadie pone en duda, y se ha practicado una partición como si aquélla no hubiera existido; es decir, *sin la determinación del patrimonio que correspondía al causante, que no incluye a la parte de gananciales que correspondía a su primer cónyuge*. Es de tener en cuenta lo expresado en STS de 8 de marzo de 1995 que, en casos como el aquí comprendido, los albaceas, contadores y partidores están facultados para liquidar la sociedad de gananciales del primer matrimonio, como trámite previo a la del segundo, con intervención de los partícipes-herederos de la primera esposa del causante, y en la segunda sociedad ganancial, de la viuda y herederos del segundo matrimonio, nada de lo cual se ha hecho, ni siquiera intentado. (STS de 17 de octubre de 2002; ha lugar.)

**HECHOS.**—Dice el FD 1.º que el presente proceso es un *típico pleito de familia*. El matrimonio formado por don L. y doña R. tuvieron seis hijos, falleciendo la esposa en 1934; el viudo reiteró matrimonio en 1940 con doña E., unión de la que nació una hija. Nada se dice sobre las relaciones mantenidas por ambas familias a lo largo de tan dilatado período de tiempo. Una vez fallecido don L., se procede a la liquidación de la segunda sociedad de gananciales y a la partición de sus bienes sin haber liquidado la primera. Contra ella se alza uno de los hijos del primer matrimonio, que ve desestimada su demanda en ambas instancias. Con clara finalidad pedagógica la sentencias, de la que ha sido Ponente O'Callaghan Muñoz, estima el recurso y sienta la razonable doctrina extractada.

Este precepto ha atraído la atención de la doctrina [recogida en García Cantero, puesta al día de Castán Tobeñas, *Derecho Civil español, común y foral*, V-1.º, 12.ª ed. (Madrid 1994) pp. 562-564]. Su ámbito de aplicación es más amplio que su dicción literal, pues se ha dicho con razón que no es necesario que se trate de dos matrimonios disueltos, ni siquiera que haya disolución de algún matrimonio ya que se aplica igualmente a dos matrimonios declarados nulos sucesivamente; se requiere la concurrencia de un mismo cónyuge concurrente en ambas sociedades, pero no hay obstáculo para que en ambas sociedades los interesados sean las mismas personas [así,

García Urbano, *Comentarios Ministerio de Justicia II* (Madrid 1991) pp. 805]. La admonición dirigida a los prácticos me parece oportuna pues al supuesto clásico de la reiteración de matrimonio por el viudo se añaden ahora los frecuentes casos de nuevas nupcias postdivorcio. El llamamiento a la actuación en cada caso de albaceas, contadores o partidores, habrá que interpretarlo y adaptarlo a tenor de las circunstancias, pues puede haber un albacea o contador-partidor designado por el primer cónyuge que todavía conserven facultades de actuación al abrirse la sucesión del binubo. (G. G. C.).

## DERECHO MERCANTIL

**57. Propiedad industrial. Marca, nombre comercial y rótulo. Requisito de uso en España del nombre comercial.**—La doctrina del TS minimiza, hasta casi eliminar, el requisito del uso en España del nombre comercial como condición para su protección cuando sea la denominación o razón social de su titular, bastando entonces su utilización antecedente en el país de origen que a su vez sea signatario del Convenio de la Unión de París.

**Propiedad industrial. Marcas, publicidad y competencia desleal: interés protegido.**—La evolución de nuestro ordenamiento en materia de marcas, publicidad y competencia desleal, más todavía con el último paso constituido por la nueva Ley de marcas 17/2001 (*RCL 2001/3001*), establece que lo decisivo no es tanto el interés de los empresarios como la protección del consumidor, sujeto protegido que en el caso examinado sin duda era inducido a error en cuanto que el local sito en Madrid aparentaba estar avalado por el prestigio de una marca caracterizada por la alta categoría de sus establecimientos abiertos en muy importantes ciudades de Europa y Estados Unidos, hasta el punto de que, como se declara probado en la sentencia impugnada y consta documentalente en las actuaciones, incluso la prensa española asoció el local de Madrid a los que la entidad titular de la marca tenía en París o Nueva York. (**STS de 31 de mayo de 2002**; ha lugar.)

**HECHOS.**—La entidad mercantil *Caviar Petrossian, S. A.*, interpuso demanda contra *Grupo Madrid 89, S. L.* y *Petrosiam Madrid, S. L.*, solicitando, entre otras cuestiones, el cese del uso de la denominación Petrosiam y retirada de tal denominación del local cafetería bar que poseen los demandados en Madrid. El Juzgado de Primera Instancia número 12 de Madrid estimó la demanda. Recurrida en apelación, la Sección 14.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Madrid desestimó el recurso. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación. (*N. D. L.*)

**58. Nulidad de la marca: denominaciones genéricas.**—En virtud del artículo 11.a) y 11.b) LM 1988, no pueden registrarse como marca los signos genéricos (denominaciones que indican propiedades y caracteres comunes de los productos). El TS afirma que aun siendo factible que el titular de una marca descriptiva continúe con el uso de la misma si demuestra que dicha marca descriptiva ha adquirido un carácter distintivo, cuando se trate de una

denominación genérica de un producto o servicio, no es posible la subsanación de la causa de nulidad absoluta por el uso posterior por el titular o por un tercero. Por ejemplo, el TS considera que la denominación «Puente aéreo» para servicios en el transporte aéreo mercantil es genérica y, por ello, no es susceptible de constituir una marca registrada. (STS de 9 de mayo de 2002; no ha lugar.)

**HECHOS.**—*Iberia, Líneas Aéreas de España, S. A.*, formula demanda contra *Air España, S. A.*, solicitando que se declare a la actora titular de un derecho de propiedad industrial sobre el signo «Puente aéreo» y que se condene a la demandada al cese en la utilización de dicho signo, así como al pago de la correspondiente indemnización de daños y perjuicios. La demandada formula demanda reconvenicional en la que solicita la declaración de nulidad de la citada marca.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda formulada y desestima la demanda reconvenicional, ambas en todos sus términos. Interpuesto recurso de apelación por la demandada, la Audiencia Provincial lo estima, declarando la nulidad de la marca «Puente aéreo». El TS declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto e impone las costas a la sociedad recurrente. (S. E. M.)

**59. Derecho de marca: caducidad parcial.**—Es necesario matizar el contenido del artículo 4.4 LM 1988 que declara que el uso de una marca para un producto o servicio determinado sirve para acreditar tal uso con respecto a productos o servicios que la norma contempla, pudiendo el uso limitado de una parte de los productos o servicios integrados de la marca abarcar todos los productos y servicios de la misma clase del Nomenclátor internacional. Este precepto, además de conducir a una marca estática, resulta incompatible con la posibilidad de caducidad parcial del derecho de marca que contempla el artículo 54 de la citada ley; a la vez que resulta contrario a la normativa de Derecho comunitario [Directiva del Consejo de 21 de diciembre de 1988, (89/104 CEE)]. La jurisprudencia del TS (entre otras la STS de 5 de abril de 1994) considera necesario admitir la posibilidad de la caducidad parcial (tan sólo para los productos y servicios afectados), ya que así no se vacía de contenido el artículo 54 y se adecua el derecho interno a la normativa comunitaria (SSTS de 18 de marzo de 1995 y 8 de noviembre de 1996).

En apoyo de lo anterior, destaca el TS que la nueva Ley de marcas de 7 de diciembre de 2001, al tratar del uso de la marca en su artículo 39, no incorporó el párrafo cuarto del artículo 4 de la ley anterior, si bien mantiene la posibilidad de caducidad parcial de la marca (art. 60) e impone la obligatoriedad en el uso de la marca registrada. (STS de 24 de junio de 2002; no ha lugar.)

**HECHOS.**—La mercantil *United Distillers PLC* interpone demanda contra la mercantil *Bodegas Irache, S. L.*, por la que se solicita que se declare la caducidad por falta de uso de la marca «Parranda» para todos los productos que reivindica en la clase 33 del Nomenclátor.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda interpuesta. Contra la referida sentencia la sociedad demandante interpu-

so recurso de apelación, que estimó parcialmente la Audiencia Provincial declarando la caducidad parcial por falta de uso de la marca para los productos de la clase 33 del Nomenclátor, «Vinos de todas las clases, Aguardientes, Anisado y Licores», pero permaneciendo vigente para «Bebidas alcohólicas». El TS desestima en casación el recurso interpuesto por la mercantil demandante y confirma la sentencia de la Audiencia. (S. E. M.)

**60. La imitación de prestaciones e iniciativas empresariales ajenas es libre, salvo que estén amparadas por un derecho de exclusiva.**—Ha declarado esta Sala que el artículo 11 de la Ley de competencia desleal «proclama como principio la libertad de imitación, salvo si existe un derecho en exclusiva que la impida (STS de 7 de junio de 2000 en recurso 2484/1995) y que el uso concurrencial no reivindicado como excluyente no constituye competencia desleal (STS de 6 de junio de 1997 en recurso 1611/1993).

**Falta de exclusiva sobre la presentación de las sartenes, unido a la falta de singularidad en el mercado del sector.**—En suma, la recurrente pretende que el juicio del Tribunal sentenciador sobre la comparación del producto sea (*sic*) por el suyo o por el del Juez de Primera Instancia, pero lo hace deformando por completo el resultado de la prueba pericial practicada en la segunda instancia y olvidando que ni la presentación de las sartenes protegiéndolas con un cartón circular ni el fondo superior en celda estaban amparados por un derecho de exclusiva de la actora-recurrente, así como que tampoco eran algo singular en el mercado del sector. (STS de 13 de mayo de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Una conocida sociedad francesa y su filial española demandaron a una sociedad, a la que imputaban la infracción de la legislación de marcas y de competencia desleal al imitar las sartenes de las demandantes. El Juez de Primera Instancia negó la infracción de la legislación de marcas y estimó parcialmente la demanda por apreciar una serie de elementos similares en ambos modelos de sartenes que generaban el riesgo de confusión en el usuario medio. Interpuesto recurso de apelación por la demandada, se practicó en segunda instancia la prueba pericial que había sido admitida en la primera instancia pero que no llegó a practicarse por causa no imputable a la demandada. La Audiencia Provincial tuvo en cuenta ese dictamen para admitir el recurso y desestimar completamente la demanda, al considerar que las características comunes entre los dos modelos de sartenes eran extensibles a otros muchos fabricantes del sector. (L. F. R. S.)

**61. Competencia desleal: consideración desde la perspectiva de los concurrentes en el mercado.**—«La competencia libre en el mercado es sancionadora de una ilícita concurrencia entre los protagonistas empresariales no sólo en la línea definitoria y evolutiva, sino, en especial, al socaire de la Ley 3/1991, de 10 de enero. Hablar de competencia desleal *ab initio*, como así se llama la ley, aduce a una concurrencia mercantil en el mercado, en el que se presenta la actividad de las empresas intervinientes y, que afin, con el principio constitucional de libertad de mercado, esa competencia, concurrencia o participación ha de ser libre o sin cortapisa alguna, en el bien entendido, siem-

pre que se respete la del otro o la de los demás, y de ahí que se hable de desleal o no leal, esto es no respetuosa con los intereses de los demás, cuando el comportamiento del concurrente discorra en actos irregulares o perjudiciales para los demás o contrarios a esa lealtad que determina que se condene lo que así se obtenga no dentro del juego de la libertad competitiva, sino por el empleo de arduos que aprovechen para sí lo que se ha logrado con el esfuerzo de otros. No es leal cuando se contraviene la buena fe en ese mercado concurrente o se actúe vulnerando los principales elementos de respeto a lo ajeno o se consigan logros no por el esfuerzo propio, sino por la apropiación de lo así conseguido por los demás. De ahí que la competencia desleal, considerada en su primera delimitación, juega solo entre los entes concurrentes en el mercado, y así fue la inicial o histórica respuesta de su normativa sancionada, en su anterior ordenación: tutelar intereses que se perjudican por actos desleales de la competencia. En una fase posterior se proyectó la disciplina en relación con el destinatario del fenómeno concurrente, en torno a los intereses de los receptores de la citada concurrencia, los usuarios, ya que era lógico que, sin esta tutela, padecerían el riesgo o perjuicio de la confusión por imitarse como auténtico lo que no lo era. Tutela, pues, del empresario concurrente y del usuario o consumidor son ambos polos que subsumen el postulado de la legislación imperante como así lo reconoce nuestra Ley especial 3/1991, de 10 de enero, y subraya su Exposición de Motivos que, incluso, se incorpora como novedad, el tríplico de protección, tanto de los intereses privados de los empresarios como el colectivo de los consumidores, como el público en general (SSTS de 6 de junio y 17 de julio de 1997, 22 de enero y 29 de octubre de 1999, 19 de febrero y 16 de junio de 2000, 28 de septiembre de 2001, 30 de mayo y 20 de septiembre de 2002 y 14 de julio de 2003)».

**Acción de cesación por competencia desleal.**—La Ley se encarga de abarcar en su presupuesto de legitimación ambos ataques a la lealtad concurrente. «Cuando es el empresario el perjudicado, puede accionar demandando la tutela del artículo 19.1, que dice así: “*Cualquier persona que participe en el mercado, cuyos intereses económicos resulten directamente perjudicados o amenazados por el acto de competencia desleal, está legitimada para el ejercicio de las acciones previstas en los cinco primeros números del artículo anterior*”. Cuando el ilícito perjudique directamente al consumidor, su legitimación está prevista tanto individual como colectivamente, a través de las Asociaciones que la representen *ex* artículo 19.2: “Las acciones, contempladas en los números 1 a 4 del artículo anterior, podrán ejercitarse además por las siguientes entidades: a) Las asociaciones, corporaciones profesionales o representativas de intereses económicos cuando resulten afectados los intereses de sus miembros, b) Las asociaciones que, según sus estatutos, tengan por finalidad la protección del consumidor. La legitimación quedará supeditada en este supuesto a que el acto de competencia desleal perseguido afecte directamente a los intereses de los consumidores”, STS de 14 de julio de 2003.»

**Prescripción de la acción de cesación por competencia desleal.**—«El artículo 21 para la fijación del cómputo inicial del plazo de un año establece dos momentos: el que corresponde a aquel en el que la acción puede ejercitarse y cuando el legitimado activamente tiene conocimiento, que debe ser preciso y suficiente, de la persona que realizó el acto de competencia desleal. Se trata de un conocimiento identificador. El artículo 21 obliga a que se tengan en cuenta los dos requisitos que comprende, es decir, el momento en que las acciones pueden ser ejercitadas y el del conocimiento de la persona que realizó el acto constitutivo de competencia desleal, actuando como primero y

básico que el acto ilícito efectivamente se haya producido y llegue a saberlo el que resulte perjudicado por el mismo, lo que puede coincidir en ese momento la identificación del que resulte ser su autor o, en otro caso, la norma contiene una especie de pausa, en cuanto autoriza la espera para llegar a precisar quién va a asumir la posición de demandado en el pleito que se promoverá, pues es entonces cuando opera el cómputo prescrito de un año y entra en juego, con todos sus efectos negativos, operando la inactividad del interesado en promover el ejercicio de las acciones del artículo 118». (STS de 25 de julio de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—En enero de 1986 el recurrente J. A. C. constituyó con otras personas la empresa *Óptica Cuéllar, S. A.* El 5 de abril de 1993 vendió sus participaciones a su esposa e hija y en julio de 1993 estas últimas vendieron sus participaciones a los otros socios. El recurrente decidió registrar como marca y rótulo de establecimiento *Óptica Cuéllar*, lo que fue concedido a pesar de la oposición de la de la demandante *Óptica Cuéllar, S. L.*, abriendo un establecimiento bajo esta denominación. La sociedad demandante envió al demandado, hoy recurrente, por conducto notarial, el 14 de septiembre de 1993, carta en la que le hacía saber su intención de proseguir dos vías jurídicas diferentes para oponerse a su actuación: una de ellas, la oposición a la concesión del rótulo de establecimiento y, la otra, las acciones que regula el artículo 18 de la Ley de competencia desleal.

En sentencia dictada en recurso de apelación por la Audiencia Provincial de Zaragoza, revocando la sentencia absolutoria dictada por el Juzgado de Primera Instancia, se declaró que el demandado había realizado el acto de competencia desleal contra la sociedad actora y le condenaba a cesar en la actividad desleal declarada y para ello debía cesar en la utilización del rótulo de su establecimiento, así como cesar en la utilización del signo distintivo *Óptica Cuéllar* para distinguir las actividades de su establecimiento abierto al público, condenándole, por último, a indemnizar a la actora en la cantidad que se determinara en ejecución de sentencia.

NOTA.—Puede ser que se atente al *prius* de la tutela, o se perjudique al empresario o por el comportamiento concurrente objetivamente contrario a la buena fe, artículo 5, o por el aprovechamiento indebido por otro, de su reputación o esfuerzo —art. 6.1 de la Ley—. También se puede perjudicar al consumidor cuando, a resultas de ese ilícito, se le confunda con la actividad, las prestaciones o el establecimiento ajenos o sobre la procedencia de la prestación o producto consumido. Cabe también que no exista esta dualidad en el daño producido en el empresario y en el consumidor y que sólo afecte o perjudique a uno de ellos, sobre todo, en el caso de concurrencia desleal o aprovechamiento del esfuerzo ajeno —tutela del empresario— y, entonces, esa conducta subsumible en el ilícito no puede quedar inmune.

La tutela del consumidor no sólo encuentra protección en la Ley de competencia desleal, sino que, además, cuenta con la diáspora de legislación de la propiedad industrial —Ley de patentes, Ley de marcas— e incluso, a través de la más genérica Ley 26/1984 de 19 de

julio, general para la defensa de los consumidores. El Preámbulo de la última norma mencionada explica el porqué de esta tutela al consumidor: «La Ley disciplina directa e indirectamente la actividad concurrential. El hecho de que a la hora de establecer el cauce jurídico de esa actividad haya tenido en cuenta, muy especialmente, por cierto, los intereses de los consumidores no significa que haya invadido terrenos que no son propios de su regulación; significa simplemente que, en el trance de reglamentar los comportamientos de los operadores del mercado, se ha guiado por la necesidad de reforzar la posición del consumidor como parte débil de las relaciones típicas del mercado». (M. F. N. C.)

**62. Modelo industrial. Objeto de protección: «todo» en relación a sus partes integrantes. Interpretación.**—En el artículo 182 del Estatuto de la propiedad industrial de 26 de julio de 1929 se recoge el concepto de modelo industrial. Del artículo 184 se deriva que el registro protege el objeto que se obtiene mediante el modelo industrial entendido como un todo, mas no las diferentes partes que lo componen. El precepto citado describe como indicativos de un todo relevante y unas partes necesarias para su integración, partes que, aisladamente, para nada sirven y que no tienen autonomía para su reproducción aislada y útil, comercialmente hablando, por lo que sólo cuentan o tienen sustantividad en cuanto integran ese todo. Los ejemplos normativos son, entre otros, los naipes o las piezas del juego de ajedrez.

**Competencia desleal. Acto de confusión.**—Con la elaboración y posterior distribución de productos amparados por un derecho exclusivo y excluyente, cual es el modelo industrial, el público consumidor entenderá que entre el titular del derecho y quien realiza la explotación existe algún acuerdo. Dado que no existe, el titular registral no puede controlar que dichos productos reúnan las condiciones de calidad que a él se le presuponen, lo que puede perjudicar notablemente a quien los compra. El público consumidor puede verse engañado cuando realice la adquisición pensando que es un producto del titular registral, o que, cuando menos, ha pasado satisfactoriamente los controles de calidad del mismo, y, en realidad, se trate de un producto elaborado y comercializado por quien no es titular del derecho.

**Protección de modelos industriales referidos a piezas de carrocería.**—Existe en nuestro Derecho por varias razones: en primer lugar, porque la oficina Española de Patentes viene admitiendo en España los depósitos de modelos industriales referidos a piezas de carrocería de automóviles, siendo publicados en el *Boletín Oficial de la Propiedad Industrial*; en segundo lugar, porque en la Clasificación Internacional de los Diseños y Modelos Industriales establecida por el Arreglo de Locarno de 1968, ratificada por España el 2 de julio de 1973, se establece una lista de clases y subclases, en la que se incluye la parte de la carrocería de un vehículo automóvil. (STS de 3 de octubre de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—La demandante *Ford-Werke Aktiengesellschaft* es titular registral de un modelo industrial internacional DM/009246 que tiene por objeto la aleta delantera del vehículo a motor fabricado con la denominación comercial de *Ford Fiesta*.

La demandada *Construcciones Metálicas Aguirre, S. A.*, fabrica para el mercado de repuestos el mismo modelo industrial que es



objeto de inscripción en el Registro Internacional de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual.

La actora ejercita la pretensión de protección de sus derechos de fabricación exclusiva de la mencionada aleta; la demandada ejercita demanda reconvenicional solicitando la nulidad del modelo industrial.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda y desestima la acción reconvenicional; el recurso de apelación interpuesto por la demandada es estimado por la Audiencia Provincial que, en consecuencia, declara la nulidad del modelo industrial. (*B. F. G.*)

**63. Propiedad Industrial. Modelos de utilidad: actividad inventiva.**—Los modelos de utilidad precisan actividad inventiva, y así se les denomina reiteradamente como creaciones de menor intensidad inventiva (en la variada terminología jurisprudencial, se emplean, entre otras, las expresiones de «pequeños inventos», «medio inventos», «invenciones menores», «invenciones de menor importancia» y «modestia inventiva») que las creaciones patentables, limitándose además a aquellas invenciones que, a través de la forma de un objeto, se traducen en una mejora de tipo práctico, en una ventaja en su empleo o fabricación, cuya posición, en general, es extrapolable a las situaciones surgidas bajo el régimen de la Ley 11/1986, la cual, en su artículo 143, ya no ofrece duda sobre la nota de la actividad inventiva en los modelos de utilidad.

**Propiedad Industrial. Modelos de utilidad: características.** Los modelos de utilidad son invenciones para un obrar industrial, que se distinguen por dos notas fundamentales: la forma de un objeto y la ventaja técnica; la primera, se refiere tanto a la configuración externa como a la interna, dada la amplitud de los términos indicados en el artículo 143 de la Ley 11/1986 («configuración, estructura o constitución»); la segunda, detallada en el mismo precepto como «prácticamente apreciable» supone un fin útil, que sea razonable y se pueda reconocer sin dificultad. (*STS de 22 de abril de 2002*; no ha lugar.)

**HECHOS.**—La entidad *Burdinola, Sociedad Cooperativa* demandó por los trámites del juicio declarativo de menor cuantía a la compañía Romero, muebles de laboratorio, S. A. por violación de modelo de utilidad y competencia desleal. El Juzgado de Primera Instancia núm. 34 de Madrid desestimó la demanda. Recurrida en apelación, la Sección 18.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Madrid estimó en parte el recurso. El TS declaró no haber lugar a la casación. (*N. D. L.*)

**64. Contrato de descuento: concepto y requisitos.**—El Banco entrega dinero por letras de cambio que recibe «*salvo buen fin*», de tal modo que si no son pagadas a su vencimiento sin mediar culpa del tenedor puede recabar del descontatario la suma anticipada por aquél y recibida por éste, para lo que está habilitado por una acción causal con sustantividad propia, diferente de la cambiaria, sujeta al plazo de prescripción de quince años, y, si bien la jurisprudencia tiene declarado que la obligación fundamental que compete a los Bancos descontantes, una vez producido el impago de las cambiales descontadas, es devolver éstas al librador descontatario con la misma eficacia jurídica que

tenían cuando le fueron entregadas a virtud del contrato de descuento (SSTS de 18 de marzo de 1987, 3 de abril y 22 de diciembre de 1992 y 28 de junio de 2001), asimismo, constituye presupuesto imprescindible para la restitución de las cambiales descontadas por el descontante al descontatario, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley cambiaria y del cheque, que, ante su impago por el aceptante, aquél hubiera recibido el importe de las mismas en los términos del contrato de descuento. Dicho requisito deriva tanto de la posición de desventaja, a los efectos del ejercicio de la acción de reembolso, en que quedaría la entidad bancaria al desprenderse de las letras descontadas sin su previo reintegro por el descontatario, como de la situación de enriquecimiento injusto de éste, a quien se anticipó el líquido resultante de la operación de descuento, y, no obstante su oportuna presentación al cobro a su vencimiento a los librados aceptantes realizada por el descontante y de la correspondiente declaración de impago, queda liberado sin haber abonado el importe de las mismas. (STS del T. S. de 24 de junio de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—La entidad *Caja Insular de Ahorros de Canarias* promovió demanda de juicio declarativo de menor cuantía sobre reclamación de cantidad contra la *Inmobiliaria Samimar, S. A.* La sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 9 de Las Palmas de Gran Canaria estimó la demanda. Recurrida en apelación, la Sección 1.ª de la Audiencia provincial de Las Palmas estimó en parte el recurso. El TS ha declarado haber lugar a la casación. (N. D. L.)

**65. Doctrina jurisprudencial sobre los avales a primer requerimiento.**—La entidades demandadas, como ya se indicó, han celebrado un seguro de caución con cláusula anexa de aval a primera solicitud, operación respecto a cuyo contenido y efectos existe una consolidada doctrina de esta Sala (SS de 3 de mayo y 10 de noviembre de 1999; 17 de febrero, 30 de marzo, 5 de julio y 13 de diciembre de 2000, y 12 de julio de 2001, por citar sólo las más recientes) que puede resumirse en la siguiente forma:

1) Aunque la naturaleza jurídica de las operaciones del tipo de la de autos sea discutida y las denominaciones que se les atribuyen sean diversas, los avales a primer requerimiento están plenamente admitidos, por constituir garantías de carácter personal atípicas que se establecen al amparo del principio de autonomía de la voluntad, cuya vigencia en el ámbito de la contratación reconoce el artículo 1255 del Código Civil.

2) Dichas garantías no pueden calificarse de accesorias de otro contrato principal, ya que al garante no le es permitido oponer al asegurado o beneficiario otras excepciones que las que derivan del aval mismo.

3) La obligación que asume el garante es, además, absolutamente independiente de las contraídas en virtud de otro contrato por el tomador al que presta su aval. Ello, sin perjuicio de las acciones que eventualmente surjan a favor de dicho garante, como consecuencia de los pagos que se vea precisado a realizar.

4) En consecuencia, la obligación de pago de la aseguradora que ha formalizado uno de estos contratos surge de forma cuasi automática ante el simple requerimiento del asegurado, quien no precisa acompañar justificación

alguna del tomador del seguro. Tampoco es necesario recabar la conformidad expresa o tácita de éste.

5) Únicamente se permite al garante, en aras de la buena fe contractual y en evitación de cualquier enriquecimiento injusto del asegurado, acreditar que el deudor principal ha cumplido su obligación, produciéndose una inversión de la carga de la prueba en cuanto a la demostración de este particular.

**La única excepción que corresponde al avalista a primer requerimiento es la demostración de la existencia de mala fe o enriquecimiento injusto por parte del asegurado.**—Es doctrina consolidada la de que la única resistencia posible por parte de quien avala a primer requerimiento es la que excepcionalmente resulte de la cumplida demostración de existencia de mala fe o de enriquecimiento injusto por parte del asegurado, cuyo acreditamiento, con inversión de la carga de la prueba, incumbía personalmente a la aseguradora a tenor de lo convenido en el artículo 9 de las Condiciones Generales. (STS de 29 de abril de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Los asegurados de un seguro de caución con cláusula de aval a primer requerimiento reclamaron a su deudor y a la compañía de seguros las cantidades adeudadas, correspondientes a la cancelación de diversas hipotecas relacionadas con los locales que habían adquirido. La compañía de seguros excepcionó que algunos de los reclamantes no eran ya propietarios de los locales y que, de accederse a su reclamación, gozarían de un enriquecimiento injusto. El juez de primera instancia estimó parcialmente la demanda, al considerar que uno de los demandantes carecía de acción, por no ser propietario de ninguna de las fincas cuya cancelación de hipotecas se reclamaba. La Audiencia Provincial acogió el recurso de apelación estimando íntegramente la demanda. El TS desestimó el recurso de casación. (L. F. R. S.)

**66. Letra de cambio. Aval en documento separado: valor.**—La forma de afianzar el cumplimiento de las obligaciones cambiarias es el aval formulado en el propio texto de la letra o en su suplemento como claramente se dice en el artículo 36 de la Ley Cambiaria, y para exigir el aval constituido en documento aparte, el acreedor no dispone de otra acción que la extracambiaria, y para ello de acuerdo con la norma del artículo 1214 CC, ha de probar la existencia de la deuda extracambiaria cuyo pago reclama, ya que el aval en documento separado produce únicamente los efectos de una fianza ordinaria (STS del T. S. de 3 de junio de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad mercantil *Playa Paz promociones S. A.*, interpuso ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Cuatro de Las Palmas de Gran Canaria demanda por reclamación de cantidad contra *Hebomi S. A.*, don A. L. T. T., y don N. I. G. La sentencia de instancia estimó parcialmente la demanda. La representación procesal de don A. L. T. T. formuló recurso de apelación, la Sección 1.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Las Palmas estimó el recurso y revocó parcialmente la sentencia de instancia. El TS ha declarado no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

**67. La calificación del contrato es función privativa de los tribunales de instancia.**—Sobre esa función calificadora de la instancia se decía en S de 20 de diciembre de 2001: «...Conviene recordar como dice la S de 10 de octubre de 1989, que la calificación jurídica de todo contrato corresponde a una labor de interpretación y esta es facultad privativa de los Tribunales de instancia y su criterio ha de prevalecer en casación, aún en caso de duda, a no ser que el resultado fuese notoriamente ilógico, la S de 20 de febrero de 1990, que rechaza la recalificación de un contrato debidamente conformado por la Sala en uso de su soberanía enjuiciadora sin que hubiere dado lugar a revisar la calificación al no incurrir la Sala sentenciadora en ningún desvío de ilegalidad o de irrazonabilidad...». SS de 25 de marzo de 1991; 23 de octubre de 1995; 15 de junio de 2000. Asimismo en S de 21 de septiembre de 2001: «...la interpretación y calificación del contrato es función que corresponde al Tribunal de instancia, a no ser que sea ilógica, absurda o contraria a Derecho; y tal calificación debe mantenerse, como ha dicho reiteradamente la Sala en SS de 14 y 30 de marzo, 26 de mayo y 8 de junio de 2000...».

**Indemnización por clientela a consecuencia de la denuncia unilateral del contrato de suministro.**—No se puede exonerar a la concedente infractora de asumir las consecuencias de una resolución unilateral, que si bien prospera en cuanto a la extinción del contrato de suministro por su conformación *intuitu personae*, no por ello desprotege a quien, como la recurrida, con su larga trayectoria comercial adscrita a la recurrente—más de veintiséis años ha impulsado el negocio de distribución, ha propiciado un superior agiotaje para los intereses de la recurrente—, todo lo cual conforma un conjunto integrador del acervo comercial o fondo de comercio, y comporta la denominada «clientela» como realidad económica, que ha de resarcirse por quien se aproveche de aquellos aportes, pues, de lo contrario se produciría un evidente enriquecimiento injusto a su favor y en perjuicio de la promotora de esa laboriosa trayectoria profesional. SS de 17 de mayo y 12 de junio de 1999 y de 26 de julio de 2000, entre otras varias. (STS de 3 de mayo de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Las demandantes reclamaban a la demandada las cantidades que les adeudaba a consecuencia del contrato de suministro que les había ligado. Las demandadas se opusieron reconociendo adeudar unas cantidades inferiores a las reclamadas; asimismo, formularon reconvencción, pidiendo una indemnización por clientela, debido a la denuncia unilateral del contrato de suministro por parte de las demandantes. El Juez de Primera Instancia estimó la demanda y desestimó la reconvencción, pero la Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso de apelación, fijando la condena de la demandada en una cantidad inferior y dando lugar a la reconvencción. El TS no dio lugar al recurso de casación. (L. F. R. S.)

**68. Doctrina jurisprudencial acerca de la indemnización a consecuencia de la denuncia unilateral del contrato de distribución de duración indefinida.**—El contrato de distribución, al tratarse de un contrato atípico, ha planteado problemas especialmente en relación con la extinción producida por declaración unilateral de la parte concedente. Hay que partir de que cabe tal extinción si el contrato se ha pactado por tiempo indefinido; puede, también pactarse un plazo de preaviso de la extinción, que de no respetarse, implicaría un incumplimiento contractual. La reiterada jurisprudencia

cia sobre este tema se ha centrado, en gran parte, en la indemnización que debe percibir el distribuidor por la extinción unilateral del concedente. La sentencia de 27 de mayo de 1993, recogiendo jurisprudencia anterior, se ha referido especialmente al factor de la clientela: «tratándose de un contrato de distribución en exclusiva sin fijación de plazo o por tiempo indefinido, no supone incumplimiento contractual de aquella sociedad, pero, siguiendo la línea jurisprudencial establecida en la S 22 marzo 1988, no puede en modo alguno excluirse la consecuencia indemnizatoria, y ello no sólo en los supuestos en que pactada la necesidad de un preaviso, se hubiera prescindido del mismo, en términos de mayor generalidad, se hubiera deducido abusivamente la resolución del vínculo (STS de 11 febrero de 1984, ya citada), sino también en aquellos otros en los que la denuncia unilateral del contrato vaya seguida de un disfrute por parte del empresario representado de la clientela aportada por el agente, supuestos en los que la doctrina científica sostiene la existencia de un enriquecimiento por parte del concedente de la exclusiva que habrá de ser compensado al agente, si no queremos que pueda ser calificado de enriquecimiento sin causa». Y la S de 31 de octubre de 2001, también apoyándose en anteriores sentencias, impone requisitos mínimos para dar lugar a la indemnización. Tal como dice la S de 17 de mayo de 1999 y reitera la de 13 de junio de 2001, la resolución unilateral del contrato de distribución, a falta de plazo de duración y de plazo de preaviso, sólo da lugar a indemnización si se realiza sin justa causa o con abuso de derecho y si se prueban los daños y perjuicios.

**La carga de la prueba del carácter abusivo de la denuncia corresponde al distribuidor.**—En el contrato de distribución, el distribuidor que reclama la indemnización por extinción unilateral sufre la carga de la prueba de que se ha realizado sin justa causa o con abuso de derecho y que le ha producido daños y perjuicios. (STS de 3 de octubre de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—La demandante reclamó a la demandada la cantidad que le adeudaba a consecuencia de un contrato de distribución. Además de oponerse, la demandada formuló reconvencción, solicitando una indemnización debido a los daños ocasionados por la brusca ruptura del contrato de distribución de duración indefinida por parte de la concedente. El juez de primera instancia estimó parcialmente la demanda y la reconvencción. La Audiencia Provincial acogió el recurso de apelación interpuesto por la demandante reconvenida, desestimando íntegramente la reconvencción, por tratarse de un contrato de distribución que no contenía pacto de exclusiva ni exigencia de preaviso para su extinción y no haberse probado por parte del demandado reconviniente el carácter abusivo de la denuncia unilateral formulada por el reconvenido. El TS rechazó el recurso de casación. (L. F. R. S.)

**69. El deber de información por el asegurado: artículo 10 LCS.**—Las aseguradoras sólo se eximen de su deber de indemnizar en los casos de culpa grave o dolo en el asegurado, que no da a conocer circunstancias que pueden influir en la valoración del riesgo y que, de conocerlas el asegurador, hubieran influido decisivamente en su voluntad de contratación (art. 10 LCS). Según reiterada jurisprudencia, el concepto de dolo (art. 1269 CC) no sólo comprende la insidia directa e inductora, sino también la reticencia dolosa del que

calla o no advierte debidamente (entre otras, SSTS de 20 de enero de 1964, 26 de octubre de 1981 y 31 de diciembre de 1998). El TS afirma que es posible la calificación de doloso del comportamiento del asegurado que, a la hora de contratar un seguro de accidente y de verse sometido a un cuestionario relativo a su estado de salud, silencia un padecimiento de epilepsia que requiere un tratamiento diario.

**Doctrina de los actos propios.**—La mayoría de la jurisprudencia considera que el principio general que impide ir contra los propios actos, como límite al ejercicio de un derecho subjetivo o de una facultad, precisa que entre un comportamiento anterior y una pretensión actual exista una incompatibilidad o contradicción (entre otras, SSTS de 27 de enero y 24 de junio de 1996, 23 de julio de 1998, 30 de marzo y 9 de julio de 1999, 28 de enero y 9 de mayo de 2000). No se contraviene dicho principio cuando el significado de los hechos precedentes que se invoquen tenga un carácter ambiguo, o carezcan de la trascendencia necesaria. Considera el TS que la estimación parcial de una demanda (consignación de una determinada cantidad de dinero) no enerva una posición principal de desestimación de la pretensión inicial de la demandante. (STS de 26 de julio de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Don C. M. G. C. y doña I. P. C. interponen demanda contra la mercantil *Euroseguros S. A.* sobre reclamación de cantidad.

El Juzgado de Primera Instancia dicta sentencia y estima la demanda interpuesta. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial revoca la sentencia y absuelve a la compañía *Euroseguros S. A.* Los demandantes interponen recurso de casación y el TS declara no haber lugar al mismo. (S. E. M.)

**70. Contrato de seguro. Falta de cuestionario del artículo 10 LCS y vulneración del principio de buena fe.**—En el caso de autos el hecho no era ni futuro ni, para la tomadora del seguro, incierto, sino, muy al contrario, pasado, porque el fallo o defecto afectaba al propio proceso de producción, y además absolutamente cierto, porque a las reclamaciones ya recibidas y a las reparaciones ya efectuadas antes de la conclusión del contrato se unía un pronóstico totalmente seguro de futuras y numerosas reclamaciones y reparaciones fundadas en ese mismo hecho anterior a la conclusión del contrato, es decir, el fallo o defecto generalizado del producto. Ahora bien, no necesariamente será nulo sin más todo seguro similar al aquí examinado cuando el fallo de fabricación del producto sea anterior a la conclusión del contrato, pues la ignorancia de ese fallo por ambas partes podría dejar subsistente la nota de la aleatoriedad, sino que, en caso de ocultación de ese fallo y de las reclamaciones y reparaciones subsiguientes desaparecen inevitablemente la incertidumbre y aleatoriedad para una de las partes contratantes y, en consecuencia, el deber del asegurador de someter el cuestionario al tomador pierde relevancia en comparación con el principio de buena fe que informa el contrato de seguro, principio que, en lo que aquí interesa, se manifiesta en los artículos 11 y 12 LCS, pues no cabe desconocer que, en el caso examinado, después de celebrarse el contrato la tomadora del seguro siguió ocultando a la aseguradora un alto porcentaje de reclamaciones, e impidió así que ésta valorase la agravación del riesgo y actuara en consecuencia. A este respecto son bien ilustrativas las SSTS de 22 de febrero de 2001 y 9 de julio de 1994: la primera, negando

legitimación a quien había concertado el seguro a través de un testaferrero para ocultar un anterior siniestro, y dando en tal caso prevalencia al artículo 7.1 CC precisamente sobre el artículo 10 LCS; y la segunda, rechazando la cobertura de los daños en una cosecha anteriores a la concertación de la póliza porque el artículo 10 LCS no podía favorecer al asegurado «dadas las peculiaridades del contrato de seguro, que exige al máximo la concurrencia de la buena fe». En suma, erigir la falta de cuestionario en causa de exoneración de la recurrente, pese a haber ocultado ésta a la aseguradora el fallo generalizado del producto y las reclamaciones y reparaciones tanto anteriores como posteriores a la conclusión del contrato, conduciría al absurdo de imaginar cuestionarios previos a un seguro de incendio que preguntan si el asegurado ya se había muerto, previos a un seguro de incendio que preguntaran si éste se había producido ya o, en fin, previos a un seguro de responsabilidad civil similar al litigioso que preguntaran si los productos fabricados eran defectuosos y por esa razón se estaban recibiendo numerosas reclamaciones y teniendo que efectuar las consiguientes reparaciones. Y es que el cuestionario del artículo 10 LCS se refiere a la valoración del riesgo y no a la propia existencia o inexistencia de éste ni al siniestro ya acaecido; a lo que cabe añadir que una cosa es asegurar la responsabilidad civil y otra muy distinta desplazar conscientemente sobre el asegurador, a voluntad del tomador, una parte del coste cierto de obligaciones ya nacidas antes de celebrar el contrato. (STS de 14 de junio de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Las mercantiles *Ninilika, S. L.* y *Tragsa, Empresa de Transformación Agraria, S. A.* interpusieron demandas que fueron acumuladas sobre nulidad de rescisión contractual que fueron acumuladas contra *Seguros Plus Ultra, S. A.* que a su vez formuló reconvencción. El Juzgado de Primera Instancia número 5 de Vitoria desestimó y estimó parcialmente las demandas reconventionales. Interpuestos por *Vinilika, S. L.* y *Tragsa* contra dicha sentencia sendos recursos de apelación, y adherida a la impugnación la demandada-reconviniente, la Audiencia Provincial de Alava desestimó tanto los recursos como la adhesión a la impugnación. El TS ha declarado no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

**71. Subsistencia del seguro pese a la falta de pago de la prima por causa imputable al asegurador.**—La falta de pago de la prima de la segunda anualidad, en forma alguna puede imputarse a la parte tomadora del seguro, sino a la aseguradora que conforme a lo estipulado en la póliza, es a ella a la que correspondía presentar al cobro de la prima en el domicilio del tomador, lo que no ha efectuado, unido al hecho que también entiende acreditado la sentencia de instancia y que no ha sido discutido en el recurso, de la voluntad concorde de las dos partes de prorrogar el contrato a la anualidad en la que ocurrió el siniestro; circunstancias estas que hace que no pueda entenderse liberada la entidad aseguradora de cumplir con su obligación contractual de satisfacer el importe de la indemnización hasta el límite del seguro.

**Son semejantes las consecuencias de la falta de pago de la primera prima del seguro y de las correspondientes a períodos posteriores.**—No hay motivo alguno para establecer distinto criterio para el supuesto de que el retraso en el pago de las primas, según se refiera a la prima inicial o a las siguientes, cuando en este último caso aparezca clara la voluntad de las partes

de prorrogar el contrato de seguro, manifestada generalmente por la falta de denuncia del mismo o por los hechos coetáneos o posteriores que se tuvieron en cuenta por el Tribunal de instancia para la fijación de este hecho y en atención a esta circunstancia de la pervivencia del contrato, y aunque los párrafos primero y segundo del artículo 15 LCS está haciendo relación a supuestos distintos, los dos se refieren al impago de la prima, en el supuesto de autos, como se ha establecido contractualmente, la misma ha de ser satisfecha en el domicilio del tomador, es por lo que le corresponde a la aseguradora la obligación de presentar al cobro el recibo de la misma en el lugar indicado, por lo que habiendo incumplido esa obligación no puede entender extinguido el seguro si el siniestro ocurre en plazo correspondiente al período de tiempo cubierto con esa prima. (STS de 8 de junio de 2002; no ha lugar.)

**HECHOS.**—El dueño y el arrendatario de una nave reclamaron al causante de un incendio y a su compañía aseguradora la indemnización por los daños y perjuicios originados por el siniestro. La Compañía de seguro aducía que el contrato se había extinguido por impago de la segunda prima del seguro, pero el contrato señalaba que el lugar de pago era el domicilio del tomador, razón por la cual el juez de primera instancia condenó solidariamente a los demandados a pagar la indemnización, ya que la falta de pago de la prima era imputable a la Compañía de seguros, que no había presentado al cobro la prima. La Audiencia Provincial y el TS rechazaron sucesivamente los recursos interpuestos. (M. C. B.)

**72. Contrato de seguro. Condiciones generales de la póliza: necesidad de aceptación por el tomador.**—La aceptación por el tomador de las condiciones generales es un requisito necesario para que el asegurado quede vinculado por su contenido, vinculación que no puede extenderse a las condiciones generales que no consta que el mismo hubiera aceptado debida y expresamente.

**Contrato de seguro. Recargo del artículo 20 de la Ley 50/1980.**—Este precepto establece una norma general que obliga en toda clase de seguros, y establece el pago de unos intereses sancionatorios y por ende disuasorios de una conducta que dificulta o aventura el pago de una indemnización, para que dentro del parámetro de los intereses de demora, y en el caso de que la aseguradora se demore en el pago, siempre que ello no fuere imputable a causa justificada no imputable a la misma.

**Seguro de accidentes: concepto de accidente y requisitos.**—El artículo 100 LCS da una definición o descripción de lo que se entiende por accidente, diciendo que se entiende por tal «la lesión corporal que deriva de una causa violenta, súbita, externa y ajena a la intencionalidad del asegurado, que produzca invalidez temporal o permanente o muerte». De esa definición resulta que en esta clase de seguros, el evento dañoso se refiere a un proceso integrado por diversas fases que en tanto en cuanto no se completa su realización no se da el siniestro y así para que la lesión pueda ser calificada de accidente, a efectos de su aseguramiento, ha de producirse ya la invalidez, temporal o permanente, o la muerte del sujeto. En cuanto al primero de los elementos de esa definición, la «lesión corporal», ha de entenderse por lesión toda alteración de la integridad del cuerpo humano, tanto en su aspecto físico como psíquico; en el presente caso, el padecimiento psíquico del asegurado es conse-



cuencia directa de las lesiones físicas por él padecidas en el accidente de circulación que sufrió. Dada esa relación directa entre las lesiones corporales y el cuadro de stress postraumático que padece el asegurado, no existe obstáculo legal alguno para que, al amparo del artículo 100 citado, pueda entenderse que el mismo está amparado por la póliza suscrita dado su carácter accidental y no procedente de un proceso patológico independiente de las lesiones físicas padecidas por el asegurado. La propia aseguradora recurrente viene a reconocer que los padecimientos psíquicos pueden integrar el concepto de accidente al incluir en las Condiciones Generales de la Póliza por ella aportada a los autos, como «invalidez permanente total», «la enajenación mental, absoluta o incurable», sin que esto suponga que se equipare el stress padecido por el asegurado con esa causa de invalidez. (STS de 30 de mayo de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—Don N. A. R. P. Presentó demanda por reclamación de cantidad contra *Previa*, S. A. de Seguros y Reaseguros. La sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Manzanares estimó parcialmente la demanda. Recurrida en apelación, la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Ciudad Real estimó el recurso. El TS ha declarado haber lugar a la casación. (N. D. L.)

**73. Contrato de seguro. Seguro de robo: identidad entre robo y «sustracción ilegítima».**—Los Tribunales civiles no pueden hacer pronunciamientos, ni siquiera, con carácter prejudicial, en materia que corresponde, exclusivamente, al orden jurisdiccional penal, mas ello no impide que, en supuestos como el presente, tenga que, utilizando las definiciones civiles fijadas en el contrato y los conocimientos jurídicos y máximas de experiencia que permiten perfilar el sentido usual de los términos jurídicos, precisar, a efectos meramente civiles, la ocurrencia del siniestro, por referencia a determinadas figuras delictivas, ya que, en otro caso, los hechos denunciados de apariencia delictiva que dieran lugar a archivo o sobreseimiento de las actuaciones penales por imposibilidad de encontrar al autor, al faltar la sentencia penal que estableciera la calificación definitiva, quedarían, fuera del seguro, lo que pugna con la misma naturaleza y práctica del «seguro de robo». Por ello, sin duda, el artículo 50 LCS equipara el robo a la «sustracción ilegítima por parte de terceros de las cosas aseguradas», expresión que repite en otros preceptos. De este modo, se evita una calificación técnico jurídica definitiva y se amplía la noción al emplear una terminología, dentro de la que cabe la figura del hurto, todo ello, paliado por el número primero del artículo 52 que excusa el pago del siniestro si éste se produjo por negligencia grave del asegurado. (STS del T. S. de 29 de abril de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad *Cristy's Gold S. L.* y don Antonio M. M. Interpuso demanda sobre reclamación de cantidad contra la *Mutua Española de Joyeros, Plateros y Relojeros de Seguros, Sociedad Mutua de Seguros*. El Juzgado de Primera Instancia número ocho de Córdoba dictó sentencia en la que estimaba parcialmente la demanda. Recurrida en apelación, la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Córdoba desestimó el recurso. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación. (N. D. L.)

**74. Formalización de la lista de asistencias a la Junta General de una sociedad anónima.**—El artículo 111 LSA establece que antes de entrar en el orden del día, hay que formar una lista de los asistentes. El TS ha reiterado en varias ocasiones que no hace falta que la lista de asistentes conste en acta, sino que basta simplemente con que se demuestre que ha existido (STS de 31 de octubre de 1984), incluso puede incluirse en un documento diferente al acta (STS de 19 de diciembre de 1984).

Por otro lado, el incumplimiento de alguna de las reglas de ese artículo 111 LSA no supone la nulidad, pues eso queda a discreción y prudencia de los Tribunales (STS de 14 de marzo de 1973).

La formación de la lista de asistentes tiene las siguientes finalidades: 1) facilitar la formación del quórum legal de presencia; 2) legitimar el ejercicio del derecho del voto. En base a estos objetivos perseguidos, ha de apreciarse dicho precepto de forma flexible.

**El derecho de información de los accionistas.**—El derecho de información de los accionistas debe ser respetado para evitar que los socios minoritarios queden a merced de los mayoritarios. Sin embargo, no se le puede dar un sentido muy rígido, ya que el derecho de impugnación de los socios y el de aclaración no pueden ser utilizados como medios para obstruir la actividad social, es decir, para situar los intereses del accionista particular que solicita la información, sobre los intereses sociales, si no responde a una verdadera y real necesidad (SSTS de 13 de abril de 1962 y de 26 de diciembre de 1969). (STS de 31 de julio de 2002; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Un grupo de accionistas demanda a *Promociones Eurobuilding S. A.* y a *Inmobiliaria Eurobuilding S. A.*, ésta última con carácter subsidiario y por ser parte demandada respecto a la impugnación de la Junta General ordinaria de accionistas de dicha entidad. La segunda entidad sólo se demanda para el caso de que la fusión haya desplegado todos los efectos jurídicos y la sociedad no esté desaparecida jurídicamente. Se pretende la nulidad de las Juntas Generales ordinaria y extraordinaria de Inmobiliaria *Eurobuilding S. A.*, celebradas el 11 de mayo de 1993, así como de los acuerdos alcanzados en ellas, por no haberse formado las listas de asistentes, ni procurado el derecho de información de los accionistas demandantes sobre determinadas cuestiones relacionadas con la fusión de ambas entidades. El Juzgado rechaza la demanda, solución que fue confirmada en apelación por la Audiencia.

Los accionistas interponen recurso de casación ante el TS, básicamente por los mismos motivos alegados en la demanda. (*S. L. M.*)

**75. Sociedades Anónimas. Impugnación de acuerdos sociales: convalidación por otros y límite del principio *ut lite pendente nihil innovetur.***—Las vulneraciones habidas no pueden convalidarse por los acuerdos adoptados en una Junta posterior, que expresamente ratifica los acuerdos adoptados en otra, que están impugnados, mediante presentación incluso de demanda judicial por los demandantes-recorridos que ni asistieron ni prestaron su conformidad a la supuesta Junta convalidante, más bien es esta actuación subsiguiente la que no se compadece con el respeto debido al planteamiento judicial de la cuestión, pues sabido es que en relación con el objeto del proceso carecen de eficacia las innovaciones que después de iniciado el juicio introduzca el

demandado o un tercero en el estado de los hechos o de las personas o de las cosas que hubieren dado origen a la demanda, conforme al principio *ut lite pendente nihil innovetur*. La interpretación del artículo 115.3 LSA determina que esta ratificación surtirá sus efectos cuando se haya producido antes de la interposición de la demanda judicial impugnatoria de los acuerdos tachados de nulos, pues, de no sostenerse esta interpretación, bastaría con que, una vez iniciado el proceso, se convocase una nueva Junta en la que se subsanasen los defectos concurrentes, para dejar sin contenido la demanda formulada, lo que entra en patente contradicción con el principio procesal de la *perpetuatio iurisdictionis* que obliga a resolver los litigios de acuerdo con la situación existente en el momento de interposición de la demanda. El párrafo 1.º del apartado 3 del artículo 115 de la vigente LSA lo que preceptúa es que «no procederá la impugnación de un acuerdo social cuando haya sido dejado sin efecto o sustituido válidamente por otro», pero lo que no establece, ni expresa, ni tácitamente, es que, iniciado ya un proceso de impugnación de un determinado acuerdo social, pueda la sociedad afectada por su propia y exclusiva iniciativa, en una Junta posterior, ratificar o tratar de convalidar el aludido acuerdo que está siendo objeto de impugnación en el referido proceso ya en tramitación, pues ello entrañaría una clara y unilateral violación del principio *ut lite pendente nihil innovetur*, con la consiguiente y grave conculcación de la seguridad jurídica por la que todo proceso ha de estar presidido. Iniciado ya un proceso de impugnación de un acuerdo social, la única posibilidad procesal que cabe, y así lo establece expresamente el párrafo segundo del citado apartado 3 del artículo 115 de la referida ley, es la de que, a petición de parte, como es obvio, y siempre en el momento procesal oportuno (que no puede ser otro que el de la comparecencia que rotulan los arts. 691 ss. LEC de 1881) pueda el Juez suspender el trámite del proceso y otorgar un plazo razonable para que pueda ser subsanada la causa de impugnación, en el caso de que fuera posible la eliminación de la misma. (STS de 21 de abril de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—La sociedad *Importadora Procano, S. A.* interpuso demanda por impugnación de acuerdos sociales contra la entidad mercantil *Conservas Elagon, S. A.* El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Coria desestimó la demanda. Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación, la Audiencia Provincial de Cáceres dictó sentencia que desestimó dicho recurso. El TS declaró haber lugar a la casación. (N. D. L.)

**76. Diferencias entre la acción individual de responsabilidad del artículo 135 LSA y la acción del artículo 262.5 LSA.**—Según el TS, ambas acciones se diferencian en su naturaleza y requisitos. Por un lado, la acción individual de responsabilidad es una acción resarcitoria que precisa de la concurrencia de una acción u omisión culposa o negligente, un daño y una relación de causalidad entre ambos (entre otras, SSTS de 21 de diciembre de 1999 y 30 de enero y 30 de marzo de 2001). Por otro lado, la acción del artículo 262.5 LSA es considerada por la jurisprudencia como una responsabilidad *ex lege* o cuasi objetiva (SSTS de 29 de abril de 1998, 12 de noviembre de 1999, 20 de diciembre de 2000 y 26 de octubre de 2001) que no requiere más que la prueba de los hechos que son presupuesto de la efectividad de la sanción legal. Por tanto, no es necesario en este segundo caso acreditar una

relación de causalidad entre la omisión de los administradores y la deuda social, ni una negligencia distinta de la que prevé el mencionado artículo .

**Acción de responsabilidad solidaria de los administradores del artículo 262.5 LSA. Negligencia de los administradores.**—Es doctrina jurisprudencial reiterada (SSTS de 29 de abril y 22 de diciembre de 1999 y 30 de octubre de 2000) que la mera pasividad de los administradores, que conocen la situación patrimonial de la sociedad y que no proceden como dispone el artículo 262.5 LSA, es considerada como negligente. (STS de 18 de julio de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—En el año 1991, la empresa *DITECU, S. A.* sufría una situación de descapitalización. Pese a ello, sus administradores, que no podían ignorar tal circunstancia, no adoptaron las medidas que establece para tales casos el artículo 262 LSA. Ante esta situación, varios acreedores interponen acción de responsabilidad solidaria por las deudas sociales contra *DITECU, S. A.* y sus administradores, solicitando, entre otros pedimentos, la condena al pago de las sumas reclamadas por cada uno de los codemandantes.

El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda, fallo contra el que recurren tanto los demandantes, como los administradores demandados. La Audiencia Provincial estima parcialmente el recurso de apelación de los primeros y desestima el de los segundos. Los administradores demandados interponen entonces recurso de casación, que es desestimado por el TS. (A. M. M.)

**77. Sociedades Anónimas. Responsabilidad de los administradores: el núm. 4 del artículo 260 LSA recoge un supuesto de responsabilidad cuasi-objetiva.**—El núm. 5 del artículo 262 LSA establece que responderán solidariamente los administradores, de las deudas sociales, cuando incumplan la obligación de convocar en el plazo de dos meses, la junta general, para que se adopte, en su caso, el acuerdo de disolución, por concurrir la causa 4.<sup>a</sup> del artículo 260 de la citada ley. Causa, que puede considerarse suficiente por sí sola, para hacer efectiva la responsabilidad reclamada en el juicio del que dimana el presente recurso (SS de esta Sala de 3 y 26 de octubre de 2001), conducta del administrador que en términos de S de 20 de julio de 2001 genera una responsabilidad cuasi-objetiva, o que produce *ipso facto*, como se sostiene en las SS de 30 de diciembre de 2000 y 31 de mayo de 2001, la obligación del administrador de satisfacer la deudas sociales conjunta y solidariamente con la sociedad anónima, en cuanto no necesita acreditarse la existencia de culpa del administrador, como sería preciso en el supuesto contemplado en el artículo 133 LSA, pues basta que se acredite la condición de administrador, que la sociedad esté incurso en la causa de disolución núm. 4.<sup>a</sup> del artículo 260 LSA, y que el administrador haya incumplido la obligación de convocar la junta general en el plazo de dos meses, para que responda solidariamente con la sociedad que administra de las deudas sociales. (STS de 25 de abril de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad *Bilbao Editorial, S. A.*, formuló demanda en reclamación de cantidad contra la entidad *Sociedad Anónima Beas* y contra don J. M. Z. La sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 7 de Bilbao estimó íntegra-

mente la demanda. Recurrida en apelación, la Sección 4.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Bilbao dictó sentencia desestimando el recurso de apelación. El TS ha declarado no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

**78. Sociedades Anónimas. Responsabilidad de los administradores: prescripción.**—El plazo de prescripción para exigir la responsabilidad a los administradores y gerentes de Compañías es el de cuatro años según dispone el artículo 949 CCO, y más si la acción que se ejercita es la amparada en el número 5 del artículo 262 LSA, en cuanto que la obligación se impone a los administradores *ex lege*, según se deduce de la propia redacción del precepto y en la jurisprudencia de esta Sala, entre otras, las SS de 12 de noviembre y 11 de diciembre de 1999, 20 de diciembre de 2000, 20 de julio y 26 de octubre de 2001, por lo que en forma alguna sería de aplicación la establecida, para los supuestos de culpa extracontractual, en cuyo supuesto no hay duda alguna que el plazo de prescripción es el señalado en el artículo 949 del CCO.

**Sociedades Anónimas. Responsabilidad de los administradores: presupuesto de culpabilidad.**—La derogada Ley de sociedades anónimas de 1951, en la que ciertamente se exigía, para que los administradores respondieran frente a la sociedad, socios o terceros, de los daños ocasionados por su actuación por la misma, que los daños ocasionados fueran debidos a negligencia, y que ésta fuera «grave», pero no así a la que pueda ser exigida al recurrente, que se refiere a hechos realizados durante la vigencia de la Ley de 22 de diciembre de 1989, ya que de acuerdo a la nueva normativa, basta, como dice el número 1 del artículo 133 LSA, que se hayan realizado sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo, supuesto en el que ha incurrido el ahora recurrente, como se ha puesto claramente de manifiesto en la Sentencia recurrida, que tras concretar la actuación del mismo durante el tiempo que fue administrador de la sociedad, la considera comprendido en los supuestos del artículo 133.1, en relación con el número 5.º del artículo 262, ambos de la LSA vigente, hechos probados que hay que tener presente no han sido debatidos en el recurso alegando infracción de error de derecho en la apreciación de la prueba, pues el señor B. fue miembro del Consejo de Administración según acuerdo de la junta general y universal de 4 de julio de 1991, consta también que solicitó la dimisión el 24 de julio de 1992, dimisión que no fue aceptada ni inscrita en el Registro Mercantil, y que vino desempeñando el cargo sin que al momento actual haya acreditado su cese frente a terceros mediante la preceptiva inscripción registral, por lo que apareciendo en autos que el citado administrador era conocedor de la crítica situación económica de la sociedad, que la llevó al cese de su actividad económica, en el mes de julio de 1992, cerrando sus instalaciones y oficinas, con total desaparición de hecho en el tráfico mercantil, careciendo de patrimonio con el que poder hacer frente de forma alguna al cumplimiento de sus obligaciones; ante tales circunstancias fácticas, la conducta del ahora recurrido, fue el abandono total de la sociedad y la desatención de sus obligaciones sociales, conducta que está incurso, en primer lugar, en el supuesto del núm. 5.º del artículo 262 LSA, que establece la responsabilidad solidaria de los administradores del pago de las deudas sociales, cuando incumplen la obligación de convocar a junta general para acordar la disolución de la sociedad, cuando la misma se encuentre en imposibilidad del cumplimiento del fin social, o las pérdidas redujeran el patrimonio a la mitad del capital social, supuestos de los números 3.º y 4.º del artículo 260 de la citada ley, pero además es indudable, que ese abandono en el

cumplimiento de sus obligaciones, calificarían también la conducta del administrador en culposa, que daría lugar a responder en este caso de los daños y perjuicios ocasionados a los acreedores. (STS de 7 de junio de 2002; no ha lugar.)

HECHOS:—La entidad *Banco de Sabadell, S. A.* interpuso demanda contra la entidad *Ocho Estrella, S. A.*, contra don A. B. M., don J. E. G., don J. M. V. y contra don J. L. H. B. M., sobre reclamación de cantidad y responsabilidad de administradores de sociedad anónima. El Juzgado de Primera Instancia número 6 de Reus estimó la demanda. Recurrida en apelación, la Sección 2.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Tarragona desestimó el recurso planteado. El TS ha declarado no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

**79. Sociedad de Responsabilidad Limitada. Transmisión de participaciones sociales: régimen aplicable.**—Las transmisiones de las participaciones sociales se regirán por la normativa vigente en la fecha en que el socio hubiera comunicado a la sociedad el propósito de transmitir, o en su caso, en la fecha de fallecimiento del socio, o en la de la adjudicación judicial o administrativa.

**Sociedad de Responsabilidad Limitada. Separación de socio: validez de la cláusula estatutaria de libre separación transcurrido un plazo determinado.**—Esa disposición estatutaria ha de entenderse como un correctivo al pacto de duración indefinida de la sociedad, y a las restricciones que en esta clase de sociedades, está sometida la transmisión *inter vivos* de las participaciones sociales. La referida norma estatutaria establece tanto la obligación de la permanencia en la sociedad durante un plazo o período determinado, en este caso, el de tres años, a partir del cual, tanto puede disolverse la sociedad como la separación de alguno de los socios, permaneciendo la misma entre los socios perseverantes; facultad, que está otorgada a cualquiera de los socios de la sociedad, por lo que no se puede decir que las disposiciones de los artículos del estatuto, faltan por una parte a lo dispuesto en el artículo 1256 CC de dejar al arbitrio o voluntad de uno de los contratantes la validez y cumplimiento del contrato, y de otra parte, que esta facultad carece de causa, pero el fundamento del establecimiento en las normas sociales del ejercicio de la facultad de separarse, siempre que haya transcurrido los tres años desde la constitución de la sociedad y se haya anunciado a la misma en el plazo de seis meses previsto en los Estatutos, es coherente con la duración indefinida pactada. (STS de 3 de mayo de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Don S. S. V. presentó demanda sobre impugnación de acuerdos sociales contra *Camping de La Rioja, S. L.* El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Logroño estimó la demanda. Recurrida en apelación, la Audiencia Provincial de Logroño confirmó la sentencia de instancia. El TS declaró no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

**80. Sociedad de Responsabilidad Limitada. Disolución parcial: imposibilidad por carecer de personalidad jurídica debido a su falta de inscripción.**—La disolución de la sociedad en formación aquí contemplada sería

siempre una disolución total, nunca parcial. El artículo 31 LSRL de 1953 preveía ciertamente la disolución parcial, pero siempre referida a la sociedad que ya tuviera personalidad jurídica. La relación de dicho artículo 31 con el 30 y la comparación entre la redacción de este último anterior a la reforma de 1989 y la posterior revela que la disolución parcial de la sociedad de responsabilidad limitada sólo podía referirse a la que tuviera ya personalidad jurídica por haberse inscrito en el Registro Mercantil, ya que la exclusión del socio tenía que constar a su vez en instrumento público y ser inscrita en el Registro Mercantil, lo que conllevaba la propia adopción de un acuerdo social ajustado a las previsiones de los artículos 14 y 17 de la propia LSRL de 1953.

**Sociedad de Responsabilidad Limitada. Disolución parcial: infracción en la aplicación del artículo 31 LSRL de 1953.**—La aplicación de dicho artículo 31 como vía para que la sociedad, «sin más dilaciones, pueda inscribirse en el Registro Mercantil», daría lugar a la inscripción de una sociedad de responsabilidad limitada total y absolutamente distinta de la constituida en la correspondiente escritura pública en aspectos tan esenciales como el capital social, la suscripción de participaciones y los órganos de la sociedad, siendo bien ilustrativo al respecto que la vigente Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1995 (RCL 1995\953) haya deslindado la exclusión de los socios de las causas de disolución (arts. 98 y 99, de un lado, y artículo 104, de otro) previendo además un remedio específico para la falta de inscripción en su artículo 15. (STS de 20 de junio de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—Don A. H. M. presentó demanda contra *Emsa Aridos, S. L.* por disolución de sociedad. El Juzgado de Primera Instancia núm. Dos de Melilla desestimó la demanda. Recurrida en apelación la Sección 4.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Málaga, estimó el recurso. El TS declaró haber lugar a la casación. (N. D. L.)

**81. Incongruencia en sentencias absolutorias.**—Tiene lugar cuando se altera la causa de pedir o se estima una excepción no articulada por el demandado o no apreciable de oficio. No tiene lugar cuando la sentencia no entra en el fondo del asunto por estimar la excepción de litispendencia alegada por los demandados.

**Impugnación de la fecha de retroacción de la quiebra. Tiempo hábil.**—Lo es el que transcurre hasta la firmeza de los acuerdos de la Junta General de examen y reconocimiento de créditos, pues hasta ese momento es posible la comprobación de nuevas deudas que justifiquen un sobreseimiento anterior en los pagos.

**Excepción de litispendencia. Interpretación.**—No debe realizarse rígidamente en cuanto a sus requisitos cuando un proceso vincule y determine la decisión de otro. (STS de 20 de noviembre de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—En 1995 los síndicos de la quiebra de la *Compañía Hotelera Aragonesa, S. A.* solicitan la nulidad del préstamo hipotecario instrumentado en escritura pública de 5 de febrero de 1982 entre la actora y las sociedades demandadas, y la nulidad de la adjudicación de la finca hipotecada a A.B.P., también demandado en el procedimiento ejecutivo hipotecario.

Los demandados, al contestar a la demanda, paralelamente presentan una incidental ante el Juez de la quiebra solicitando la altera-

ción de la fecha de la retroacción del Auto que la declaró. Según la demandante, los demandados conocían dicho Auto desde 1985.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda sin entrar en el fondo del asunto al acoger la excepción de litispendencia alegada por los demandados. (*B. F. G.*)

## DERECHO PROCESAL

**82. Allanamiento. Efectos.**—Declara el TS que el allanamiento es una conducta procesal cuyo efecto no es tan absoluto como a veces se pretende. Su alcance se traduce únicamente en la obligatoriedad de dictar sentencia, sin que ello suponga necesariamente que sea conforme, sino con arreglo a Derecho.

**Allanamiento de uno o varios demandados solidarios.**—Según reiterada jurisprudencia (entre otras, SSTs de 22 de octubre de 1991, 3 de noviembre de 1992 y 16 de marzo de 2001), el allanamiento de alguno de los demandados solidarios no puede perjudicar a los demás. Por lo tanto, no es extensivo a los demás codemandados que no se allanaron.

**Costas. Apreciación de circunstancias excepcionales.**—No es revisable en casación la apreciación de la concurrencia de circunstancias excepcionales que, de acuerdo con el artículo 523 LEC, permitan al órgano judicial la no imposición de costas, pues se trata de una materia reservada en exclusiva a la instancia. (**STS de 15 de enero de 2003**; no ha lugar.)

**HECHOS.**—El propietario de una vivienda ejercita la acción del artículo 1591 CC contra los promotores-vendedores y el arquitecto técnico, por los defectos de impermeabilización y cerramiento de ésta. Igualmente, solicita una indemnización por daño moral. Si bien una parte de los demandados se allana a la demanda, el resto contesta, oponiéndose a ella. Practicada la prueba, el Juzgado de Primera Instancia condena solidariamente a los demandados por los daños de la vivienda; pero se les absuelve respecto de la indemnización del daño moral, por no haberse practicado la prueba. La Audiencia Provincial confirma la sentencia.

El propietario de la vivienda interpone entonces demanda de reconocimiento de error judicial, por el trámite del juicio de revisión, entre otros motivos, por la falta de condena en relación a la indemnización del daño moral. Alega al respecto que el allanamiento de alguno de los demandados le relevaba de la prueba de este daño. El TS declara no haber lugar a la demanda.

**NOTA.**—Lo dispuesto por el antiguo artículo 523.I LEC se encuentra en la actualidad recogido en el artículo 394.1 LEC 1/2000, en el que se ha suprimido la referencia a la apreciación por el juez de la concurrencia de circunstancias excepcionales, sustituyéndola por la apreciación de que el caso presentara serias dudas de hecho o de derecho. (*A. M. M.*)



**83. Quebrantamiento de las formalidades legales en el proceso judicial.**—La doctrina del TS ha establecido de manera reiterada la necesidad de agotar todos los medios de impugnación posibles para que sea posible alegar la infracción de las formas esenciales del juicio. Por ello, se constituye este agotamiento el presupuesto básico para la denuncia de la infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales, a la que se alude en el artículo 1693 LEC (STS 3 y 10 de diciembre de 1999, 24 de febrero y 10 de mayo de 2000 y 14 de mayo y 13 de julio de 2001.)

**Rechazo en la apreciación del recurso de casación como tercera instancia. Valoración de las cuestiones de hecho.**—La determinación de los hechos que constituyen la base del litigio han de ser valorados en primera instancia. Es doctrina reiterada del Tribunal la negación del recurso de casación como tercera instancia, en la medida en que pudiese llevarse a cabo una nueva valoración del material instructorio. La salvedad a esta regla generalizada se halla en la alegación del error de derecho.

La cuestión de la alegación de incumplimiento contractual, en los supuestos de apreciación de quién debe considerarse como primer incumplidor, es cuestión de hecho. Aunque la Jurisprudencia ha matizado esta afirmación tajante, convirtiéndola en *quaestio iuris* «cuando la base para la determinación del incumplimiento esté. Más que en los actos ejecutados, en valoraciones jurídicas que ha de ponderar la Sala a través de unos supuestos de hechos dados» (FD 2.º) (STSS de 29 de marzo, 20 de mayo, 8 de julio y 15 de diciembre de 1993, y 24 de junio de 1995.) (STS de 10 de junio de 2002; no ha lugar.)

**HECHOS.**—La entidad *B. e Utilidades para Crianza*, demanda a la sociedad limitada *P. Línea Bebé* solicitando el pago de la cantidad que respondía como importe de los géneros remitidos a la demandada y no pagados, en virtud de la existencia de un contrato de distribución en exclusiva para España, y concertado entre dichas litigantes. La sentencia de Primera Instancia desestima la demanda. De igual modo, es confirmada la sentencia en la Audiencia Provincial, denegándose el recibimiento a prueba por auto, sin haberse interpuesto por el recurrente recurso de súplica. Se presenta recurso de casación ante el TS con base en el quebrantamiento de las formas esenciales, así como por la infracción de, entre otros, los artículos 1101, 1124, 1253, 1445 y 7 CC. (*P. S. S.*)

**84. Error judicial. No es una tercera instancia. Supuestos que comprende.**—Es doctrina consolidada del TS que el error judicial no puede dar lugar a una tercera instancia. Sólo cabe su apreciación respecto a aquellos supuestos en los que la resolución judicial ha incurrido en equivocaciones manifiestas y palmarias en la fijación de los hechos o en la interpretación de la Ley. Su finalidad no es acatar la interpretación de las normas ni la valoración de las pruebas, que de forma acertada o equivocada, el Tribunal aplicó con criterio racional y lógico dentro del esquema traído al proceso. No se trata, por el error judicial, de corregir el desacierto de la resolución sino la desatención por el Tribunal de datos de carácter indiscutible, generadora de una resolución esperpéntica, absurda, que rompa la armonía del orden jurídico. En definitiva se reserva el error judicial a decisiones injustificadas desde el punto de vista del derecho (SST.S. de 12 de marzo de 1997,

de 7 de abril de 2000 y de 17 de abril 2002). (STS de 16 de octubre de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Los demandantes entablaron demanda de error judicial respecto a la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Córdoba la cual confirmó la sentencia de instancia que, a su vez, desestimó la demanda sobre impugnación de acuerdos sociales. Lo que se alegó como causa de nulidad de los acuerdos sociales fue el incumplimiento del deber de información por no haberse puesto a disposición de los accionistas el informe de los censores de cuentas. Se alega que la sentencia denunciada ha incurrido en un doble error: jurídico y fáctico. Error jurídico, porque la Audiencia afirma que son los accionistas actores quienes tienen que demostrar que no le fueron puestos a disposición los informes de los censores ya que existe una presunción de que dichos informes sí se han puesto a disposición de los socios; y error fáctico, puesto que la Audiencia no ha tenido en cuenta determinados hechos que acreditan de forma indiscutible que los mencionados informes no fueron entregados. El TS desestimó la demanda por error judicial. (C. O. M.)

