

# ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO LVII, FASCÍCULO II

Abril-junio, 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	
Antonio GORDILLO CAÑAS: «El principio de inoponibilidad: el dualismo moderado de nuestro sistema inmobiliario registral» .....	381
María de los Ángeles PARRA LUCÁN: «Las anomalías del contrato: invalidez e ineficacia en el anteproyecto de Código Europeo de Contratos. Estudio comparado con el Derecho español. (Aproximación a la Sección 1 del Título XI de la Parte General del Código Europeo de Contratos)» .....	549
Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI: « <i>Undisclosed Agency</i> y cesión de créditos: los <i>Principles of European Contract Law</i> ante el caso <i>Siu Yin Kwan v. Eastern Insurance Co. Ltd.</i> » .....	639
Crónica de Legislación y Jurisprudencia comunitarias	
Por Marta REQUEJO ISIDRO .....	659

## Bibliografía

**LIBROS**

- ARROYO APARICIO, Alicia: «Los contratos a distancia en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista», por M.<sup>a</sup> del Mar Gómez Lozano ..... 679
- BADOSA COLL, F. (Director): «Manual de Dret Civil Català», por Beatriz Fernández Gregoraci ..... 685
- BERMÚDEZ SÁNCHEZ, Javier: «El derecho de propiedad: límites derivados de la protección arqueológica», por Susana Quicios Molina ..... 689
- LETE DEL RÍO, José Manuel: «Derecho de Obligaciones, III, Contratos en particular», por Esther Arroyo i Amayuelas ..... 696
- VAQUER ALOY, Antoni: «La interpretación del testamento», por Esther Arroyo i Amayuelas ..... 700

**REVISTAS EXTRANJERAS**

- Por Remedios ARANDA RODRÍGUEZ, Eva CANO VILÀ, María Rosario DÍAZ ROMERO, Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI, Martín GARCÍA-RIPOLL, María Paz GARCÍA RUBIO, Carmen JEREZ DELGADO, Jordi RIBOT IGUALADA, Alma RODRÍGUEZ GUI TIÁN, Albert RUDA GONZÁLEZ, Josep SOLÉ FELIU, Isabel SIERRA PÉREZ, Belén TRIGO GARCÍA ..... 709

## Jurisprudencia del Tribunal Supremo

**SENTENCIAS COMENTADAS**

- M.<sup>a</sup> Lourdes MARTÍNEZ DE MORENTIN LLAMAS: «De la *cura furiosi* en las XII Tablas, a la protección del disminuido psíquico en el Derecho actual. (A propósito de la STS de 20 de noviembre de 2003)» ..... 775

**SENTENCIAS**

- A cargo de: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ. Colaboran: Josep Maria BECH SERRAT, Eva CANO VILÀ, Susana ESPADA MALLORQUÍN, Gabriel GARCÍA CANTERO, Regina GAYA SICILIA, Andrea MACÍA MORILLO, Èlia MASSÓ TAMAYO, Juan David SÁNCHEZ CASTRO, Alfons SURROCA COSTA, Rosa TORRA BERNAUS, Montserrat VERGÉS VALL-LLOVERA ..... 827

# **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 Y DISTRIBUCIÓN Y SUSCRIPCIONES**

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

c/ Trafalgar, 27. 28071 MADRID

Tel.: 902 365 303

Fax: (91) 538 21 21

# **ANUARIO DE DERECHO CIVIL**

**TOMO LVII, FASCÍCULO II**  
Abril-junio, 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: 0210-301X  
Depósito legal: M-125-1958

---

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

## El principio de inoponibilidad: el dualismo moderado de nuestro sistema inmobiliario registral \*

ANTONIO GORDILLO CAÑAS

Catedrático de Derecho civil  
Universidad de Sevilla

SUMARIO: I. *Planteamiento y status quaestionis*. II. *Fundamentación legal del principio de inoponibilidad en su ámbito mínimo*: 1. Sobre el modo de proceder para la fundamentación legal del principio de inoponibilidad. 2. La autonomía del artículo 32 respecto al 34 LH: a) El artículo 32 es «latino» mientras que el 34 es «germánico». b) Los artículos 32 y 34 se mueven en terrenos distintos y, desde presupuestos diferentes, obedecen a distinta *ratio*. c) Los artículos 32 y 34, siendo distintos, no son incompatibles, y pueden conjugarse en la unidad de un mismo sistema. 3. La autonomía del artículo 32 devuelve a la «primera inscripción» la utilidad que le niega la tesis monista. III. *Los requisitos de aplicación del principio de inoponibilidad: el problema del tercero o terceros hipotecarios*. 1. Nexos e introducción al estudio del problema. 2. La centralidad del «tercero» en el sistema de la publicidad registral inmobiliaria y la peculiaridad dual de nuestro «tercero hipotecario». 3. Diferenciación de los dos terceros favorecidos por la «eficacia ofensiva de la inscripción» y concreta determinación de los requisitos exigibles al tercero del artículo 32: a) Inscripción de su adquisición. b) Buena fe. c) ¿Onerosidad? d) Exclusión de la previa inscripción. IV. *La ampliación del ámbito mínimo de la inoponibilidad registral*. 1. Planteamiento y justificación. 2. La inoponibilidad de las resoluciones judiciales sobre la capacidad del titular registral. 3. La inoponibilidad de los arrendamientos y derechos de retorno arrendaticio no inscritos. 4. ¿Inoponibilidad de derechos no inscritos al anotante del embargo? V. *Algunas indicaciones finales sobre el principio de in-*

---

\* Este trabajo, perteneciente a una serie dedicada al estudio de los grandes temas de nuestro Derecho Inmobiliario-Registral, se integra en la investigación emprendida en el Proyecto PB 98-1159, financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia (DGICYT). El autor expresa su agradecimiento por la aprobación y financiación de dicho Proyecto.



*ponibilidad: su relación con otros principios, su significación actual y su específico fundamento.* 1. Inoponibilidad y fe pública registral. 2. Inoponibilidad y prioridad. 3. Inoponibilidad y apariencia jurídica.

## I. PLANTEAMIENTO Y STATUS QUAESTIONIS

El principio de inoponibilidad –lo inscribible no inscrito no perjudica a tercero de buena fe<sup>1</sup>– es, paradójicamente, el más clara y abundantemente declarado y formulado en los momentos fundacionales de nuestro moderno sistema inmobiliario registral y, al mismo tiempo, el más combatido, cuando no llanamente silenciado, en nuestra actual doctrina hipotecaria. Comprobemos lo dicho para, a continuación, pasar a explicar la paradoja. Los datos que nos permitirán entenderla son los mismos que nos orientarán en la mejor dirección para fundamentar el principio de inoponibilidad, enmarcarlo en nuestro sistema registral y delimitarlo en su propio espacio.

El más claramente declarado: Cuando la Exposición de Motivos de 1861 se propone precisar el sentido exacto atribuido a la palabra «publicidad» –*porque es necesario fijar bien las palabras que pueden ser de distinto modo interpretadas– dirá que consiste ésta en que desaparezcan las hipotecas ocultas; en que no pueda perjudicar al contrayente de buena fe ninguna carga que gravite sobre la propiedad si no se halla inscrita en el Registro; en que quien tenga derechos que haya descuidado inscribir, no perjudique por una falta que a él solo es imputable al que sin haberla cometido, ni podido conocer, adquiera la finca gravada o la reciba como hipoteca en garantía de lo que se le debe ...*<sup>2</sup>. Baste este texto, de entre los otros muchos de la misma Exposición de Motivos que en el mismo sentido podrían citarse, para comprobar cómo por

<sup>1</sup> Ese es, en sustancia, el espíritu y contenido del originario artículo 23 de la Ley Hipotecaria: *Los títulos mencionados en los artículos 2.º y 5.º que no estén inscritos en el Registro, no podrán perjudicar a tercero*. Posteriormente, y en materia distinta a la inmobiliaria, la Ley de Fundaciones (Ley 30/1994, de 24 de noviembre) lo formulará en su artículo 37.1.º: *Los actos sujetos a inscripción en el Registro de Fundaciones y no inscritos no perjudicarán a terceros de buena fe*. Doctrinalmente, el principio de inoponibilidad ha sido definido por GARCÍA GARCÍA, J. M.: *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, II, Madrid 1993, p. 29 como «aquel principio hipotecario en virtud del cual los títulos de dominio o de derechos reales no inscritos ni anotados en el Registro, no afectan ni perjudican al tercero que inscribió su derecho en el Registro».

<sup>2</sup> E. M. de 1861, en *Leyes Hipotecarias y Registrales de España, I, Fuentes y Evolución*. I. C. N. de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid 1974, p. 228.

los autores de la Ley la inoponibilidad se entiende situada en el meollo mismo de la publicidad, de cuya eficacia constituye la más inmediata consecuencia. Baste también para explicar que la inoponibilidad de lo no inscrito pudiera ser considerada por Gómez de la Serna como el *principio cardinal* de la Ley Hipotecaria<sup>3</sup>, y que, en la estimación común, el artículo 23 de la misma se tuviera como *el más importante* de toda ella, por ser el precepto que sintetizaba todo su espíritu y la comprendía en la totalidad de su contenido<sup>4</sup>.

Pero, al mismo tiempo —decíamos—, el más combatido, cuando no llanamente silenciado: Muestra principal de su silenciamiento, los «Principios Hipotecarios» de don Jerónimo González<sup>5</sup>; exponente de su combativa negación, sobre todo, Roca Sastre<sup>6</sup> y, más recientemente, Pau Pedrón, quien hace del radicalismo monista su personal credo hipotecario<sup>7</sup>. Tan mal fueron las cosas al principio de inoponibilidad, que su principal baluarte legal —el originario artículo 23 de la Ley Hipotecaria<sup>8</sup>— a punto estuvo de sucumbir

<sup>3</sup> GÓMEZ DE LA SERNA: *La Ley hipotecaria, comentada y concordada con la legislación anterior española y extranjera, I*, Madrid 1862, p. 600: «No debió parecer difícil la resolución a la Comisión Codificadora fijándose en el principio cardinal de la Ley. Este es que no perjudique a tercero el acto o contrato de que no haya podido tener conocimiento por el Registro». Cfr., también, DE LA SERNA — MONTALBÁN: *Elementos de Derecho Civil y Penal de España*, II, 14.ª ed., Madrid 1896, p. 531: «Todas estas reglas —dice refiriéndose a los artículos 23, 25, 26, 28, 35, 36 y 38 y 24 LH— son también consecuencia del principio de publicidad, según el cual, no debe perjudicar a ningún adquirente de una cosa raíz o de un derecho real impuesto sobre ella, ningún acto, contrato ni derecho real que no se halle en los libros del Registro ...».

<sup>4</sup> Cfr. SERNA: *La Ley Hipotecaria ...*, cit., p. 562: «El Ministro de Gracia y Justicia, al sostener el Proyecto de Ley Hipotecaria en el Congreso de los Diputados dijo, que si se analizaba, si se condensaba la Ley, este artículo [el 23] era solo la Ley, y recargando la frase, añadía que se podía decir sin exageración que la Ley no era más que el artículo 23, es decir, que no tenía más que un solo artículo y una sola excepción, el artículo 354. Sin entrar en la mayor o menor exactitud que puede haber en tal apreciación, es indudable que tenía razón el Ministro en considerar este artículo como el más importante de la Ley, por más que no sea el único fundamental». Antes que SERNA y que el Ministro, ya había dicho LUZURIAGA —en las *Concordancias de GARCÍA GOYENA* (Ed. Zaragoza, 197), p. 951— refiriéndose al precedente del artículo 23 LH en el Proyecto de Código Civil: «puede decirse que todo el espíritu de la ley presente está contenido en el artículo 1858».

<sup>5</sup> GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, J.: *Principios hipotecarios*, Madrid 1931, esp., p. 159, donde la inoponibilidad aparece sin consideración de principio hipotecario, englobada en el de publicidad como aspecto negativo de la fe pública registral y fundamento de la presunción de integridad registral.

<sup>6</sup> ROCA SASTRE: «El problema de la relación que respecto del artículo 34 de la Ley Hipotecaria guarda el artículo 32 de la misma», *RCDI*, 1965, pp. 781-829. En la p. 804 descalifica a la tesis dualista tachándola de «indefendible».

<sup>7</sup> PAU PEDRÓN, A.: «Efectos de la inscripción en la constitución de los derechos reales», *RCDI*, 1994, p. 2197: «me confieso —dice— radicalmente monista».

<sup>8</sup> También, y sobre todo —cfr. al respecto, e.c., AMORÓS GUARDIOLA: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. Albaladejo, VII, 2.ª, Madrid 1978, pp. 281-288, esp., p. 286 y MERINO GUTIÉRREZ, Arturo: *El tercero hipotecario y la anotación de embargo*, ADC 1994, pp. 91 ss., esp., p. 110, —responden al principio de inoponibilidad los artículos 606 y 1473 CC; además, en la más completa enumeración de GARCÍA GARCÍA, José Manuel: *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, T. II, Madrid 1993, pp. 29-30, los artículos 13, 313 y 225 LH; 1526 y 1549 CC; y 5 LPH.

en la reforma hipotecaria de los años cuarenta. Lo suprimió la Ley de Reforma de 1944, aunque finalmente fue recuperado como artículo 32 por el Texto Refundido de 1946. De esta crisis vino la reacción que, tras su caída en el olvido y el desinterés, rescató para el nuevo artículo 32 la atención que inicialmente se prestaba al 23 en su consideración de expresión sintetizada del sistema. Sobre la clave del artículo 23, dirá Núñez Lagos<sup>9</sup>, se construyó el edificio de la Ley Hipotecaria; y volviendo a él –añadirá Carretero<sup>10</sup>– se hace necesario restaurar en nuestro Derecho Registral el principio de inoponibilidad. A partir de ahora se multiplicarán los esfuerzos por asignarle campo propio, concretar las condiciones necesarias para su aplicación<sup>11</sup>, y lograr su reconocimiento como auténtico y fundamental principio hipotecario<sup>12</sup>. Es mucho lo que en esta línea se ha alcanzado, aunque no tanto como para poder considerar admitida común y pacíficamente su aceptación. El principio de inoponibilidad goza hoy de un cierto reconocimiento oficial como uno de los grandes principios configuradores de nuestro sistema registral<sup>13</sup>, pero el monismo hipotecario sigue contando con importantes valedores.

¿Cómo ha sido posible este estado de cosas? Varias, y de distinta naturaleza, son las causas que pueden explicarlo. Según nosotros las vemos, podrían señalarse las siguientes:

En primer lugar, y en el plano más superficial: la natural torpeza en la percepción y expresión de los principios hipotecarios detectable en los momentos fundacionales del Registro de la Propiedad. Los autores de la Ley Hipotecaria sólo distinguie-

<sup>9</sup> NÚÑEZ LAGOS: «El Registro de la Propiedad español», *RCDI*, 1949, pp. 241-243; ídem.: «Tercero y fraude en el Registro de la Propiedad», *RGLJ*, 1950, pp., esp., 573-582.

<sup>10</sup> CARRETERO GARCÍA, Tirso: Los principios hipotecarios y el Derecho comparado, *RCDI*, 1974, pp. 26: «Por ello pretendemos restaurar las líneas originarias del principio latino de inoponibilidad consagrado por la ley de 1861 en su artículo 23 ...»; la misma idea, con anterioridad, en «Retornos al Código Civil», I y II. *RCDI*, 1962, pp. 227 ss. y 1965, pp. 75 ss., respectivamente.

<sup>11</sup> Cfr., sobre todo, LACRUZ-SANCHO: *Derecho Inmobiliario Registral*, Barcelona 1968, pp. 195-235, y AMORÓS GUARDIOLA, M.: «La buena fe en la interpretación de los problemas hipotecarios», *RCDI*, 1967, pp. 1523-1586.

<sup>12</sup> Así, GARCÍA GARCÍA, J. M.: *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, I, Madrid 1988, pp. 541-542, y II, *cit.*, pp. 29-226.

<sup>13</sup> A él se refiere el Preámbulo del Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, por el que se modifican determinados artículos del Reglamento Hipotecario: [...] *fiel al principio de inoponibilidad respecto de terceros de lo no inscrito* [...]. Antes, la Instrucción de 29 de octubre de 1996, de la DGRN, sobre medios técnicos en materia de comunicaciones entre Registradores y ordenación de sus Archivos («BOE» 9-11-96), Preámbulo: «Más aún debe concretarse dicho contenido, si se tiene en cuenta el sistema de *numerus apertus* por el que se rige nuestro Derecho, civil y registral, causa de la amplitud y eficacia de la protección jurídica extrajudicial que los principios de legitimación, fe pública e inoponibilidad prestan a los derechos y pactos inscritos y a sus titulares».

ron dos: los caracterizadores del sistema germánico, el de especialidad y el de publicidad<sup>14</sup>. Tampoco debe llamar la atención que así fuera: la intuición del fin y la elección de los medios conducentes al mismo, es normalmente anterior a la explicación analítica y detallada del complejo instrumento construido para obtenerlo. En este sentido se entiende perfectamente que la depuración conceptual de los principios hipotecarios, así como su identificación y denominación diferenciada, como perteneciente al periodo analítico-explicativo de la obra ya realizada, sea posterior a la edificación del sistema registral. Valga esta somera indicación para explicar que en el arranque de éste no se encuentre referencia alguna al principio –así distinguido y denominado– de inoponibilidad; lo que no equivale a decir que tal inoponibilidad no estuviera consciente y reflejamente presente en la ideación del sistema registral y en la concepción de su finalidad y eficacia. Justamente, en la inoponibilidad ven los autores de la Ley el sentido preciso atribuido a la publicidad cuando, erigida en principio fundamentador del edificio, se hace necesario concretar su efectividad y resultado: ... *consiste ésta ... en que quien tenga derechos que haya descuidado inscribir ...* Al igual, pues, que ocurre con el de fe pública registral, el principio de inoponibilidad queda indiferenciado e innominado como principio en los primeros tiempos, reducido a ser una manifestación –las más destacada, ciertamente, en aquellos momentos– del principio global de publicidad.

Pasando del plano más superficial de la percepción separada y de la denominación diferenciada, y yendo al problema de fondo, la conflictividad del principio de inoponibilidad en nuestro Derecho registral se alimenta en la peculiar condición de nuestro ordenamiento hipotecario. Peculiaridad, porque, confesándose germánico, no lo es hasta el extremo de atribuir valor constitutivo a la inscripción, sino que, en este punto, se alinea con el modelo latino, y hace de la toma de razón registral simple elemento de oponibilidad a terceros. Pero la adopción de esta medida, tampoco lleva a convertir en latino a nuestro Registro: desarrollado técnicamente y dando protección a la confianza depositada en la información registral, consigue un efecto de publicidad positiva totalmente

---

<sup>14</sup> Baste recordar aquí el texto de LUZURIAGA: *op. cit.*, p. 927: «La Comisión General del Códigos adoptó desde luego resueltamente los dos grandes principios de *publicidad* y *especialidad* de las hipotecas: la Sección del Código Civil ha hecho la aplicación de estos principios en este título y en el siguiente, y en consecuencia nuestra Ley Hipotecaria concuerda con los Códigos o leyes hipotecarias que han abrazado aquel *doble principio*; sistema que ha recibido el nombre de Alemán, porque en efecto la Alemania es su cuna y su principal teatro» (cva. del a.).

ajeno a los Registros latinos. Sistema peculiar, pues, el nuestro, y sistema cuya calificación puede verse dificultada, además de por su propia composición «mixta» o de síntesis <sup>15</sup>, según acaba de indicarse, por la desorientadora o desconcertante circunstancia de que su propia efectividad positivo-germánica será muy frecuentemente explicada en los primeros tiempos recurriendo a la terminología latina.

Y queda todavía un tercero y muy importante factor explicador del eclipse del principio de inoponibilidad en nuestro Derecho: que una vez llegados en la práctica a la inscripción registral, y desencadenado por ésta el efecto de la fe pública registral, es ya muy reducido el campo que queda al principio neto y autónomo de inoponibilidad. Apenas una inscripción se engarce en otra anterior, al segundo inscribiente le basta con la fe pública registral para obtener del Registro toda la protección que del mismo puede esperarse. Lo que después se llamó «el aplastamiento» <sup>16</sup> del artículo 32 (originario 23) por el 34 de la Ley Hipotecaria, aunque con algo de exageración, no vino sino a expresar el resultado natural de la convivencia, dentro de un mismo sistema, de elementos tan desiguales como los principios de inoponibilidad y fe pública registral. Aun con su cuña de inoponibilidad latina, un ordenamiento inmobiliario que da entrada en su mecanismo al principio de fe pública, puede obtener sobre ésta sola su finalidad aseguradora del tráfico sin experimentar grandes carencias.

Estas razones, fácilmente hipotizables en su condición de causa del obscurecimiento del principio de inoponibilidad cuando éste se plantea en términos de posibilidad abstracta, son las que concretamente y de hecho han influido efectivamente en la realidad histórica de su solapamiento en nuestra doctrina sobre la publicidad registral inmobiliaria. La idea de los principios hipotecarios, y el interés por su detección y exposición, es alemana; pero, no existiendo en Alemania un principio autónomo de inoponibilidad, y, al mismo tiempo, gustando nuestros hipotecaristas en inspirarse en la doctrina alemana e interpretar nuestro sistema a imagen del alemán, fácilmente se entiende que en nuestras enumeraciones de los principios hipotecarios no haya aparecido por regla general el de

---

<sup>15</sup> Cfr. CARRETERO: *Retornos* II, *cit.*, pp. 135-136: «Es conveniente acercarse al Derecho Hipotecario comparado con la idea de que nuestro sistema es una síntesis de los latinos y los germánicos que se inclina a los latinos, en el problema de la inscripción como modo [dice] y a los germánicos en el de las presunciones derogadoras del *Nemo dat quod non habet*. Esta posición sintética, más que intermedia [...]».

<sup>16</sup> CARRETERO: *Retornos...*, II, *cit.*, p. 93: «Si hacemos una apretada síntesis de la historia de nuestra legislación hipotecaria, habremos de decir que se reduce a un involuntario aplastamiento del artículo 32 por el artículo 34».

inoponibilidad de lo no inscrito<sup>17</sup>. Desde otro punto de vista, el efecto de la inoponibilidad de lo inscribible no inscrito es típicamente latino, y, considerándose en nuestra doctrina que nuestro sistema hipotecario —sea originariamente, sea por evolución posterior<sup>18</sup>— es germánico, no puede llamar la atención que buena parte de la doctrina haya considerado incompatible la inoponibilidad latina con el germanismo de nuestro sistema registral<sup>19</sup>; y que, en consecuencia, no haya entendido posible en nuestro Derecho registral más inoponibilidad de lo no inscrito que la negativamente implícita en la fe pública registral: el artículo 32 no es más que uno de los supuestos de inexactitud registral comprendido en el 34 LH<sup>20</sup>.

<sup>17</sup> En las obras más recientes, el principio de inoponibilidad aparece, nominalmente indicado junto al de legitimación y fe pública, dentro del de publicidad, en CHICO Y ORTIZ, José María: *Seguridad jurídica y revisión crítica de los principios hipotecarios*, Madrid 1994, p. 92; igualmente, denominado principio pero no destacado como tal, en PAU PEDRÓN, A.: *Manual de Derecho Registral Inmobiliario*, 1996, p. 79: «Además, la ineficacia de lo no inscrito puede derivar, en rigor, de dos distintos principios registrales: el de fe pública, en uno de sus aspectos —cuando lo no inscrito es un título de dominio o de otro derecho real (art. 32)—, o de inoponibilidad en sentido estricto —cuando lo no inscrito es un título anotable—; silenciado, en CHICO Y ORTIZ: *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, I, Madrid 1989, pp. 173-176; CRISTOBAL MONTES, A.: *Introducción al Derecho Inmobiliario Registral*, Zaragoza 1986, pp. 224-272; y CANO TELLO: Celestino: *Iniciación al estudio del Derecho Hipotecario*, Madrid 1982; indeciso en cuanto a su autonomía, MONSERRAT VALERO, A.: en su *Derecho Inmobiliario Registral*, Madrid, 2000, pp. 31-33, aunque poco después tome postura contra ella (Cfr. ID.: «En defensa de la tesis monista del tercero hipotecario», *RDP* 2001, pp. 505-520).

<sup>18</sup> Lo de la evolución del sistema hipotecario es cosa afirmada por todos, pero entendida en distinta forma y con matices diferentes. Por indicar algunos casos: para ROCA SASTRE (*El problema ...*, cit., pp. 819-822, y anteriormente, en «La nueva Ley de reforma hipotecaria», separata de la *RGLJ*, Madrid 1945, pp. 22-23) la evolución se produce dentro de la adscripción de nuestra Ley al patrón germánico, en el *in crescendo* que va desde el atisbamiento de la fe pública en 1861 hasta su completo desarrollo en 1944-46; para NÚÑEZ LAGOS puede distinguirse una primera evolución en la misma gestación de la Ley, en cuyo final, solamente, se incorpora el artículo (cfr., lugares citados *supra* en la anterior nota 9), y, al parecer otra, posterior ya a su nacimiento, gracias a la cual podrá decirse que nuestro sistema registral, «si un día fue un inmigrante alemán, hoy es ya completamente español. Las hojas de morera germánicas son ya rica seda española» (El Registro de la Propiedad español, *RCDI*, 1949, p. 141); para COSSÍO: *Instituciones de Derecho Hipotecario*, 2.ª ed. Barcelona 1956, pp. 220-221, se produce, casi inadvertidamente, al pasar en la reforma de los cuarenta del originario artículo 27 al 34 actual: de esta forma la Ley Hipotecaria deja de estar influida por el sistema de transcripción y se aproxima al Código alemán.

<sup>19</sup> La incompatibilidad de los sistemas registrales fue ya señalada por OLIVER Y ESTELLER, Bienvenido: *Derecho Inmobiliario Español. Exposición fundamental y sistemática de la Ley Hipotecaria*. Madrid 1892 pp. 231-232: «[...] los principios que informaban las legislaciones extranjeras que en 1855 representaban cada uno de los dos sistemas alemán y francés, eran no sólo distintos, sino abiertamente contrarios; no podían fundirse ni amalgamarse para formar con ellos un verdadero código científico; eran, como lo son hoy y lo serán siempre, verdaderamente irreductibles». La afirma posteriormente ROCA SASTRE: *El problema ...*, cit., pp. 818-819, 821; y se la invoca hoy, e. c., por VALPUESTA, M.ª R. : *Derechos reales y Derecho Inmobiliario Registral* (Coords. LÓPEZ LÓPEZ y MONTÉS PENADÉS), Valencia, 1994, pp. 878-882; a cuya opinión se adhiere MONSERRAT VALERO, A.: *Derecho Inmobiliario ...* cit., p. 234, nota 49, y, posteriormente, *En defensa ...*, cit., p. 513.

<sup>20</sup> Principalmente, y por todos ROCA SASTRE: *El problema de la relación ...*, cit. Para la consideración de esta doctrina como mayoritaria: LASARTE, C.: *Principios de Derecho Civil*, 5.º, Madrid 2001, p. 424.

De hecho –se dirá<sup>21</sup>– aunque en nuestra Ley Hipotecaria el originario artículo 23, por su formulación y por su fondo, pudiera parecer una norma de inspiración francesa, consagrada del polémico principio de inoponibilidad, lo cierto es que el más autorizado comentarista de la Ley lo entendió al modo germánico, como un particular supuesto de aplicación de la fe pública registral: la omisión de la inscripción –venía a decir De la Serna– no puede ceder en perjuicio de quien por ella fue llevado a error creyendo en la exactitud del Registro<sup>22</sup>. En definitiva: que en nuestro sistema registral no queda espacio para un principio autónomo de inoponibilidad de lo no inscrito al tercero que inscribe. La inoponibilidad que como inoponibilidad latina parecería resplandecer con gran alcance en el artículo 32 LH no es más que la inoponibilidad más restringida que, como ingrediente o aspecto negativo de la fe pública registral, se produce en los sistemas germánicos.

El planteamiento que acabamos de recoger, por más extendido que esté, no puede ser considerado como el único posible, ni siquiera como el planteamiento acertado. En realidad, la fragilidad de su argumentación invita al esfuerzo por superarlo. Sin entrar a fondo en cada una de las cuestiones que suscita, veámoslo *grosso modo* y con la exclusiva finalidad, en este momento, de comprobar que no está cerrado en nuestro Derecho el camino hacia el reconocimiento de un principio registral autónomo de inoponibilidad de lo inscribible no inscrito.

Que en las enumeraciones alemanas no aparezca tal principio, no debe significar por sí solo gran cosa para lo que al respecto deba ocurrir en nuestro Derecho. Sobre las bases del Derecho español de Cosas, distintas a las del Derecho alemán, no puede montarse, sin más, un sistema registral que sea mero trasunto del alemán<sup>23</sup>. Concretamente, la diferencia de los sistemas transmisivos alemán y español justifica perfectamente que, al no ser constitutiva la inscripción, *loco traditionis*, en nuestro Derecho, y siendo, por tanto, posible en él la transmisión negocial *inter vivos* sin la intervención

<sup>21</sup> Cfr. ROCA SASTRE: «Transcendencia de la Ley Hipotecaria de 1861», *RCDI*, 1962, p. 601: «Claro que LA SERNA refería tales palabras [las que responden a lo que en el porvenir había de ser el denominado principio de fe pública registral] al artículo 23 de la Ley, pero esto demuestra la comunicabilidad del doble dispositivo protector de terceros adquirentes [...] (cva. del a.).»

<sup>22</sup> Cfr. SERNA: *op. cit.*, p. 567: «[...] pero si no lo hizo [si el primer comprador no inscribió], dando lugar a que otro engañado por el silencio del Registro comprara la finca, creyendo que el dominio existía aún en el que la vendió, este nuevo adquirente no podrá ser perjudicado por la compra anterior: para él, cualquiera que sea el que posea la finca, no hay otro dueño que el que como tal aparece inscrito en el Registro.»

<sup>23</sup> Tenemos que remitirnos aquí a lo dicho en nuestro trabajo *Bases del Derecho de Cosas y Principios Inmobiliario-Registrales*, ADC 1995, pp. 527-694.

del Registro, la inscripción de los derechos así transmitidos y adquiridos, o su omisión, provoque sobre éstos, en caso de conflicto, un efecto favorecedor o perjudicial, respectivamente, imponible en el sistema alemán de transmisión por acuerdo e inscripción; pero muy congruente, *a priori*, en un sistema donde, aunque la inscripción no sea constitutiva, la publicidad registral es positivamente incentivada y favorecida, en tanto que instrumento de seguridad del tráfico inmobiliario.

Tampoco cierra el camino al principio de inoponibilidad en nuestro Derecho la naturaleza latina de tal principio, aunque nuestro sistema registral sea sustancialmente germánico. Lo hemos indicado ya: germánico, pero sin inscripción constitutiva. Y, justamente, esa peculiaridad consistente en no hacer intervenir al Registro en el mecanismo transmisivo de los derechos reales, es lo que, en ese punto, asimila nuestro Derecho al francés, y da razón de que en él tenga cabida el principio latino de inoponibilidad. ¿No se advierte que, de no admitirse así, se hace forzoso dar entrada en nuestro Derecho al contenido nuclear del principio de inoponibilidad, camufladamente, al amparo del principio —éste sí, admitido sin reparos— de prioridad, asignando a éste un contenido distinto y más amplio que el que admitiría en un sistema pura y absolutamente germánico<sup>24</sup>?

Finalmente, que Serna involucre el artículo 34 en el original 23, no significa que la inoponibilidad de lo no inscrito haya de diluirse necesariamente en la fe pública registral. Otros textos del mismo De la Serna la fundamentan expresamente, al modo latino, en la prioridad<sup>25</sup>. La involucración indicada manifiesta tan sólo que, sin atender separadamente a cada uno de estos principios, se imagina el planteamiento del problema de la doble venta en la

<sup>24</sup> Puede verse ello, nos parece, en CRISTÓBAL MONTES, A.: *op. cit.*, p. 271, donde los artículos 606 y 1473 CC y 32 LH aparecen recogidos como exponentes del principio de prioridad. Por otra parte, para el mayor significado de la prioridad registral en los Registros latinos, frente a su papel en los germánicos, *vid.* NÚÑEZ LAGOS: *El Registro de la Propiedad ...*, cit., p. 155: «En el sistema alemán del BGB, como no hay prioridad, sino *intra tabulas*, porque el Registro es necesariamente íntegro —lo no inscrito no existe—, el rango absorbe todo el principio de prioridad». Cfr., efectivamente, en tal sentido STAUDINGER-ERTL (en STAUDINGER, J. von: *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, 12., neubearbeitete Auflage. Drittes Buch, Sachenrecht 1989), Vorbem. zu §§ 873-902, Rz 32.3: «f) Nach dem Ranggrundsatz stehen Rechte zu den anderen Rechten am gleichen Grundstück in einem Rangverhältnis, das für den Wert des Rechts und seine Priorität in der Zwangsvollstreckung (vgl §§ 10 ff. 109 Abs 2 ZVG) entscheidend ist». Para el Derecho registral suizo, la obra de DESCHENAUX, H.: *Le Registre Foncier*, 1983, pp. 6-9, ni siquiera enuncia el principio de prioridad.

<sup>25</sup> Cfr. para la doble venta, SERNA: *op. cit.*, p. 665: «No debe olvidarse aquí, que según otro artículo de la Ley [se refiere al 17] ... cuando se ha inscrito en el Registro cualquier título traslativo del dominio de los inmuebles, no puede inscribirse otro de fecha anterior por el cual se transmita la propiedad del mismo inmueble».



situación de futuro previsible como normal y deseable: estando ya inscrita la finca sucesivamente vendida; caso en el cual, efectivamente, la no inscripción de la venta anterior dará normalmente lugar a una inexactitud registral contra la que el posterior comprador debe ser defendido por medio del principio de fe pública registral. Pero que así ocurra en tal caso, no significa que cuando no hay previa situación inscrita en la que poder confiar, al amparo del puro artículo 32 (originario 23) y en aplicación del principio de inoponibilidad y de su inmediata consecuencia, el de prioridad registral (art. 17), no pueda ser protegido el primer comprador que inscribe frente al que, habiendo adquirido antes, dejó de inscribir su adquisición. Es lo que acabamos de ver en el texto de Serna últimamente citado. Por otra parte, y atendiendo ahora más a lo terminológico que a lo conceptual y de fondo, debe advertirse que en los momentos fundacionales de nuestro sistema hipotecario, con una misma terminología –la francesa– se explican los efectos latinos y germánicos de la publicidad: la misma involucración del artículo 34 en el originario 23, observable en el comentario de Serna a este último, puede también observarse, ahora en sentido inverso, en el del 34<sup>26</sup>. Incluso, saliendo es estos preceptos, una misma terminología francesa sirve para explicar la prioridad latina establecida en el artículo 17<sup>27</sup> y el germánico *tracto sucesivo* impuesto en el 20<sup>28</sup>. Todo

<sup>26</sup> Cfr. SERNA: *op. cit.*, p. 635: «6.<sup>a</sup> Que la protección que da la Ley al adquirente de buena fe se limita a dejar salvos los derechos que creyó adquirir contra los que teniendo otros derechos legítimos dejaron de inscribirlos antes que los suyos y le indujeron por omisión a error, haciéndole creer que a su adquisición no había precedido otra más antigua y legítima [...]. 7.<sup>a</sup> Que por consecuencia la Ley castiga sólo al que no inscribe cuando da lugar por su apatía a que un tercero adquiera con buena fe la finca engañándose sobre quién era su dueño [...]. 8.<sup>a</sup> [...] Sólo el tercer adquirente de buena fe puede obtener victoria contra el dueño cuando éste dejó de inscribir oportunamente su título de propiedad, dando lugar a que aquel se anticipase a inscribir el suyo».

<sup>27</sup> Cfr. SERNA: *op. cit.*, p. 524: «La disposición única que este artículo comprende tiene bastante importancia, porque es una consecuencia necesaria y una explicación práctica del principio general que domina en la Ley de que sólo pueden perjudicar al adquirente o al prestamista los actos y contratos, derechos y gravámenes que estén en el registro antes de hacer éste su inscripción»; ídem., pp. 525-526: «Esta disposición [...] es una consecuencia rectamente deducida de la regla general de que el que inscribe un derecho se antepone al que dejó oportunamente de inscribir el que había adquirido *en la misma cosa*».

<sup>28</sup> Cfr. SERNA: *op. cit.*, p. 548: «Si la Ley no tuviera este artículo, u otro que concedido en términos parecidos consignara el mismo precepto, podría ser profundamente trastornadora del dominio y de los demás derechos *en las cosas inmuebles*, en lugar de darles la protección, garantía y seguridad, que son los motivos principales que han promovido la reforma hipotecaria. Bastaría que un malvado, que sin tener un derecho *en la finca* cuya inscripción no constara en el Registro, la vendiera a otro que no participara del engaño, o que aunque lo supiera y obrara con dolo, no fuera posible demostrarlo, para que el verdadero dueño o el que tuviese a su favor otro derecho real no inscrito quedaran despojados de lo que legítimamente les corresponde, porque los títulos no inscritos, como dice más adelante otro artículo de la Ley [remite al 23], no pueden perjudicar a tercero. Necesario era, por lo tanto, adoptar una precaución que saliera al encuentro de semejantes fraudes, y este artículo contiene la que en nuestro concepto podría ser más eficaz para conseguirlo.

No es por lo tanto exacto, como se ha dicho, equivocadamente en nuestro concepto, por alguno de los que han querido explicar este artículo, que a los ojos de la Ley la propie-

tiende a resolverse en la inoponibilidad del derecho no inscrito al tercero que inscribe el que él ha adquirido. Pero, ni esta tendencia a expresar en terminología francesa soluciones impuestas por los principios germánicos, ni la posible concurrencia de la no inscripción de una adquisición anterior con una situación previamente inscrita y, como tal, generadora de fe pública registral, permiten negar que cuando no hay previa inscripción, la simple inoponibilidad de lo no inscrito y la prioridad registral, puedan proporcionar al primer comprador que inscribe una protección exquisitamente registral no subsumible en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria y autónomamente sustentada en el 32.

Siendo ello así, resultando inconcluyentes los motivos que llevan al desconocimiento o negación del principio de inoponibilidad en nuestro Derecho, podemos sentirnos autorizados para emprender el camino hacia la búsqueda y fundamentación de dicho principio. Creemos que sólo así seremos fieles intérpretes de un sistema que —aun sin omitir por completo la referencia a la fe pública registral en sus textos fundacionales<sup>29</sup>— tan destacada y frecuentemente recurre en ellos a la idea de la inoponibilidad para expresar el efecto atribuido a la inscripción<sup>30</sup>; sólo así seguiremos la senda trazada por sus autores, que, en la expresión de Lacruz, en trance de elegir entre los modelos registrales alemán y francés, procedieron «por adición», más que por la elección de uno con exclusión absoluta

---

dad y los derechos reales que no están inscritos, no tienen existencia; la Ley no autoriza semejante doctrina en ninguna de sus disposiciones. Se limita por el contrario a decir que el derecho no inscrito no puede perjudicar a tercero, porque de otro modo se convertiría en daño del adquirente de buena fe la omisión que no había podido ni evitar, y porque es más justo que ceda en perjuicio del que pudiendo inscribir no lo hizo, dando lugar al error cuyas consecuencias recaen sobre él, tanto por ser el culpado, como porque se supone por presunción legal que el que no usa oportunamente de su derecho de inscribir, renuncia tácitamente a la prelación que más previsor hubiera tenido sobre el adquirente posterior que inscribió antes. Y esto lo expresó de un modo terminante la Comisión que formó la Ley Hipotecaria, como en su lugar queda expuesto al transcribir los motivos generales de su proyecto [Y remite en nota al § que comienza con las palabras: *Según el sistema de la Comisión...*].

<sup>29</sup> Cfr. E. M. 1861, en *Leyes Hipotecarias y Registrales ...*, cit., p. 333: «La pena de nulidad por defecto de inscripción no podía ser tomada en cuenta, atendiendo al principio del proyecto que no altera las obligaciones y derechos por falta de inscripción entre los que son parte en el acto o contrato en que debe hacerse, limitándose a salvar los derechos del tercero que adquirió el dominio u otro derecho real sobre bienes inmuebles, en la seguridad de que estaban libres de cargas o responsabilidades que no aparecían en el Registro».

<sup>30</sup> Cfr. Díez-PICAZO: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, III, Madrid 1995, p. 471: «El artículo en cuestión [el actual 32, originario 23 LH] constituía la pieza clave del sistema instaurado en 1861. El principio fundamental de aquella ley y una de las bases de la misma era que los títulos que han dejado de inscribirse no perjudican a terceros». En la idea del predominio de la inoponibilidad en la Ley de 1861 insisten AMORÓS GUARDIOLA: *Comentarios...*, cit., pp. 281-288 y GARCÍA GARCÍA: *Derecho Inmobiliario...*, cit., pp. 56-62 para fundamentar, respectivamente, la autonomía del artículo 32 respecto al 34 LH, o el propio principio registral de inoponibilidad.

del otro<sup>31</sup>; y sólo así, en fin, lograremos evitar la inutilidad de la primera inscripción en nuestro Derecho<sup>32</sup>, y la falta de solución registral a un problema excluido *a limine* en el Derecho alemán pero perfectamente posible en el nuestro: el de la doble venta de finca no inmatriculada<sup>33</sup>.

Pasemos, pues, a la fundamentación del principio de inoponibilidad, a su deslinde respecto del de fe pública registral, y a la determinación de su campo de juego y requisitos de aplicación.

## II. FUNDAMENTACIÓN LEGAL DEL PRINCIPIO DE INOPONIBILIDAD EN SU ÁMBITO MÍNIMO

### 1. Sobre el modo de proceder para la fundamentación legal del principio de inoponibilidad

Teniendo en cuenta las condiciones del soporte normativo de la discusión acerca del problema planteado y el tono de la argumenta-

<sup>31</sup> LACRUZ-SANCHO: *op. cit.* (ed. 1984), p. 164. La misma idea, en CARRETERO: «Retornos...» *cit.*, II, *RCDI*, 1965, p. 90: «[...] la suma y coordinación del principio de inoponibilidad latino con el de fe pública registral germánico no es un ilícito contubernio, sino precisamente lo que hicieron los autores de la Ley Hipotecaria de 1861».

<sup>32</sup> La afirmación de HERMIDA LINARES, M.: «El Derecho Inmobiliario Español», *RCDI*, 1951, p. 729: «[...] las inscripciones primeras o de inmatriculación no pueden estar protegidas por el principio de publicidad» —nótese que dice *de publicidad*, no de fe pública registral— es abiertamente contraria a los textos de la E. M. de 1861 que concretan el sentido exacto atribuido a la publicidad, p. 228 (el principio que, con el de especialidad venía a informar toda la Ley), y aplican sus consecuencias en el caso de la doble venta (pp. 237-238): «Así, una venta que no se inscriba ni se consume por la tradición, no traspasa al comprador el dominio en ningún caso; si se inscribe, ya se lo traspasa respecto a todos; si no se inscribe, aunque obtenga la posesión, será dueño con relación al vendedor, pero no respecto a otros adquirentes que hayan cumplido con el requisito de la inscripción» Es muy claro que la afirmación de Hermida supone una ilegítima identificación del principio de fe pública con el de publicidad, en el sentido amplio que le atribuían los autores de la Ley. Nosotros, distinguiendo dentro del genérico principio de publicidad el de fe pública y el de inoponibilidad, estamos en este punto con VILLARES PICÓ, M.: «La polémica entre hipotecaristas sobre la tesis monista o dualista del tercero hipotecario perjudica la eficacia de la inscripción», *RCDI*, 1966, p. 373: «Por todo lo expuesto, el afirmar rotundamente que el inmatriculante, que es el *pionnier* que abre camino, que inicia la hoja registral de la finca, nunca podrá valerse de su condición de tercero hipotecario, es tanto como decir que la inscripción de inmatriculación no le va a servir a su titular para nada, como no sea para la prioridad formal, y si acaso para la legitimación dispositiva en la obtención de un préstamo hipotecario»; y con AMORÓS: *La buena fe ...*, *cit.*, p. 1544: «Pero es que, además, [la tesis de que el tercero del artículo 32 no necesita previa inscripción para estar protegido] tiene en su favor otra razón práctica y real de no pequeño peso: la necesidad de que resulte protegido el inmatriculante sin tener que esperar a una transmisión onerosa posterior. Porque, si no, ¿de qué le sirve formalizar y legitimar su situación, satisfacer gastos e impuestos?».

<sup>33</sup> «¿Es admisible, entonces, —dicen LACRUZ-SANCHO: *op. cit.*, p. 175— que en un Derecho como el español, de inscripción no constitutiva para las transferencias por negocio jurídico *inter vivos* (sería distinto en el alemán), el dispositivo de protección del Regis-

ción doctrinal de sus opuestas soluciones, resultaría escasamente útil y altamente exasperante tener que entrar a desentrañarlo en detalle repasando uno por uno los preceptos legales o las razones doctrinales conducentes a la fundamentación y defensa de su verdadera solución. Nosotros no vamos a proceder de ese modo. Ni vamos a reproducir los términos de la polémica según ésta se ha producido hasta nuestros días<sup>34</sup>, ni vamos a dejarnos arrastrar al tono de una discusión que hace ya algún tiempo fue considerada «bizantina»<sup>35</sup>. Tampoco vamos a intentar detectar cuál o cuáles son los preceptos legales que sirven para fundamentar el principio de inoponibilidad frente a los que apoyan y aplican el de fe pública<sup>36</sup>, tarea ésta difícil y de incierto resultado, tanto por el hecho ya indicado de que nuestro legislador formuló latinamente soluciones germánicas, como por la razón más de fondo –justamente, la que hizo posible este dato– de que un mismo efecto de protección registral puede ser expresado negativa o positivamente, de forma tal que la redacción de la norma que lo impone, por sí sola, será poco orientadora<sup>37</sup>. ¿Cuál va a ser, entonces, nuestro modo de pro-

---

tro esté tan mal montado, que lo que ocurre en legislaciones relativamente rudimentarias, como la francesa, la belga o la italiana, no tenga lugar aquí [...]?».

<sup>34</sup> Su presentación, por solo remitir a las más significativas desde el punto de vista monista y dualista, respectivamente, puede verse en ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, I., 7.<sup>a</sup> ed. Madrid 1979, pp. 546-577, ID: *El problema de la relación ...*, cit., pp. 781-829; y en GARCÍA GARCÍA: *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, II, cit., pp. 91-174. La presenta también con detalle MERINO GUTIÉRREZ, Arturo: *El tercero hipotecario y la anotación de embargo*, ADC 1994, pp. 96-112.

<sup>35</sup> CARRETERO: *Los principios hipotecarios ...*, cit., p. 36: «Pero la polémica entre ambos maestros [se refiere, obviamente a ROCA SASTRE y NÚÑEZ LAGOS] terminó en discusión bizantina». Por ello, CARRETERO, para restaurar el principio de inoponibilidad, y «para simplificar el laberinto polémico del que nuestra doctrina no acierta a salir» [ib.], acudirá al Derecho comparado y a la consideración de la realidad del problema propuesto.

<sup>36</sup> Desde su posición monista, ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, I, cit., pp. 534-535, distingue, refiriéndose a la Ley de 1861, entre el artículo 34, precepto principal en la formulación de la fe pública registral, que se completaba con otros, principalmente los contenidos en los artículos 36-38, y otros que, girando en torno al 23 (arts. 25, 29.1, el 35.1 y 2, el 90.2, el 152.1, el 144, el 146, etc.), establecían que los títulos inscribibles no inscritos, no podían perjudicar a tercero. Desde igual posición y con criterio parecido distingue SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.*, pp. 378-379, entre los artículos que en la Ley vigente recogen la fe pública en su aspecto positivo (34, 77, 37.1.<sup>o</sup>) o negativo (37, 29, 31, 40, 220). Desde el punto de vista dualista, GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, pp. 29-30, indica como preceptos inspirados por el principio de inoponibilidad, frente al de fe pública registral, fundamentalmente, los artículos 32 LH y 606 CC; además de ellos, los artículos 13, 313 y 226 LH; 1473, 1526 y 1549 CC, y, «por no alargar demasiado la lista», el artículo 5 de la LPH.

<sup>37</sup> Cfr., desde su posición monista, SANZ FERNÁNDEZ: *Instituciones de Derecho Hipotecario*, I, Madrid 1947, p. 376: «Ahora bien: aunque es cierto que la Ley de 1861 recogió siempre con preferencia el aspecto negativo de la fe pública [...], es indudable que no faltaron en ella algunas importantes manifestaciones del aspecto positivo del principio, aparte de que conceptualmente es muy difícil distinguir uno y otro de un modo absoluto,

ceder? Vamos a intentar ir directamente al fondo del problema; vamos a dejarnos guiar por la más pacífica y elemental doctrina para captar con exactitud y claridad en qué consisten tanto el principio de inoponibilidad como el que con él entra en pugna discutiéndole o pretendiendo para sí su espacio de juego en nuestro ordenamiento hipotecario: el de fe pública registral. Después tendremos que ver si el primero encuentra algún apoyo en nuestro Derecho; algún precepto que lo consagre y le asigne zona peculiar de aplicación no invadida u ocupada por el segundo.

El principio registral de inoponibilidad expresa el genuino efecto protector de la publicidad en los sistemas registrales latinos, y, formando bloque con el de prioridad, se traduce en la preferencia del derecho –aunque posterior– inscrito sobre el anterior que se dejó de inscribir<sup>38</sup>. El de fe pública registral, en cambio, denota la protección del derecho que se adquiere confiando en lo que sobre el mismo publica el Registro<sup>39</sup>. Este último, que por lo que se acaba de decir presupone la previa inscripción del derecho que se va a adquirir<sup>40</sup>, se traduce en la llamada «adquisición *a non domino*»: una adquisición que para ser válida no necesita traer causa del verdadero dueño de la cosa adquirida, y que para ser definitivamente inatacable y firme no necesita esperar a la usucapión. La fe pública registral es así el fruto más consistente y logrado de una publicidad registral que, para poder producirlo, ha tenido que desarrollarse técnicamente, y que, por lograrlo, puede ser calificada

---

hasta el punto de que generalmente, en los preceptos que se citan como manifestación de alguno de ellos, su clasificación depende más de la redacción que de la orientación misma del precepto».

<sup>38</sup> Cfr. artículo 3 de la originaria *Loi sur la Transcription*, de 23 de marzo de 1855: «Jusqu'à la transcription, les droits résultant des actes et jugements énoncés aux articles précédents ne peuvent être opposés aux tiers qui ont des droits sur l' immeuble, et qui les ont conservés en se conformant aux lois ...». Lo comentaba TROPLONG: *Commentaire de la loi du 23 mars 1855 sur la Transcription en matière hypothécaire*, 2.<sup>a</sup> ed. Paris 1864, p. 338: «D'où il suit que si l'aliénateur confère sur l'immeuble des droits réels plus ou moins étendus, ou même aliène de nouveau la propriété entière, ces droits seront valables, à la seule condition d'être publiés avant que l'aliénation antérieure ait été transcrite».

<sup>39</sup> BGB § 892 (1): «Zugunsten desjenigen, welcher ein Recht an einem Grundstück oder ein Recht an einem solchen Rechte durch Rechtsgeschäft erwirbt, gilt der Inhalt des Grundbuchs als richtig [...] Ist der Berechtigte in der Verfügung über ein im Grundbuch eingetragenes Recht zugunsten einer bestimmten Person beschränkt, so ist die Beschränkung dem Erwerber gegenüber nur wirksam, wenn sie aus dem Grundbuch ersichtlich oder dem Erwerber bekannt ist».

<sup>40</sup> Cfr. STAUDINGER-GURSKY, *cit.*, § 892 Rz 5.3: «Nur der Inhalt des Grundbuchs wird nach § 892 Abs 1 S 1 als richtig fingiert; die Eintragung im Grundbuch bildet damit die unerläßliche objektive Rechtscheinbasis. Ein gutgläubiger Erwerb ist deshalb auch nur dann möglich, wenn das Recht, über das verfügt wird, überhaupt im Grundbuch eingetragen ist».

como publicidad positiva<sup>41</sup>. En abierto contraste con la fe pública, la inoponibilidad –el efecto de que el derecho inscrito no resulte perjudicado por el que se dejó de inscribir– ni premia la confianza en el dato registral previo, ni requiere la previa inscripción del derecho en cuya adquisición se va a proteger a quien inscribe. No se monta sobre un Registro técnicamente desarrollado, ni garantiza al adquirente la adquisición *a non domino* en su connatural amplitud. El principio de inoponibilidad denota el efecto de una publicidad justamente calificada como negativa o preclusiva: garantiza a quien inscribe que su derecho no resultará impedido por la existencia de otro otorgado por su causante a favor de cualquiera que no lo haya inscrito; pero no puede garantizarle que su adquisición –la del adquirente protegido por haber inscrito– es definitivamente válida y eficaz: si el transmitente no era dueño, el adquirente que inscribe quedará a merced de la acción reivindicatoria en tanto no logre consumir la usucapción. Protección, pues, relativa, además de negativa o preclusiva<sup>42</sup>.

A la luz de lo que acaba de indicarse inmediatamente se capta que lo que ahora se ha presentado y descrito como dos posibilidades opuestas, puede de hecho venir a superponerse y entrecruzarse en su presupuesto. La fe pública está concebida y montada sobre la hipótesis de la adquisición *a non domino*, mientras que la inoponibilidad de lo no inscrito toma por referencia el caso de la doble venta. Pero, ¿no es perfectamente posible que la doble venta se otorgue respecto

---

<sup>41</sup> Para la contraposición de la publicidad positiva con la negativa, cfr. OLIVER Y ESTELLER, Bienvenido: *Derecho Inmobiliario Español. Exposición fundamental y sistemática de la Ley Hipotecaria*. Madrid 1892, p. 226: «Por eso puede resumirse la eficacia de cada una de dichas inscripciones en estas dos fórmulas: la inscripción alemana produce efectos en *cuanto a tercero*; es decir, a favor y en perjuicio de tercero (efectos positivos). La transcripción o inscripción francesa produce sólo efecto *contra* tercero (efectos negativos)», (cvas. del a.).

<sup>42</sup> El efecto relativo de la publicidad latina, criticado ya en nuestra doctrina por OLIVER Y ESTELLER: *op. cit.*, p. 226, aparece expresamente en el artículo 30 de la Ley de Transcripción de 4 de enero de 1955: «Les actes et décisions judiciaires soumis à publicité [...] sont, s'ils n'ont été publiés, inopposables aux tiers qui, sur le même immeuble, ont acquis, du même auteur, des droits concurrents en vertu d'actes ou de décisions soumis à la même obligation de publicité et publiés [...]». Sobre la desprotección registral del adquirente acerca de la titularidad de su transmitente, y, consiguientemente, sobre la necesidad de aquél de esperar a la usucapción para consolidar definitivamente su adquisición, cfr., respectivamente, RIPERT-BOULANGER: *Traité de Droit Civil III*. Paris 1958, p. 134: «La publicité d'un acte ou d'un jugement n'a pas pour conséquence d'établir à l'égard des tiers l'existence du droit créé ou transmis. Celui qui traite avec un vendeur, après avoir constaté que le vendeur a lui-même transcrit son acte d'acquisition, n'a pourtant pas la certitude que ce vendeur soit propriétaire. La transcription *ne couvre pas le défaut de droit*. Il reste toujours à examiner la valeur des actes publiés»; y TROPLOG: *op. cit.*, p. 391: «D'ailleurs, toute personne prudente, avant de regarder quelqu'un comme propriétaire, doit remonter de mutation en mutation, pendant une période de trente ans, et examiner si aucune d'elles n'a été anéantie, de manière à entraîner dans sa chute celles qui ont suivi».

de finca inscrita por quien en el Registro aparece como su titular? Superposición de hipótesis, pero ¿también de principios registrales llamados a regularla? Es cierto que en el caso indicado, el primer adquirente del derecho previamente inscrito y doblemente transmitido no podrá oponerlo a quien, habiéndolo adquirido después, se adelantó en su inscripción. En este sentido es cierto que en los Registros de desenvolvimiento técnico y eficacia máxima actúa también la idea de la inoponibilidad de lo inscribible no inscrito, pero no como principio autónomo y con contenido propio, sino como componente negativo de la fe pública registral: para el adquirente protegido el Registro se considera, porque exacto, también íntegro<sup>43</sup>. Supuesta la inscripción de la titularidad del transmitente, la protección registral obtenida por el segundo comprador que se adelanta a inscribir excede con mucho a la que podría recibir del escueto y mero principio de inoponibilidad. Advertido esto, hemos quedado situados en la mejor posición –nos parece– para plantearnos y abordar el problema de la admisibilidad del principio de inoponibilidad en nuestro Derecho. ¿Tiene sentido admitirlo como principio autónomo en un sistema registral que, como el nuestro, consagra abiertamente el de fe pública registral? ¿Qué puede añadir a la intensidad y contundencia de ésta el efecto más limitado del principio de inoponibilidad, propio, además, de sistemas registrales distintos al nuestro, por no serlo de desenvolvimiento técnico? La solución contraria a la vigencia de este principio en nuestro Derecho sería indudable si los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria se entienden ser normas que responden a una misma inspiración, dependen de un presupuesto común, y cuya aplicación exige iguales requisitos en el tercero registralmente protegido. Pero ese es, justamente, el problema a dilucidar y resolver. De su solución depende el criterio a seguir en orden a la admisión del principio autónomo de inoponibilidad, o a la reclusión de ésta en el de fe pública registral como un aspecto o ingrediente del mismo.

---

<sup>43</sup> Ya en el § 892 BGB: «[...] Ist der Berechtigte in der Verfügung über ein im Grundbuch eingetragenes Recht zugunsten einer bestimmten Person beschränkt, so ist die Beschränkung dem Erwerber gegenüber nur wirksam, wenn sie aus dem Grundbuch ersichtlich oder dem Erwerber bekannt ist». Sobre ello, STAUDINGER-GURSKY: § 892 Rz 181: «Nach der negativen Seite wird dem Erwerber die Vollständigkeit des Grundbuchs gewährleistet in Ansehung aller eintragungsfähigen Rechte, die nicht durch besondere gesetzliche Vorschrift [...] der Wirkung des öffentlichen Glaubens entzogen sind. Der redliche Erwerber erlangt das Recht also frei von sämtlichen eintragungsfähigen (und nicht unter die betreffenden Ausnahmenvorschriften fallenden) Belastungen [...]»; WEIRICH, Hans-Armin: *Grundstücksrecht*, 2.<sup>a</sup> Aufl. München 1996, p. 194: «Zugunsten des gutgläubigen Erwerbwers "gilt" das Grundbuch als richtig. Das bedeutet: –Eingetragene Rechte gelten als bestehend (= positiver Vertrauensschutz) [...]. –Nicht eingetragene Rechte gelten als nicht bestehend (= negativer Vertrauensschutz) [...]».

Avisados, pues, de la importancia de la tarea a emprender, entremos en la comparación de los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria. Aunque, previamente a ello, ¿precisamente de estos artículos, y por qué? La pregunta puede parecer ociosa: el vigente artículo 32 (originario 23) es el precepto que por su redacción y contenido más claramente deja ver el influjo latino o francés en la concepción y elaboración de nuestra Ley Hipotecaria; el 34, a su vez, fue entendido desde el primer momento –de ahí la polémica que suscitó, la resistencia que encontró, y la reforma a que se le sometió en 1869– como el que introducía en nuestro Derecho la peligrosa figura de la adquisición *a non domino* en favor de quien adquiriría de titular registral. Siendo ello así, no hay duda de que los preceptos indicados son los que deben compararse entre sí para ver si efectivamente cada uno de ellos responde a principios distintos y desde ellos impone diferentes efectos, o si, por el contrario, uno y otro deben ser reducidos a unidad, integrados en el conjunto sistemático, unitario y coherente, de nuestra Ley Hipotecaria. ¿Cuál es, entonces, la razón de la duda? Por parte del artículo 32 –aparte los escrúpulos que en algunos suscita lo anómalo de su resurrección en el TR de 1946, después de haber desaparecido en la Ley de reforma de 1944–, prácticamente ninguna, aunque sobre su significado y alcance convenga recordar aquí la inmediata reacción de un significativo sector de nuestra doctrina contra lo afirmado por Núñez Lagos sobre el contenido de este precepto; por lo que hace al 34, cabría hoy preguntarse si, tras la reforma hipotecaria de los años cuarenta, sigue éste siendo el exponente principal de la fe pública registral en nuestro ordenamiento, o si ha sido el artículo 40 LH el que ha pasado a desempeñar esta función.

En realidad, creemos, ninguna de estas razones da suficiente motivo para tener que alterar los términos clásicos de la comparación. En cuanto al artículo 32, no debe alterarlos, en primer lugar, la peculiar circunstancia de su restauración. Quienes lo consideran un precepto «inútil» o «ridículo», que no debió ser restaurado<sup>44</sup>, expresan aquí un parecer no compartido ni siquiera por los más combativos monistas. Su desaparición en 1944 planteaba, a juicio de Roca

---

<sup>44</sup> SANZ FERNÁNDEZ: *Instituciones...*, I., cit., p. 412: «No obstante las críticas que por la supresión de este precepto se dirigieron a la Ley de 1944, es incuestionable que estuvo perfectamente acertada en la supresión del artículo [...]. La indiscutible vigencia del artículo 606 del Código Civil, que no podía ser derogado por una Ley cuya disposición derogatoria alcanzaba exclusivamente a preceptos de la Ley Hipotecaria anterior, le hacía completamente inútil y causaba una repetición de preceptos indeseable en una buena técnica legislativa»; DEL HOYO, Francisco: «Otra vez el concepto de tercero», *RCDI*, 1949, p. 569: «Este ridículo precepto, que, como muy bien sostienen la mayoría de los autores, debió haber salido de la Ley Hipotecaria [...]».



Sastre, un vacío normativo que habría que integrar desde otras normas; concretamente, en su opinión, desde los artículos 13 y 17 LH<sup>45</sup>. Felizmente, la norma se restableció, pero no para colmar el vacío que obligara a entenderla desde el presupuesto de la previa inscripción, sino, sin tener que prejuzgar ese punto, para continuar manteniendo en la Ley, desde la cobertura de los artículos 606 y 1473 del Código Civil, lo que originariamente expresaba en aquella el originario artículo 23<sup>46</sup>. Tampoco resta protagonismo y significado al artículo 32 lo que respecto del originario 23 interpretaba Núñez Lagos, quien, en una confusa explicación del origen histórico de los artículos 32 (originario 23) y 34 de la Ley Hipotecaria desde los precedentes comparados, vino a sostener que el actual artículo 32 sólo protege al tercero comprendido en su ámbito contra las acciones hipotecaria y confesoria, no contra la reivindicatoria<sup>47</sup>. Con toda razón, a nuestro juicio, la doctrina posterior que se ha ocupado del problema ha considerado gratuita esta restricción del precepto<sup>48</sup>. Nosotros no vamos a detenernos ahora en este punto. Consideramos suficiente indicar que, si bien es cierto que el tercero latinamente protegido por el Registro queda a merced de la acción reivindicatoria del *versus dominus* cuando en su adquisición concurre la transmisión

<sup>45</sup> ROCA SASTRE: *La nueva Ley de Reforma Hipotecaria*, separata de la *RGLJ*, Madrid, 1945, pp. 33-34.

<sup>46</sup> La subsistencia del espíritu y contenido del originario artículo 23 a pesar de su desaparición en la Ley de 1944, fue mantenida por DE LA RICA, y ARENAL: *Comentarios a la Ley de Reforma Hipotecaria*, Madrid, 1945, pp. 25-28, *vid.*, esp., p. 27: «¿Significa la supresión del artículo 23 que ha cambiado el pensamiento del legislador y que desaparece de nuestra legislación tan eficaz, aunque negativa, defensa del título inscrito? [...] por fortuna, no sucede ni puede suceder así. En primer lugar, porque del contexto general de la reforma, puesto de relieve en el preámbulo, y de lo que queda vigente de la Ley anterior, se deduce implícitamente esta norma general: lo no inscrito nunca puede perjudicar a lo inscrito, salvo los casos de excepción que la propia Ley determina; y en segundo lugar, porque no hay que olvidar que el artículo 606 del Código Civil, con más perfección que el suprimido 23 de la Ley Hipotecaria, dice que los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad no perjudican a tercero; y este texto continúa vigente en la actualidad. Queda, pues, subsistente el indicado principio negativo, fundamental de nuestro sistema [...]». También, LACRUZ-SANCHO: *op. cit.*, p. 176: «[...] se puede justificar [la reposición del artículo 32 en el DL de 1946] por dos vías: la primera, la del artículo 606 del CC, que no fue afectado por la Ley del 44 y reproduce el artículo 32: el poder ejecutivo, entonces, no hizo sino armonizar ambos textos legales, CC y LH, tomando del uno un precepto vigente para hacerlo figurar en la otra, con la vigencia que ya tenía. Y la segunda, a través de las máximas de jurisprudencia del TS, que los redactores podían incorporar a la Ley».

<sup>47</sup> NÚÑEZ LAGOS: «El Registro de la Propiedad español», *RCDI*, 1949, pp. 240-243; ídem.: «Tercero y fraude en el Registro de la Propiedad», *RGLJ*, 1950, pp. 598-600.

<sup>48</sup> «La tesis de Núñez Lagos —dijo CARRETERO: *Retornos* ..., II, cit., p. 106— ha sido un magnífico revulsivo para nuestra doctrina hipotecaria; pero no ha sido asimilada ni desarrollada, acaso por la contradicción que en sí misma lleva». Se oponen a ella en el punto concreto indicado en el texto, BALLARÍN, Alberto: «El Registro de la Propiedad español», *ADC* 1949 (nota crítica) p. 680; AMORÓS: *La buena fe...*, cit., pp. 1538-39; GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, II, pp. 136-137.

por no dueño con la doble venta –cuando quien doblemente vende es *ab initio* no dueño de la cosa vendida–, en el caso normal de la doble venta por el inicial dueño de la cosa, el segundo comprador que por adelantarse a inscribir adquiere, es un adquirente *a non domino*, y que, en tal caso, es justamente la protección que le otorga el Registro la que impide que el anterior comprador, no obstante haber consumado en su favor el mecanismo de adquisición de la cosa comprada, pueda dirigir contra él la acción reivindicatoria. El artículo 32 es, por tanto, un camino no sólo para adquirir como libre la cosa cuyo gravamen no tuvo acceso al Registro, sino también para adquirir la propiedad de la cosa cuando el que la vende ya no es dueño de ella por haberla transmitido a otro que no la inscribió<sup>49</sup>. En tal caso, y desde este punto de vista, la reducción del ámbito protector del artículo 32 parece poco consistente, y su comparación con el 34, en los términos en que habitualmente se la propone, sigue teniendo pleno sentido.

¿Y el artículo 34? ¿Puede y debe seguir siendo en la actualidad el contra-tipo del artículo 32, en tanto que exponente principal de la protección registral positiva, de eficacia máxima y de inspiración germánica? Hemos adelantado ya cuál puede ser aquí la razón de la duda. Con todo fundamento se ha podido decir que tras la reforma hipotecaria de 1944/46 es el artículo 40 LH el que con mayor amplitud y extensión aplica el principio de la fe pública registral<sup>50</sup>. Siendo ello así –aunque la anterior apreciación diste de

---

<sup>49</sup> Baste el testimonio de SERNA: *op. cit.*, en el comentario al artículo 23, p. 568: «La resolución adoptada en este segundo caso por las leyes de Partida, tan lógica atendiendo al principio general en que se fundaba, está modificada por el artículo de la Ley Hipotecaria objeto de este comentario, porque el dominio del segundo comprador posesionado de la cosa sólo será válido contra el primero cuando éste haya dejado de inscribir su título, dando así ocasión a que el segundo comprador se engañase, creyendo que no existía enajenación alguna hecha por el vendedor, en virtud de la cual éste hubiera perdido la facultad de disponer de lo que aparecía suyo en el Registro». No es cuestión, obviamente, de pararse aquí a considerar cómo Serna está involucrando en el artículo 23 el juego de la fe pública registral; lo que interesa destacar es que en su explicación de la solución dada al caso de la doble venta por la intervención de la publicidad registral, el vendedor que dispone de la cosa en favor de un primer comprador que entra en su posesión, pierde, naturalmente, la propiedad de lo que vendió, sin que ello sea óbice para que pueda adquirirla el segundo comprador si se adelanta a inscribirla. Es la conocida interferencia de la publicidad en el sistema transmisivo del título y el modo que ya había expuesto la EM de 1861: «Según el sistema de la Comisión, resultará de hecho que para los efectos de la seguridad de un tercero, el dominio y los demás derechos reales en tanto se considerarán constituidos o traspasados, en cuanto conste su inscripción en el Registro, quedando entre los contrayentes, cuando no se haga la inscripción, subsistente el derecho antiguo. Así, una venta que no se inscriba ni se consume por la tradición, no traspasa al comprador el dominio en ningún caso; si se inscribe, ya se lo traspasa respecto a todos; si no se inscribe, aunque obtenga la posesión, será dueño con relación al vendedor, pero no respecto a otros adquirentes que hayan cumplido con el requisito de la inscripción».

<sup>50</sup> Así, LACRUZ-SANCHO: *op. cit.*, p. 169.

ser pacífica<sup>51</sup>— el originario estandarte del germanismo de nuestro sistema registral habría quedado despojado de su condición de tal en beneficio del nuevo precepto, y la comparación de aquél con el originario artículo 23 y actual 32 podría considerarse hoy obsoleta. Nosotros pensamos que, aunque efectivamente el artículo 40 está concebido en términos de mayor generalidad que el 34, ello no es razón suficiente para tener que sustituirlo en la emprendida labor de comprobar cómo en nuestro ordenamiento pueden actuar y conjugarse adecuadamente las fórmulas latina y germánica de la protección registral. Las diferencias entre los artículos 34 y 40 son exclusivamente cuantitativas, y en todo caso es cierto que, a pesar de lo delimitado de la hipótesis de partida del primero, el párrafo dedicado en el mismo a la buena fe del tercero hace consistir ésta en el desconocimiento —ya abiertamente, sin limitación a concretas hipótesis— de la inexactitud del Registro. Si a este dato se añade la circunstancia de que históricamente ha sido el artículo 34 —tanto en su redacción originaria como en la que en 1944 le liberó del impertinente postizo con que se le desfiguró en 1869<sup>52</sup>—, el que ha tenido que cargar con la función de simbolizar el germanismo de nuestro sistema, no se ve razón alguna que fuerce a relegarlo a un segundo lugar, dando primacía sobre él al 40 y haciendo que sea éste el que deba ser puesto en confrontación con el 32. Y nótese todavía que al propugnarlo así, no es que restemos un ápice de su valor al vigente artículo 40 de la Ley, precepto del que se ha dicho que fue introducido en la Ley en tiempos de confusión<sup>53</sup>; ni que pretendamos desfigurarle admitiendo que no siempre en él resulta exigida la previa inscripción<sup>54</sup>. Simplemente, pensamos que, respondiendo el

<sup>51</sup> Para ROCA SASTRE: *El problema de la relación...*, cit., pp. 791-792, el artículo 34 LH sigue siendo el precepto básico en la formulación legislativa del principio de fe pública registral, y el 40, al igual que tantos otros, es una, aunque destacada («sobre todo», dice) de sus aplicaciones concretas.

<sup>52</sup> Para comprobar la temprana concentración de la crítica a la Ley Hipotecaria en el artículo 34, baste repasar la defensa del mismo por SERNA: *op. cit.*, en las páginas (621-640) dedicadas a su comentario, o por CÁRDENAS: «Memoria histórica de los trabajos de la Comisión de Codificación», *RGLJ*, 1871 (XXXVIII), pp. 170-173, lamentando su desdichada reforma, con el añadido del sistema de notificaciones, en 1869. Para la frustrada resurrección de la misma crítica tras la reforma de los años cuarenta, *vid.* SANZ FERNÁNDEZ: «Un aspecto de la fe pública registral», *RDJ*, 1945, pp. 225-230, respondiendo a Pelayo.

<sup>53</sup> GÓMEZ GÓMEZ: «En torno a la polémica Carretero-Roca», *RCDI*, 1966, p. 387: «Pero toda argumentación que se haga a base de dicho precepto [dice, refiriéndose al artículo 40 LH] carece de fuerza, pues tal artículo se ha introducido en nuestra Ley al socaire de la confusión doctrinal de la época».

<sup>54</sup> GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, p. 179: «Ni siquiera el artículo 40 LH, que es el tópicico asidero de la tesis monista, exige el requisito de la previa inscripción. Se trata de un precepto que nada tiene que ver con el artículo 32 LH [...]. Pero es que el artículo 40 ni siquiera exige la previa inscripción en general, sino que tal requisito viene exigido únicamente por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria» (cva. del a.).

artículo 40 a la misma inspiración germánica que anima al 34, la utilización de éste como más adecuado elemento de contraste con el 32, permite plantear y resolver el problema con el mismo criterio y sobre los mismos datos que permitían plantearlo y resolverlo en 1861, fecha en la cual, por cierto, el artículo 34 compartía inspiración y espíritu con el 31<sup>55</sup>, sustancialmente vigente en la Ley actual y contenedor *in nuce* del que hoy aplica el 40, particularizando sistemáticamente los supuestos de su aplicación. En todo caso, la cuestión que respecto al artículo 32 plantea el 40.a) es la misma que se suscita en la comparación de aquél con el 34: la protección registral al tercero que desconoce la inexactitud del Registro consistente en no haber tenido acceso a él algún derecho real, ¿impide la posibilidad de otra forma de protección registral al tercero que adquiere sin previa inscripción del derecho adquirido –sin previo dato registral en el que, aunque inexacto, haya podido confiar– sobre la sola base de que, en concurrencia con otro adquirente, ha sido él quien se ha adelantado a llevarlo al Registro? Ésta, que sin duda es la gran cuestión a dilucidar, es también el problema que, todavía hoy, puede y debe plantearse y resolverse poniendo en mutua comparación y contraste los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria. Pasemos, pues, ya inmediatamente y sin más preámbulos, a dicha comparación.

## 2. La autonomía del artículo 32 respecto al 34 LH

Dos son, como es sobradamente sabido, las tesis que al respecto se proponen en nuestra doctrina. Reducidas a su núcleo, se las puede exponer diciendo que para una de ellas –la tesis monista– el artículo 32 no es más que un concreto supuesto de aplicación del artículo 34: la no inscripción a que aquél se refiere no es más que una de las causas de inexactitud registral contra cuyo desconocimiento se protege al tercero que adquiere onerosamente confiando en lo que el Registro publica. Para la otra –tesis dualista– el artículo 32 (originario 23) tiene personalidad propia y, respondiendo a razones distintas a las que inspiran la solución contenida en el 34, actúa con autonomía respecto de este precepto. A nuestro juicio

---

<sup>55</sup> Precepto del que comentaba SERNA: *op. cit.*, p. 615, que no encontraba precedentes en las legislaciones de los demás países, pero que aplica al caso de que trata «la regla general que domina en la Ley», y que se justifica –en el comentario ya a su desarrollo en el artículo 32, p. 619– en la necesidad de no introducir perturbación «en la confianza que es conveniente que todos presten al Registro, mientras que de sus páginas no aparezca con claridad la omisión o la inexactitud que pueda dar lugar a la declaración de nulidad».

esta segunda es la solución acertada, y su argumentación –también limitada a lo sustancial– puede discurrir del siguiente modo:

a) No es la progenie «germánica» del artículo 34 de nuestra Ley Hipotecaria lo que nuestra doctrina haya puesto en cuestión. Lo que –inexplicablemente– sí viene siendo objeto de una polémica aún no resuelta es la ascendencia latina del originario artículo 23, hoy 32. El artículo 32 es como esos hijos que por sus rasgos revelan su progenitura. Para negarla es preciso cerrar los ojos a la evidencia y buscar apoyo en confusas conjeturas y forzados pretextos. Así ha ocurrido con nuestro precepto. Aunque parece inspirado en el sistema francés de transcripción –ha dicho Roca Sastre– en su auténtica realidad responde al principio germánico de fe pública registral<sup>56</sup>. Lo demostrarían los mismos comentarios de De la Serna, que, al explicarlo, supone que el segundo comprador cuya adquisición, por haber sido inscrita, prevalece sobre la anterior no inscrita, adquirió del vendedor sucesivo engañado por la apariencia registral de que, al disponer en su favor, seguía siendo dueño de la cosa que le vendía<sup>57</sup>. Siendo cierto este dato, también debe serlo que carece de fuerza bastante para desmentir la filiación latina del artículo 32. Por una razón que, sustraída –ésta sí– a toda posibilidad de duda, la proclama abiertamente: las palabras del mismo Gómez de la Serna dando razón del precepto y presentándolo como el fruto de una elección en la cual, los autores de la Ley, teniendo presentes los dos modelos en pugna –el germánico y el francés– se decidieron abiertamente por el segundo. En materia de efectos de la inscripción y consecuencias de su omisión, nuestra Ley Hipotecaria se alinea con la solución francesa, y el originario artículo 23 era el precepto llamado a dar cuerpo y expresar normativamente aquella elección. Releamos el texto de Gómez de la Serna, en la recapitulación que sigue a la relación de los precedentes legislati-

<sup>56</sup> ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, I, cit., pp. 535-536: «De atender solamente a la mera estructura normativa podría afirmarse que así como el artículo 34 de la Ley Hipotecaria de 1861 era de inspiración germánica, el artículo 23, 1, de la misma parecía extraído de los sistemas de transcripción [...] Pero, con limitación exclusiva al aspecto evolutivo del sistema, hay que dudar seriamente acerca de si el citado artículo 23, 1, de la primera Ley Hipotecaria pudo ser pensado como un simple trasplante, con todas sus consecuencias, de una norma que es básica en los sistemas de transcripción [...] No puede admitirse que nuestros legisladores de 1861 hubieran incurrido en pleno confusionismo con los sistemas de transcripción al introducir aquel citado artículo 23, 1, pues, a pesar de que los tiempos eran de evolución de los sistemas inmobiliarios registrales germánicos, más bien se vio en dicho precepto la regla general de que lo no inscrito no perjudicaba a tercero o que solamente lo inscrito le perjudicaba. Podrá dudarse, naturalmente, de esto, pero una cosa cierta es que dicho precepto no estaba inspirado en los sistemas de transcripción, a pesar de que por su texto lo pareciera».

<sup>57</sup> ROCA SASTRE: *op. cit.*, pp. 536-537.

vos extranjeros tenidos en cuenta para la concepción y formulación de aquel precepto<sup>58</sup>:

En algunos Estados, como en Bélgica, Bolivia, Estados Romanos, Francia, Friburgo, Soleure y Vaud, está declarado que los títulos no inscritos no pueden perjudicar a tercero de buena fe. En otros, como en Hamburgo, Hesse y Hungría, se ordena únicamente que sean pospuestos a los inscritos. Cerdeña, Islas Jónicas, Luisiana y Parma, que en general siguen sobre este punto la doctrina del Código Napoleon, determinan que los privilegios sujetos a inscripción y no inscritos en los plazos prefijados por las leyes, no valgan más que como hipoteca, y no puedan perjudicar a tercero sino desde la fecha de la inscripción. En todas estas legislaciones se ve dominante el principio de la nuestra, que es el adoptado por todas ellas, de las cuales algunas, más que en el fondo, se diferencia en la manera de redactar la misma idea: esta es, que el derecho real sobre los bienes inmuebles que no está inscrito, no perjudica a tercero.

Más adelante van otros Estados que niegan absolutamente toda fuerza al título que no está inscrito para el efecto de producir derechos reales. Así sucede en Holanda, territorio de Mecklemburgo-Sheverin-Stretlitz, Noruega y Wismar, y en el proyecto de Ley hipotecaria de Ginebra: según las diferentes legislaciones de estos pueblos, la inscripción es el único medio legal reconocido para dar existencia al derecho real en los inmuebles...

La claridad del texto excusa todo comentario. Lo «germánico» en materia de inscripción es convertir a ésta en condición de existencia del derecho inscrito; lo «latino» o francés, reducirla a elemento de oponibilidad de tal derecho a terceros. En trance de elegir, nuestra Ley Hipotecaria adopta deliberada y paladinamente esta segunda fórmula. Tras un periodo de empeñada discusión<sup>59</sup>, en 1861 la elección estaba ya decidida y madura. Tres años antes, en tono transaccional y refiriéndola a la constitución de la hipoteca, la había formulado Cárdenas con estas palabras<sup>60</sup>:

Entre el sistema absoluto de exigir la transcripción del contrato para que sea válido y el de atribuir efectos al mismo contrato desde que se celebra y no desde que se inscribe, hay un camino medio que sería el que yo aconsejaría, si tuviera alguna intervención en la formación de esa ley... existe un término medio que consiste en no dar efecto a la hipoteca respecto al tercero, sino desde el momen-

---

<sup>58</sup> SERNA: *op. cit.*, p. 573.

<sup>59</sup> Sobre ella, cfr. OLIVER: *op. cit.*, pp. 29 ss. Recientemente, con gran amplitud y detalle, SERNA VALLEJO, Margarita: *La publicidad inmobiliaria en el Derecho hipotecario histórico español*, Madrid, 1996, pp. 358 ss.

<sup>60</sup> Cfr. sobre la discusión de la Ley de Bases de 1858, en *Leyes Hipotecarias y Registrales de España*, I, *cit.*, p. 127.

to de la inscripción, sin perjuicio del efecto que tenga esa misma hipoteca entre los interesados desde el momento en que firmaron la escritura.

Definitivamente adoptada, y ya en toda su generalidad, la expresará después la Exposición de Motivos de 1861 <sup>61</sup>:

No es menos grave que las cuestiones hasta aquí expuestas la de la extensión que debe darse a los efectos de la falta de inscripción de los derechos reales en el Registro. ¿Deberán limitarse a los terceros interesados, o comprender también en su rigor a los mismos contrayentes? Los que quieren que el Registro sea un verdadero censo de la propiedad inmueble, se decidirán indudablemente por esta última opinión... No es esta la opinión de la Comisión... Según el sistema de la Comisión, resultará de hecho que para los efectos de la seguridad de un tercero, el dominio y los demás derechos reales en tanto se considerarán constituidos o traspasados, en cuanto conste su inscripción en el Registro, quedando entre los contrayentes, cuando no se haga la inscripción, subsistente el Derecho antiguo...

Obviamente, el originario artículo 23 es el precepto que legalmente enuncia y aplica el criterio elegido: el derecho real podrá existir entre los otorgantes con arreglo al criterio histórico de su constitución; pero, aunque válidamente constituido, no podrá perjudicar a tercero si no se le da publicidad en el Registro de la Propiedad.

Y, a su vez, el artículo 34 es «germánico». Está inspirado por la idea de dar completa seguridad al tercero que adquiere confiando en lo que el Registro publica. También su texto lo deja ver con toda claridad:

... los actos o contratos que se ejecuten u otorguen por persona que en el Registro aparezca con derecho para ello, no se invalidarán en cuanto a tercero, una vez inscritos, aunque después se anule o resuelva el derecho del otorgante en virtud de título anterior no inscrito, o de causas que no resulten claramente del mismo Registro...

Pero, si después de su lectura pudiera quedar alguna duda, vayan a continuación dos textos, uno de Serna y otro de Cárdenas. En el primero, lamenta su autor la ola de críticas que provocó el precepto, y, dejando traslucir una cierta sensación de incomodidad y cansancio, reprocha a quienes las airean su silencio hasta ese momento, cuando el artículo en cuestión no hacía sino aplicar el criterio germánico que, como inspirador de la Ley y según era

<sup>61</sup> Pp. 236-237, en la edición de la EM que venimos citando.

notorio, había sido decidido ya por el Gobierno e impuesto a la Comisión encargada de la redacción de la Ley<sup>62</sup>:

En el Proyecto del Código Civil estaba adoptado el sistema hipotecario alemán, que es el que ha adoptado la nueva Ley Hipotecaria. Esto era conocido desde que de publicó en el «Derecho Moderno», revista que dirigía en 1851 el ilustrado jurisconsulto D. Francisco de Cárdenas, y lo fue aún más desde que el magistrado don Florencio García Goyena, uno de los autores del proyecto, publicó las Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español, por la grande circulación que tuvo esta obra bajo la protección del Gobierno.

Mas el sistema que en el Código Civil se proponía, si bien sólo por la gran autoridad de los jurisconsultos que en él intervinieron merecía ser examinado y discutido, debió llamar preferentemente la atención desde el momento en que el Gobierno aceptándolo como suyo, lo indicó a la Comisión de Codificación para que formulara el proyecto de ley hipotecaria. Esto era en agosto de 1855...

Y ya que entonces no se hiciera esto, otra ocasión se presentó oportuna también, aunque no tanto como la que acabamos de referir, en que pudo promoverse de nuevo el examen en la prensa. Esta fue en el espacio que medió desde la presentación del proyecto de ley en el Senado hasta su discusión, habiendo mediado de uno a otro tiempo muy cerca de cinco meses.

Sensible es, pues, que los que creyeron que el sistema adoptado no era el conveniente y preferible a los demás, permanecieran silenciosos, y que en cierto modo hagan tardíamente indicaciones de su poca conformidad con los principios capitales de la ley.

No participamos de semejante opinión: creemos por el contrario que ha sido bien elegido el sistema: estamos en la inteligencia de que la Comisión de Codificación al desenvolverlo ha sido siempre fiel a él, tanto en la ley como en el reglamento para su ejecución...

El segundo texto recoge la protesta de Cárdenas<sup>63</sup> contra la reforma, por efectos de aquella crítica, que en 1869 logró alterar el texto y mudar el espíritu del artículo 34. Tal artículo, dirá Cárdenas, fue *el más meditado y el más discutido por la Comisión de todos los que comprendía la Ley*, y constituía pieza clave para la finalidad aseguradora del Registro, cifrada en la garantía de las adquisiciones realizadas *bajo la fe del Registro*. Con el extraño añadido de las notificaciones que ahora se introducía, el precepto quedará sustancialmente desfigurado, y el íntegro sistema resultará alterado: del sistema alemán de publicidad positiva se habrá pasa-

---

<sup>62</sup> Vid. SERNA: *op. cit.*, p. 637, nota.

<sup>63</sup> CÁRDENAS: *Memoria histórica...*, cit., pp. 170-173.



do al mixto francés, de publicidad con efectos limitados y, de suyo, sin eficacia verdadera:

La Comisión, verbalmente consultada sobre este proyecto, aceptó casi todas sus disposiciones, pero no sin manifestar los defectos que notaba en algunas y particularmente la que tenía por objeto adicionar con una restricción importante el artículo 34 de la Ley. Este artículo, el más meditado y el más discutido por la Comisión de todos los que comprendía la Ley, había sido objeto de vivas impugnaciones. Su objeto era asegurar al tercero que contrata con el que ya tiene su derecho inscrito en el Registro, contra el peligro de ser perjudicado, si este derecho llegara a resolverse en virtud de título no inscrito en el tiempo en que contrató, o de causas que no resultaran del mismo Registro. Al acordarlo así la Comisión, se fundaba en que el Registro sería inútil para los fines de su institución, si no era por sí garantía bastante contra derechos desconocidos, de la seguridad de los consignados en él, con todas las formalidades requeridas. En vano se suprimirían las hipotecas tácitas y otros gravámenes ocultos, si el adquirente de un derecho inscrito a favor suyo y de su causante había de quedar expuesto a las resultas de un litigio entre éste y un tercero que no hubiese inscrito oportunamente su título, pero que sin embargo lograra vencer con él a su contrario en juicio, por no haber perdido su fuerza entre las partes. Si una sentencia judicial fundada únicamente en este documento no registrado, privara de su derecho al que lo hubiera adquirido después bajo la fe del Registro, inscribiéndolo con oportunidad, resultaría que un título no inscrito por morosidad o indolencia, perjudicaría al tercero cuidadoso que inscribiera el suyo, para favorecer al indolente.

Pero a estas consideraciones irrefutables se opuso el temor de los fraudes que podrían cometerse, simulando o inscribiendo una escritura de venta de bienes ajenos y enajenándolos después el comprador simulado a un tercero de buena fe. En vano se contestó que el verdadero dueño de los bienes que no los había inscrito, pudiendo, es menos digno de consideración que el tercero de buena fe que no omite esta formalidad. De cualquier modo que fuese, es lo cierto que semejantes fraudes tienen mucho de imaginarios [...], que es remotísimo el peligro de que el propietario cuidadoso sea despojado en beneficio del adquirente posterior de buena fe [...], y por último que sin esta condición, no cumple su objeto el Registro. Un medio creyeron encontrar los redactores del proyecto de ley en cuestión para salvar todas estas dificultades en cierto procedimiento de liberación, que fuera el que realmente diese a la inscripción la fuerza que le atribuía el artículo 34 citado. Tal es la notificación personal o por edictos, de las inscripciones a que trate de darse aquella virtud a cuantos hayan poseído en los veinte años anteriores la finca inscrita.

[...] El sistema de publicidad y el de liberación se excluyen recíprocamente: cuando el primero es completo, el segundo es innecesario. Si todo derecho real para ser efectivo contra tercero ha de constar en el Registro, ¿para qué notificar y anunciar su constitución cada vez que se transmite o modifica? Y si el derecho real no

ha de ser efectivo contra tercero, sino cuando se le haga saber por la notificación y el edicto, ¿qué vale su inscripción, ni para qué los requisitos y solemnidades con que se verifica? [...] con la adición que después se ha hecho al artículo 34 [...] del sistema alemán de publicidad previa y efectiva pasamos al sistema francés mixto y de publicidad con efectos limitados y sin eficacia verdadera, a menos de completarla con un procedimiento especial dilatorio, costoso y que repugnarán de seguro los propietarios.

No es necesario añadir nada más. Los artículos 23 y 34 de la Ley Hipotecaria hablaban por sí solos, como lo siguen haciendo hoy el 32 y la redacción vigente del 34. Pero, por si ello no bastaba, los más autorizados intérpretes de la Ley dejaron expresamente afirmada y contundentemente sostenida la progenie latina y germánica, respectivamente, de cada uno de estos preceptos. Siendo ello así, obvia y necesariamente, el 32 tiene que ser autónomo respecto al 34.

b) Advertida la diferencia de inspiración u origen de los artículos 32 y 34, la admisión de que cada uno de ellos responde a «filosofía» diferente es corolario inmediato que, como tal, habría de tenerse como insoslayable evidencia y afirmación necesariamente pacífica. No son así las cosas, como ya sabemos, y alguna razón debe haber para que ello ocurra; tan poderosa además, al menos en apariencia, como para permitir que en su valimiento se llegue a negar el dato averiguado y cierto de la obediencia francesa del artículo 32. Para nosotros, comprobado este dato, no hay más remedio que estar a la diferencia entre los artículos 32 y 34; pero, conscientes también de la dificultad que tan frecuentemente lleva a su negación, tendremos que ocuparnos de ésta, en la idea de que no será imposible desvelar su inconsistencia real, y con la finalidad, una vez detectada, de allanar el camino que lleve a extraer las consecuencias que lógicamente deben seguirse de la diversidad de origen de las normas cuya comparación nos viene ocupando. Comencemos, pues, por la superación de la dificultad, para entrar después más expeditamente en la indicación de las diferencias de fondo que distinguen y separan a estos importantes y tan discutidos preceptos.

¿Cuál puede ser la razón que con tanto éxito –atendidos el número y calidad de sus seguidores– ha llevado a la desvirtuación del artículo 32, a la negación de la peculiaridad que tan manifiestamente delata su fisonomía, y a su reducción a la condición de casi anodino satélite del omni-atractivo artículo 34? A nuestro modo de ver, una: que, según se piensa, la implantación del artículo 32 en un sistema germánico, tiende necesariamente a diluirlo en éste, y en

razón de ello, le fuerza a funcionar animado del flujo vital que sustenta al organismo que lo acogió. Siendo ello así, poco importará ya –si es que algo importa– que el habla del artículo 32 ponga de manifiesto su naturaleza latina. Su integración en un sistema germánico le habrá re-naturalizado; a partir de ella, aunque arrastrando el acento de su lengua de origen, tendrá que hablar alemán y, sobre todo, sólo podrá funcionar bajo el imperio de los principios por los que se gobierna la publicidad germánica.

Manifestación muy temprana de lo que venimos diciendo es la interpretación de Oliver al conjunto de legislación hipotecaria contenida en el Proyecto de Código Civil de 1851<sup>64</sup>. En la certeza de que dicho conjunto respondía al sistema germánico<sup>65</sup>, explica Oliver los artículos reguladores de la inscripción y sus efectos –entre ellos, el 1858, equivalente al 23 de la futura Ley Hipotecaria de 1861, y el 1859, posterior 1473 del Código Civil<sup>66</sup>– como normas de publicidad de eficacia positiva, en las que la inscripción registral está llamada a actuar en la doble perspectiva de su proyección hacia atrás, o como «modo de adquirir» –dice– del derecho que se inscribe, y en su proyección de futuro, como fundamentadora de ulteriores adquisiciones de terceros, en tanto que soporte de la legitimación del titular ya inscrito y de la confianza (fe pública registral) que su inscripción deberá suscitar en quienes para adquirir con seguridad van a cerciorarse por el Registro acerca de la titularidad de su transmitente<sup>67</sup>. Es, en lo sustancial y como puede verse, la

<sup>64</sup> OLIVER: *op. cit.*, pp. 60-73.

<sup>65</sup> Invoca para demostrarlo –cfr. p. 62– las palabras de Luzuriaga en las *Concordancias* de GARCÍA GOYENA [p. 927, ed. Zaragoza, 1974]: «La Sección del Código civil ha hecho la aplicación de estos principios [los de publicidad y especialidad] en este título y en el siguiente, y en consecuencia, nuestra Ley Hipotecaria concuerda con los Códigos o leyes hipotecarias que han abrazado aquel doble principio; sistema que ha recibido el nombre de *alemán*, porque, en efecto, Alemania es su cuna y su teatro».

<sup>66</sup> Decían así los indicados artículos del Proyecto: artículo 1858: «Ninguno de los títulos sujetos a inscripción, según lo dispuesto en el capítulo II de este título, surte efecto contra el tercero, sino desde el momento en que ha sido inscrito en el registro público [...]; artículo 1859: «Cuando el propietario enajena unos mismos bienes inmuebles a diferentes personas por actos distintos, pertenece la propiedad al adquirente que haya inscrito antes su título».

<sup>67</sup> Cfr. OLIVER: *op. cit.*, pp. 67-70: «[...] los autores del Proyecto no definen con igual claridad el concepto que tenían de esa misma publicidad, ni los demás principios orgánicos que informan la institución del Registro en todas las naciones, ni aun entre aquellas que siguen el sistema llamado alemán.

Esto no quiere decir que los autores del Proyecto dejaran de consignar en el articulado del mismo varios preceptos, de los cuales podemos deducir nosotros cuáles eran los principios que, más o menos conscientemente, aceptaban como buenos aquellos distinguidos jurisconsultos.

Empezando por el de *publicidad*, podemos afirmar que el Proyecto de Código civil de 1851 exige una publicidad verdaderamente *positiva*, en el mero hecho de atribuir efectos positivos a los asientos del Registro, en relación a los derechos o actos jurídicos en ellos consignados.

misma forma de argumentar y pensar que hoy seguimos encontrando en los actuales monistas.

Con todo, entre la base normativa utilizada por Oliver y la que hoy sirve de sustento a la tesis monista se produce una diferencia sobre la que es preciso parar la atención. Contando actualmente con los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria, los negadores de la distinción entre ellos interpretan que el 32 es sólo una parte del 34, cosa que en su tiempo, y para el Proyecto de 1851, no habiendo en éste una norma equivalente al actual artículo 34, no podía afirmar Oliver. Lo que éste venía a sostener es que los precedentes del artículo 32 (1858 y 1859 del Proyecto), debidamente interpretados y exprimidos en una ley inspirada por el sistema germánico pero carente de un precepto que proclamara y expresamente aplicara el principio de fe pública registral, venían a servir de sustento a ese mismo principio.

Podría parecer que la diferencia es irrelevante. Nosotros no lo creemos así. Decir que un precepto parecido al actual artículo 32 LH lleva al 34 en un sistema de folio real<sup>68</sup>, donde se exige el tracto sucesivo<sup>69</sup>, la documentación auténtica<sup>70</sup> y la calificación regis-

Por eso dice Luzuriaga que «admitido el principio de que solamente en virtud de la inscripción, y desde su data, surte efecto contra tercero la transmisión de la propiedad de bienes inmuebles, es consiguiente que en el Registro público no se reconozca como propietario sino al que resulte tener este carácter por la última inscripción».

He aquí un efecto verdaderamente positivo de la publicidad.

El que aparece como dueño en el Registro, es el verdadero propietario. Ese es el único que puede vender, permutar, gravar e hipotecar el inmueble. En él residen únicamente, y de un modo transcendente, todas las facultades del dominio [...].

Otro de los efectos de la inscripción que demuestra el concepto *positivo* del principio de publicidad es el consignado en el artículo 1859, según el cual se atribuye y adjudica la propiedad de una finca, enajenada por el propietario inscrito a favor de diversas personas y por actos distintos, al adquirente que haya inscrito antes su título. Este precepto no es más que la aplicación del carácter positivo de la inscripción en el Registro, según el sistema alemán, toda vez que no se limita a dar a conocer al tercero los actos y contratos relativos a un inmueble, sino que por sí sola constituye un modo de adquirir la propiedad. En último término, dicho precepto viene a declarar que, por la mera inscripción de uno de aquellos contratos de enajenación, es propietario quien contrató con el anterior dueño, cuando ya había dejado de serlo según los principios del Derecho civil tradicional [...].

Según todos estos preceptos, que reconocen tan importantes efectos a la inscripción, es evidente que la publicidad que aceptan y proclaman los autores del Proyecto de 1851 no tenía el concepto de mera publicación o notoriedad de los actos inscriptos, sino el carácter y los efectos de un verdadero acto público, atribuyendo verdadera *fe pública*, a los asientos del Registro, es decir, a lo consignado en los mismos» (cva. del a.).

<sup>68</sup> Artículo 1819 del Proyecto de 1851: «En cada uno de los distritos señalados en los reglamentos, habrá un oficio de registro público de los derechos reales sobre los bienes inmuebles, situados dentro de la demarcación».

<sup>69</sup> Artículo 1820: «No se hará ninguna inscripción, cuando no conste del Registro que la persona de quien procede el derecho que se trata de inscribir, es el actual propietario de los bienes sobre los que ha de recaer la inscripción ...».

<sup>70</sup> Artículo 1821: «Solo podrán inscribirse los títulos que consten de escritura pública, y las providencias judiciales que consten de certificaciones expedidas en forma auténtica».

tral<sup>71</sup> –requisitos completamente ajenos a un sistema latino o francés<sup>72</sup>– y en el que el legislador ha declarado además expresamente su voluntad de hacer del Registro un instrumento completamente asegurador del tráfico, no es más que colmar legítimamente una laguna legal. En el Proyecto de 1851 ocurrió lo que, según Núñez Lagos, a punto estuvo de ocurrir en nuestra Ley Hipotecaria: que, habiéndose concebido uno y otra desde el patrón germánico, se omitió en el primero y sólo muy tardíamente se incluyó en la segunda el precepto más significativa y expresamente aplicador del principio de fe pública registral. En cambio, supuesta la existencia del artículo 34, sostener que el 32 –confesadamente latino o francés– es sólo parte de aquél, supone arrebatarse a éste lo que de peculiar ofrece al que inscribe, por el solo hecho de haber inscrito, frente al que dejó de hacerlo: la aportación registral latina al tercero que inscribe su adquisición; esto es: su preferencia relativa –sólo respecto a eventuales co-causahabientes del transmitente común– aunque sin prejuzgar la eficacia definitiva de su adquisición ni exigirle haber adquirido de titular previamente inscrito.

En consecuencia, pues: que, contando hoy, y desde 1861, como dato normativo con la Ley Hipotecaria, no es ya necesario apoyarse en la formulación negativa del efecto de la publicidad, para, desde ella, inducir la voluntad legal inexpresada de extraer también de ésta consecuencias positivas; ni es lícito saltar de un artículo, el 23, –o 32, según fecha–, cuyo origen se desatiende o se falsea, para fundamentar normativamente una fe pública registral que cuenta ya con reconocimiento y declaración legal expresa en artículo separado y distinto. En la actualidad, encontrando en la Ley Hipotecaria formulación propia y diferente los artículos 32 y 34, tenemos que ver en estos preceptos lo que realmente son: dos normas distintas que como tales deben ser identificadas y tratadas.

Y es esta constatación la que nos devuelve a nuestro anterior punto de partida: el artículo 32 es latino, mientras que el 34 es germánico. En esta diversidad de origen es donde radican las diferencias de «filosofía», presupuesto, efecto y *ratio*, que los separan. Señaladas ya éstas en nuestra doctrina, a veces con sumo detalle y

<sup>71</sup> Artículo 1883: «El tenedor del Registro examinará los títulos por el orden que le hayan sido presentados; y concluido el examen, inscribirá bajo su responsabilidad únicamente los que estuvieren arreglados a la ley».

<sup>72</sup> Nos hemos referido a ello con más detalle en «La peculiaridad de nuestro sistema hipotecario frente a los modelos latino y germánico: La publicidad registral como apariencia jurídica», *ADC*, 1994, pp., esp., 50-52.

cuidado <sup>73</sup>, baste a nuestro actual propósito destacar las más básicas y principales.

La filosofía del artículo 34, desde luego, no va a plantear problemas, ni tampoco éste sería el lugar apropiado para detenerse en ellos. Está fuera de duda que responde al principio de fe pública registral, del que constituye la aplicación más destacada. Su finalidad es proteger la confianza que el Registro está llamado a generar, y su efecto consiste en mantener en su adquisición a quien la realiza dejándose guiar por lo que el Registro publica. Implica ello que en la *ratio* del precepto cuenta más la inscripción antecedente –la fundamentadora de la confianza del adquirente– que la del mismo acto adquisitivo realizado en tal confianza, y que el efecto del precepto, para que dé satisfacción a su propia finalidad, tiene que llegar hasta el aseguramiento a todo trance de la adquisición que trae causa del titular previamente inscrito como dueño con facultades para disponer, aunque en la realidad no publicada de las cosas éste no fuera efectivamente dueño o no lo fuera en condiciones de poder disponer tal como lo hizo. Volvamos de nuevo al texto de Cárdenas <sup>74</sup>: el objeto del artículo 34 es *asegurar al tercero que contrata con el que ya tiene su derecho inscrito en el Registro contra el peligro de ser perjudicado si este derecho llegara a resolverse en virtud de título no inscrito en el tiempo en que contrató, o de causas que no resultaran del mismo Registro; y su razón de ser: que el Registro sería inútil para los fines de su institución si no era por sí garantía bastante contra derechos*

---

<sup>73</sup> Cfr. AMORÓS: *Comentarios...*, cit., p. 285: «En mi opinión, los artículos 32 (equivalente al 606 C. c.) y 34 L. h. reflejan dos principios distintos. Las diferencias entre ambos preceptos pueden apreciarse desde varios puntos de vista: a) El caso contemplado por cada uno: en el artículo 32, la doble venta, o la enajenación como libre de cargas de una finca previamente gravada; en el 34, la nulidad o resolución del título anterior del transferente. b) El fundamento de la solución legal: en el 32 se sanciona la falta de inscripción, se protege la apariencia negativa creada por la falta de publicidad, y se da eficacia a la prioridad o anticipación en la inscripción; en el 34, se protege la confianza en los pronunciamientos registrales. c) La estructura técnica de ambos artículos: el 32 aparece como una regla general, el 34 como una excepción a lo dispuesto en el artículo 33. d) La fórmula expresiva: en un caso se habla de inoponibilidad de títulos (y esta expresión ya es significativa para demostrar su origen latino), en otro de eficacia frente a terceros del derecho inscrito, aunque después resulte ineficaz. e) El problema planteado: en el 32 se trata de la colisión entre un título inscrito y otro no inscrito, en el 34 la colisión se produce entre dos títulos inscritos cuando el anterior resulta ineficaz por causa no inscrita. f) La inspiración de ambas normas, que en un caso es romana o latina, y por eso alude a la inoponibilidad de títulos no inscritos, y en otro germánica, basada en la presunción de exactitud del contenido del Registro en beneficio del tercer adquirente. g) El destinatario de las normas: el tercero del artículo 32 no necesita previa inscripción, le basta con inscribir para que le sea inoponible lo no inscrito. Así lo confirman los antecedentes históricos de esta disposición. Mientras que el tercero protegido por el artículo 34 necesita la previa inscripción de su transferente. [...]. h) La eficacia social de ambas normas: el antiguo artículo 23 se aplicó desde el principio, mientras que el 34 sólo entró en juego después de sucesivos aplazamientos».

<sup>74</sup> CÁRDENAS: *op. cit.*, pp. 170-171.

*desconocidos, de la seguridad de los consignados en él con todas las formalidades requeridas [...].*

En cambio, la filosofía del 32, visto su origen latino y su concepción desde la hipótesis de la doble venta –lo que, además de su origen, acreditan las tan conocidas y repetidas palabras de la Exposición de Motivos de 1861 sobre la interferencia de la inscripción en el sistema adquisitivo: *para los efectos de la seguridad de un tercero, el dominio y los demás derechos reales en tanto se considerarán constituidos o traspasados, en cuanto conste su inscripción en el Registro [...] Así, [...] si no se inscribe, aunque tenga la posesión, será dueño con relación al vendedor, pero no respecto a otros adquirentes que hayan cumplido con el requisito de la inscripción*–, dicha filosofía, decíamos, consiste en premiar la diligencia del primer comprador que inscribe, atribuyéndole el dominio de la cosa comprada por haberla inscrito, aunque no haya sido él el primero en haber consumado el proceso adquisitivo ordinario, apto, de suyo, para convertirle en dueño <sup>75</sup>. Lo circunscrito de la hipótesis tenida en cuenta, de una parte, y lo rudimentario del sistema latino de publicidad, de otra, hacen que el efecto protector del artículo 32 se limite al ámbito relativo en que se produce la preferencia del comprador que inscribe, sin que se extienda a asegurarle más allá la eficacia de su adquisición. Para esa otra seguridad hay que esperar en el sistema latino a la consumación de la usucapión. El contraste con la hipótesis normativa del 34 y con el efecto que en él se sanciona es claro: ni en el 32 se exige ni tutela la confianza en dato registral previo alguno, cuya existencia, por otra parte, tampoco se requiere; ni a la adquisición registralmente protegida se otorga protección absoluta: el *dominus* de la cosa adquirida e inscrita –si no lo era el vendedor que de ella dispuso– podrá reivindicarla con éxito de quien la inscribió a su favor.

---

<sup>75</sup> En el dilema entre publicidad y clandestinidad, dice GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, p. 178, «lo que importa es la inscripción del título del tercero frente al título clandestino, y no importa la previa inscripción del transmitente». En términos negativos, para nuestro artículo 32, cfr. Díez-Picazo: *Fundamentos...*, cit., p. 471: «[...] en el origen del precepto hay una privación de derechos o de los efectos de un derecho, que resulta motivada por la negligencia del verdadero titular. Se estima como fundamento de la norma la idea de sanción del propietario negligente». Positivamente, y para la Ley francesa de Transcripción, Belleyme, en la Discussion, *apud* Troplong: *op. cit.*, p. 69: «Cela est-il juste? Essentiallyment juste: il fallait choisir, entre l'acquéreur et le tiers, celui de deux qui serait victime de la non-exécution de la loi. L'acquéreur a été rendu responsable; car c'est lui qui aurait dû remplir les formalités de la loi, les tiers ne pouvant être chargés de la faire, puisqu'ils ne connaissent pas la vente. La faute étant à la partie contractante, le préjudice doit être supporté par elle. Dans l'exemple qui a été cité, le deuxième acquéreur est un tiers vis-à-vis du vendeur primitif; mais il a fait transcrire avant tout autre, il doit donc être investi de la propriété; car il est naturel que la loi préfère celui qui la fait exécuter».

Así marcadas las diferencias que separan a los artículos 32 y 34, podría todavía preguntarse: ¿Merece la pena mantenerse en ellas? ¿Justifica la peculiar y tan parva aportación del artículo 32 el rompimiento de la unidad del sistema? Parva aportación del 32, hemos dicho; y por dos razones: por la debilidad de la protección en él dispensada, y por lo circunscrito de la hipótesis en la que el precepto está llamado a actuar con eficacia propia. Pues, a pesar de tales razones, y por encima de aquella parvedad, la respuesta afirmativa se impone: por exigencias de precisión y distinción conceptual, y en evitación de vacíos normativos.

Distinción conceptual: Porque contra la absorción del artículo 32 por el 34 hay que hacer valer que uno y otro se mueven en regiones teóricas diferentes. Por indicarlas empleando términos acuñados: el 32 actúa en el ámbito del foráneo principio de inscripción, ámbito que en nuestro Derecho habría de indicarse como el dominado por el principio de no inscripción<sup>76</sup>; mientras que el 34 lo hace en terrenos del principio de fe pública registral<sup>77</sup>. El principio de inscripción, o en nuestro caso el de no inscripción, se refiere al valor de la inscripción registral respecto de la adquisición que va a ser su objeto. Y es aquí donde nuestro artículo 32 se va a pronunciar, sin ambages, como latino. Lo germánico es hacer de la inscripción elemento de constitución de la adquisición inscrita; lo latino, mantenerla en su condición de simple requisito de su oponibilidad a terceros. El principio de fe pública registral, por el contrario, atiende principalmente al valor de la inscripción del derecho del transmitente como justificadora de la confianza del tercero que, por adquirir confiando en ella, va a ser mantenido en su adquisición. Al tratar del valor de la inscripción, las cosas no pueden ser examinadas tan groseramente que se pase por alto esta diferencia. En el artículo 32, por una parte, y en el 34, por otra, se atiende, respectivamente, a inscripciones distintas: a la propia de quien por solo inscribir resulta preferido, en el 32; y a la previa o del transmitente, en el 34: la que al presentar a éste como dueño, va a justificar que adquiera —también inscribiendo, claro está— el que en ella confió.

Y evitación de vacíos normativos, decíamos: No hay que insistir en este punto. Como muy autorizadamente se ha dicho<sup>78</sup>, la

---

<sup>76</sup> LACRUZ-SANCHO: *op. cit.* (ed. 1968), p. 64.

<sup>77</sup> Significativo en este punto, el trabajo de GÓMEZ GÓMEZ: «Ámbito de aplicación del llamado principio de fe pública registral», *RCDI*, 1952, pp. 558-580.

<sup>78</sup> LACRUZ-SANCHO: *op. cit.*, p. 173: «[...] mientras que si se acepta que *adicionalmente* [a la protección a la apariencia registral] persiste el sistema latino de salvar la adquisición de cualquiera que lleva al Registro su escritura, también el segundo comprador de un finca no registrada que la inmatricula en su favor puede repeler, en cuanto tercero



absorción del artículo 32 por el 34 deja sin solución registral el caso de la doble venta de finca no inmatriculada; o, dicho de otra forma, niega todo valor a la inscripción cuando lo que con ella se hace llegar por primera vez al Registro es una finca previamente vendida por el mismo vendedor a otro comprador que no la inscribió. Pero de este punto tendremos que ocuparnos con más detalle después de haber superado la objeción que contra lo hasta ahora dicho se nos podría oponer, y de la que inmediatamente pasamos a ocuparnos.

c) Tal objeción no puede consistir —ya se lo habrá adivinado— sino en la a veces afirmada incompatibilidad de los sistemas registrales latino y germánico. En dos planos diferentes, o desde dos puntos de vista se ha argüido tal incompatibilidad: considerando globalmente los sistemas y contrastándolos entre sí, al modo en que lo hizo Oliver<sup>79</sup>, o concentrando la atención en el artículo 32 para deducir —como lo hace Roca Sastre<sup>80</sup>— la imposibilidad de integrarlo en el sistema, al considerarse éste germánico y si se entiende como latino aquél. Ocupémonos del problema en ambos planteamientos.

La contraposición, más que mera diferencia, entre los sistemas latino y germánico es indudable. Aunque ambos se propongan dar seguridad al tráfico inmobiliario, es tan distinto el efecto asegurador que en cada uno se pretende, y consiguientemente, la forma de organizar el Registro que para obtenerla en ellos se adopta, que la adunación de ambos modelos en la formación de otro globalmente ecléctico o mixto parece imposible. El sistema latino se construye teniendo a la vista el problema de la doble venta; el germánico, con mayor amplitud, se propone dar solución al de la adquisición *a non domino*. El primero se conforma con dar preferencia a la adquisición del comprador que inscribe, pero sólo relativa; esto es, sólo frente a cualquier otra anterior no inscrita pero procedente del mismo vendedor. El segundo, en cambio, protege al adquirente positivamente y en la forma absoluta connaturalmente exigida por el derecho real: contra el *verus dominus*, quienquiera que éste sea y

---

protegido, la acción del primer adquirente que no adoptó la misma precaución»; AMORÓS: *La buena fe en la interpretación de los problemas hipotecarios*, cit., pp. 1548-1549: «[...] si se admite esta interpretación, entonces tenemos que la eficacia práctica de la norma contenida en el artículo 32 quedará vinculada a los casos de inmatriculación o primera inscripción. [...] Esta es, a mi juicio, la eficacia más característica del artículo 32: la protección del inmatriculante frente a lo no inscrito, el cual no puede ser protegido por el artículo 34».

<sup>79</sup> OLIVER: *op. cit.*, pp. 231-232: «[...] los principios que informaban las legislaciones extranjeras que en 1855 representaban cada uno de los dos sistemas alemán y francés, eran no sólo distintos, sino abiertamente contrarios; no podían fundirse ni amalgamarse [...] eran, como lo son hoy y lo serán siempre, verdaderamente irreductibles».

<sup>80</sup> ROCA SASTRE: *El problema de la relación...*, cit., pp. 818-822.

con independencia del origen de su derecho. Aquél organiza rudimentariamente el Registro, sin ordenarlo por fincas, admitiendo a transcripción el documento privado y prescindiendo de la calificación registral y del tracto sucesivo. Por el contrario, éste se organiza sobre los principios contrarios: folio real, documentación auténtica, calificación registral y tracto sucesivo. En tales condiciones, ciertamente, los modelos son tan distintos que ante ellos lo que se impone es la elección. Ni la debilidad de la organización latina soporta el efecto fuerte de la protección registral germánica, ni el rigor del soporte germánico de la publicidad permitiría reducir su eficacia protectora en los estrechos límites de la eficacia negativa y preclusiva propia de los sistemas latinos. Lo hemos visto en la interpretación de los títulos dedicados a la hipoteca y al Registro de la Propiedad en el Proyecto de Código Civil de 1851: sin un precepto que formulara positivamente, o *germanico more*, el efecto de la publicidad, las garantías que rodeaban a la inscripción, y la forma elegida para la organización del Registro, permitían deducir aquella eficacia, por más que su efecto se hubiera expresado mediante la fórmula latina del «no surtir efectos contra tercero». No surte tal efecto lo no inscrito, de acuerdo con la expresión literal de la ley, pero, además, según fundadamente puede interpretarse, lo inscrito debe contar como cabal expresión de lo realmente existente en favor del tercero que en ello confió.

De acuerdo, pues, con lo dicho, podemos concluir admitiendo la incompatibilidad, en globo, de los sistemas, tal como la vimos afirmada en Oliver. Lo que ya no es igualmente claro es que, en razón de dicha incompatibilidad, haya también de sostenerse la del artículo 32 en el conjunto de nuestro sistema registral; calificado éste, con razón, como germánico, e interpretado aquél como latino, según consta expresamente por la declaración de sus autores. Al situar el problema en este plano, pasamos ya al planteamiento de Roca Sastre. Ése va a ser, justamente, el núcleo de su argumentación del monismo hipotecario: porque el sistema de transcripción es incompatible con el de fe pública registral, el artículo 32, que en la mayor indefinición de los primeros tiempos (entonces, artículo 23) podía parecer latino, al evolucionar el conjunto cada vez con mayor claridad en sentido germánico, no puede ser hoy entendido más que participando de esta misma condición. En lugar de revelar, pues, autónomamente el principio latino de inoponibilidad, se limita a enunciar parcial y negativamente el principio germánico de fe pública registral.

En nuestra opinión, no puede pasarse tan automática y simplemente de la incompatibilidad global de los sistemas a la de alguna

de sus piezas, que, por no decir relación necesaria con el conjunto, pueden igualmente integrarse en el funcionamiento de ambos contrapuestos sistemas <sup>81</sup>. Naturalmente, la pieza en que aquí pensamos es el artículo 32: la norma que impone que los derechos no inscritos no perjudican al del tercero que inscribe. Y, naturalmente también, para que nuestro planteamiento tenga sentido, norma que aquí debemos entender como de naturaleza latina y, por ello mismo, perteneciente a terrenos de nuestro principio de «no inscripción». Así situado el problema, hemos encarado ya la cuestión decisiva: ¿es incompatible la fe pública registral con la inscripción no constitutiva? Por proteger al tercero que confía en la realidad del derecho inscrito de su transferente, ¿entra el sistema en contradicción consigo mismo si también protege, además, al que primero inscribe cuando no hay inscripción previa en la que poder confiar?

Nuestra respuesta tiene que ser aquí decididamente negativa. No hay razón de incompatibilidad alguna, porque los preceptos hipotecariamente en injustificada pugna se mueven en terrenos distintos, donde, por no tocarse, tampoco pueden entrar en colisión; y donde, en momentos y aspectos también diferentes, atribuyen a la inscripción funciones distintas pero no contradictorias. El artículo 32, al preferir por su inscripción al derecho inscrito frente al que se dejó de inscribir, presupone necesariamente que la inscripción no es constitutiva, pero dispone, obviamente, que tampoco es indiferente para la valoración y eficacia del derecho inscribible: el no inscrito no puede prevalecer sobre el inscrito, o, lo que es lo mismo: al derecho inscrito no puede perjudicar el que se dejó de inscribir. Y, admitido y establecido este criterio, con proyección principalmente de pasado: ¿qué puede impedir que, además de él y con proyección ahora de futuro, de la inscripción ya practicada se haga fundamento de la confianza de los terceros que se propongan adquirir el derecho ya inscrito? ¿Para qué, entonces, la desarrollada organización de nuestro Registro y los controles impuestos a la registración <sup>82</sup>? Por el camino sencillo y

<sup>81</sup> Son aquí de suscribir las palabras de GÓMEZ GÓMEZ: «En torno a la polémica Carretero-Roca», *RCDI*, 1966, p. 388: «Y a pesar de sus esfuerzos por confundir los artículos 32 y 34 no creo que pueda negar Roca, hablando también en teoría, que la fe pública y la inoponibilidad son también cosas diferentes, si no lo fueran en Francia habría plenamente fe pública. Y que ambas cosas pueden idealmente separarse o yuxtaponerse. Y así, hipotéticamente, puede pensarse en un sistema con inoponibilidad y sin fe pública (sistema concreto latino), en otro con fe pública y sin inoponibilidad (que es el que le gusta a Roca) y en otro con fe pública y con oponibilidad (Tirso Carretero)».

<sup>82</sup> Son de recordar aquí las palabras de LUZURIAGA: *op. cit.*, p. 944: «Por lo mismo que se han atribuido a la inscripción efectos tan importantes, ha sido preciso rodearla de una solemnidad que asegure la legitimidad de los títulos en que se funda».

sin precedentes de la protección del tercero que confió en el Registro<sup>83</sup>, nuestro legislador pudo fundamentar una fe pública registral no necesitada de la inscripción constitutiva y plenamente compatible con la protección registral autónoma al comprador que en la doble venta se adelanta en llevar al Registro la finca hasta entonces no inmatriculada<sup>84</sup>.

Terminemos, pues, este punto sintetizando y concretando algo más cuanto en él hemos tratado. Hay que estar de acuerdo en que, globalmente considerados, los sistemas latino y germánico se muestran como incompatibles entre sí: la distinta ambición de sus metas y el peculiar modo de organizarse uno y otro, impiden la componenda entre ambos. En cambio, no es imposible que en un sistema globalmente germánico se inserte, sin desajustes, una pieza latina. Naturalmente, afirmar esto implica admitir que la inscripción constitutiva no pertenece a la esencia del sistema germánico; que éste se identifica, sin necesidad de ella, por el efecto plenamente asegurador de la fe pública registral. Así fue calificada como germánica nuestra Ley Hipotecaria por sus propios autores y más señalados intérpretes<sup>85</sup>. En tal caso, la inoponibilidad latina, como distinta pero compatible con la fe pública registral, no es pieza que no pueda encajarse en un mecanismo registral germánico. ¿Cuándo sería incompatible con él? Obviamente, cuando dicho mecanismo hubiera adoptado el criterio de la inscripción constitutiva<sup>86</sup> —lo que, ciertamente, no es nuestro caso—, o cuando, sin inscripción constitutiva, la posible pugna entre derechos inscritos y no inscritos se produjera a partir de una situación previamente inscrita [art. 40 *a*) LH]. En este caso —éste sí, perfectamente posible en nuestro Derecho e imaginado por De la Serna en el comentario al originario artículo 23— el comprador que se adelanta a inscribir recibirá autónomamente de la fe pública registral (arts. 34 y 40) una protección que haría perder todo su interés a la relativa, preclusiva y negativa que podría obtener del

---

<sup>83</sup> Cfr. sobre ello, CASTRO: *Derecho Civil de España*, I, Madrid, 1949, p. 192, y NÚÑEZ LAGOS: *El Registro de la Propiedad español*, cit., p. 243.

<sup>84</sup> Por curiosa paradoja, mientras Roca Sastre, combativamente monista, admite sin dificultad la posibilidad de una fe pública registral no fundamentada en la inscripción constitutiva (cfr. *La nueva Ley de reforma hipotecaria...*, cit., p. 34; ID: «Trascendencia de la Ley Hipotecaria de 1861», *RCDI*, 1962, p. 604), Carretero, dualista igualmente combativo, entiende que una fe pública registral sin el fundamento de la inscripción constitutiva sería una «hermosa fachada vacía por dentro» (cfr. *Retornos...*, II, cit., p. 96).

<sup>85</sup> Recuérdese el testimonio de LUZURIAGA: *op. cit.*, p. 927, en cuanto al Proyecto de 1851, o, en cuanto a la Ley de 1861, el de CÁRDENAS (*Memoria histórica...*, cit., pp. 170-173) y SERNA (*op. cit.*, p. 637, nota) en la defensa y comentario de su artículo 34.

<sup>86</sup> El invento de la inscripción constitutiva, es, como indica CARRETERO: *Retornos...*, II, cit., p. 88, lo que lleva en el sistema alemán a la desaparición del tercero de nuestro artículo 32 LH.

artículo 32<sup>87</sup>. Pero, fuera de este supuesto, cuando la colisión entre compradores sucesivos se produce respecto de finca no inmatriculada, excluida por tanto la inexactitud registral y el juego de la fe pública, es justamente este último artículo, el 32, el llamado a proteger –a su modo– al que primero inscribe. Sin él, y siendo extra-registral en nuestro derecho la constitución y transmisión de los derechos reales, la sola fe pública registral, si no «dieta harto severa» para la seguridad de nuestro tráfico inmobiliario, como decía Lacruz<sup>88</sup>, sí que sería dieta abiertamente incompleta. Extrañamente incompleta, además, porque no puede entenderse fácilmente que, siendo posible entre nosotros, al igual que en Francia, la doble venta de finca no inscrita, dicho problema encuentre solución registral en el rudimentario sistema francés y quede sin ella en el nuestro, tan concienzudamente concebido y técnicamente desarrollado.

### 3. La autonomía del artículo 32 devuelve a la «primera inscripción» la utilidad que le niega la tesis monista

Está fuera de duda que el monismo hipotecario, privando de solución registral al problema de la doble venta de finca no inmatriculada, condena a la primera inscripción a una esterilidad sin paralelo en los sistemas comparados. En los germánicos puros, el expediente de la inscripción constitutiva elimina de raíz el problema, pero lo logra atribuyendo a la inscripción –a la primera como a todas las restantes referidas a las transmisiones negociales *inter vivos*– valor constitutivo. En los latinos, que es donde al no ser constitutiva la inscripción, el problema –como en el nuestro– puede plantarse, la toma de razón de la adquisición en el Registro proporciona a ésta un aumento de valor relativo que se traduce decisivamente dando preferencia a la adquisición inscrita sobre la que se dejó de inscribir. Nada de ello ocurriría a nuestra primera inscrip-

---

<sup>87</sup> En el sentido del texto, aunque sin excluir la posibilidad de opinión en contrario, AMORÓS: *La buena fe...*, cit., p. 1548: «Personalmente creo que el caso de doble venta, cuando el vendedor aparece inscrito y el segundo comprador resulta protegido al inscribir, puede ser válidamente llevado al principio de fe pública registral en sentido amplio y apoyado en la aplicación conjunta de los artículos 34, 37 y 40. Pero aunque así no fuera, siempre resultaría protegido el comprador que inscribe frente al que no lo hizo por el artículo 32 de la Ley Hipotecaria». En cambio, decididamente contrario a la inclusión del supuesto de la colisión de títulos cuando derivan éstos de otro previamente inscrito, en los artículos 34 y 40 a) LH, y consiguientemente, a la admisión de su solución por el principio de fe pública registral, GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, pp. 76-80.

<sup>88</sup> LACRUZ-SANCHO: *op. cit.*, p. 175. Además de Lacruz-Sancho, para la solución en el artículo 32 LH al problema de la doble venta de finca no inmatriculada, cfr. AMORÓS: *La buena fe...*, cit., pp. 1545-1549.

ción en la interpretación monista de nuestro sistema registral. Sin valor constitutivo, no excluiría el problema de la colisión entre adquisición inscrita y no inscrita; y sin más eficacia protectora que la sancionada en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, dejaría al adquirente que por primera vez inscribe sin protección registral, al no contar éste con una norma que autónomamente le proteja ni poder lucrar la protección del 34 por impedírsele el no haber adquirido confiando en dato registral previo alguno. Con gran parte de razón, pues, ha podido decirse que la tesis monista hace inútil la primera inscripción<sup>89</sup>, pues, por más que quien la obtenga se beneficie de la presunción *juris tantum* de exactitud de que goza toda inscripción<sup>90</sup>, es lo cierto que, en la tesis criticada, no comenzará a haber definitiva y completa protección registral hasta que alguien adquiera en las condiciones que exige el artículo 34: concretamente, por lo que ahora interesa, confiando en una inscripción anterior.

Extraña inutilización ésta de la primera inscripción, que, sobre su propia contraindicación, no sólo tiene que sacrificar la autonomía del artículo 32 absorbiéndolo en el 34, sino que tiene que entrar además en abierta oposición con lo dispuesto en el artículo 1473 II CC: si fuera inmueble la cosa vendida a diferentes compradores, su propiedad pertenecerá al adquirente que antes la haya inscrito en el Registro. Por dos vías intentarán los monistas superar el obstáculo: forzando la interpretación del artículo 1473 CC, que, según ellos, y en atención a lo dispuesto en el artículo 608, deberá entenderse desde la Ley Hipotecaria, esto es: exigiendo al compra-

<sup>89</sup> Así, e. c. y con matices diferentes, DEL HOYO: *op. cit.*, esp., p. 572: «Y todo esto para nada; para seguir siendo todavía tercero civil después de la inscripción»; VILLARES PICÓ: *La polémica...*, cit., p. 373: «[...] afirmar rotundamente que el inmatriculante, que es un *pionnier* que abre camino, que inicia la hoja registral de la finca, nunca podrá valerse de su condición de tercero hipotecario, es tanto como decir que la inscripción de inmatriculación no le va a servir a su titular para nada, como no sea para la prioridad formal, y si acaso para la legitimación dispositiva en la obtención de un préstamo hipotecario»; CARRETERO: *Retornos...*, II, cit., p. 136: «Hay países donde no hay Registro, otros donde la inscripción es constitutiva, otros donde la transcripción es requisito de inoponibilidad. Sólo en España hay Registro (magnífico en muchos aspectos); pero luego el inscribir apenas sirve de nada [...]»; AMORÓS: *La buena fe...*, cit., p. 1544: «Pero es que, además [la idea de que el artículo 32 no exige la previa inscripción], tiene a su favor otra razón práctica y real de no pequeño peso: la necesidad de que resulte protegido el inmatriculante sin tener que esperar a una transmisión onerosa posterior. Porque, si no, ¿de qué le sirve formalizar y legitimar su situación, satisfacer gastos e impuestos?»; GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, p. 177: «Y es un problema crucial [...] para la eficacia del sistema registral y para la utilidad social del Registro [...]. ¿Es justo que a esa masa mayoritaria de terceros se les niegue protección registral por el hecho de que en el momento de adquirir o de presentar su título en el Registro no esté previamente inscrito el derecho del transferente?» (cva. del a.)

<sup>90</sup> Insiste en esta idea, viendo en ella la única consecuencia de la primera inscripción, DE LA RICA y MARITORENA, Ramón: «Algo más sobre el tercero en la Ley Hipotecaria», *RCDI*, 1970, pp. 703-730, *passim*.

dor protegido por inscribir haber adquirido de titular inscrito, según lo dispuesto en el artículo 34 LH<sup>91</sup>; o bien –segunda vía– negando que el artículo 1473 CC tenga aquí nada que ver, ya que, al referirse a los aspectos jurídico-personales de la doble venta, no es norma que, en paralelo con el 32 LH, esté llamada a dar solución al problema jurídico-real de la adquisición de la propiedad que se suscita en el caso propuesto<sup>92</sup>. Intento fallido por ambos caminos. Por el primero, porque la argumentación pretendida incurre en manifiesta petición de principio, y porque su apetecido resultado choca literal y frontalmente con el orden de preferencia establecido en el precepto: contra lo que en éste se dispone, el comprador que se adelanta a inscribir inmatriculando resultaría vencido por el comprador anterior que, no habiendo inscrito, hubiere entrado en la posesión del inmueble comprado<sup>93</sup>. Y por el segundo, porque la identidad de naturaleza y criterio de solución aplicado en los actuales artículos 1473 CC y 32 LH, además de directamente perceptible por sí misma<sup>94</sup>, quedó expresamente afirmada por los autores de la Ley. Baste para comprobarlo recordar tres textos, uno de Luzuriaga, otro de la Exposición de Motivos de 1861, y otro de Gómez de la Serna.

Los artículos 1859 [el actual 1473 CC] y 60 –dice Luzuriaga<sup>95</sup>– son aplicación del principio consignado en el artículo anterior [el 1858, paralelo al actual 32 LH], y aunque, por lo mismo, pudieran haberse excusado, ha parecido conveniente consagrar estas disposiciones especiales por la grande importancia del objeto que encierran, y que no debía dejarse dependiente de interpretaciones...

«Por la doble venta de una misma cosa cuando alguna de las ventas no se haya inscrito». Consecuencia es esto –*Exposición de Motivos*<sup>96</sup>– del principio expuesto al manifestar los motivos de las

---

<sup>91</sup> VALLET DE GOYTISOLO: *La buena fe, la inscripción y la posesión en la mecánica de la fe pública registral*, «Estudios sobre derechos de cosas», I, Madrid, 1985, pp. 458-459; ROCA SASTRE: *El problema...*, cit., p. 804; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *Derechos reales. Derecho Hipotecario*, Madrid, 1982, pp. 597-598.

<sup>92</sup> PAU PEDRÓN: *Comentario del Código Civil, I*. Ministerio de Justicia, Madrid 1991, ad artículo 606, pp. 1535-1536.

<sup>93</sup> Así, RUBIO GARRIDO: *La doble venta y la doble disposición*. Barcelona, 1994, p. 97: «Y, dado que la inmatriculación no puede ser base para ninguna adquisición *a non domino*, el otro comprador no inmatriculante podrá perseguir la cancelación del asiento obrado y su sustitución por el suyo, mediante la plena prueba de su título y de que él fue el único que entró en posesión de la finca vendida (o que fue el primero en hacerlo) [...]». Nos hemos referido más ampliamente a este problema en «La inscripción en el Registro de la Propiedad (Su contenido causal, su carácter voluntario y su función publicadora de la realidad jurídico-inmobiliaria o generadora de su apariencia jurídica)», *ADC*, 2001, pp. 194-201.

<sup>94</sup> Para la relación entre los artículos 23 (originario) LH y 606 y 1473 CC, cfr. AMORÓS: *Comentarios...*, cit., pp. 288-290. También, con breve referencia a sus antecedentes, VILLARES: *op. cit.*, pp. 367-368.

<sup>95</sup> LUZURIAGA: *op. cit.*, p. 951.

<sup>96</sup> E. M. 1861, p. 253.

bases de la Ley. Cuando se trata de los derechos de un tercero, sólo se entenderá transmitido el dominio desde la inscripción, no desde la posesión y menos desde el convenio. Admitido el principio, no pueden negarse sus corolarios rigurosos. Así lo establece también el Proyecto del Código Civil, ordenando que cuando el propietario enajena unos mismos bienes inmuebles a varias personas por actos distintos, pertenece la propiedad al adquirente que haya inscrito antes su título.

Esta misma doctrina –finalmente, *Gómez de la Serna*<sup>97</sup>– prevaleció en la formación del Código Civil: dos artículos hay en él que tienen relación inmediata con lo que comentamos [la prioridad registral: artículo 17 LH]. Estos son el 1859 y 1860. Ordena el primero, que «cuando el propietario enajena unos mismos bienes inmuebles a diferentes personas por actos distintos, pertenece la propiedad al adquirente que haya inscrito su título».

El nuevo obstáculo no superado que contra la tesis monista levanta ahora el artículo 1473, más la distinción y autonomía del artículo 32 respecto al 34 LH que hasta este momento hemos venido argumentando, excusan tener que entrar a desmontar la inconsistencia de la práctica aniquilación del valor de la primera inscripción, pero nos fuerza a tener que precisar cuál es exactamente dicho valor: en qué consiste esa otra forma de «eficacia ofensiva» –en la terminología de Lacruz<sup>98</sup> que la inscripción, además de la fe pública registral –y algo residualmente, ésta supuesta– produce en nuestro Derecho. Lo haremos distinguiendo tiempos y ámbitos.

Primero.–Para el adquirente que inscribe. A nuestro juicio, debe mantenerse como cierto que la publicidad, en su dimensión latina, da a quien se adelanta a practicar la primera inscripción de la finca la preferencia que por el hecho de haberse adelantado a inscribirla le otorgan los artículos 1473 II CC y 32 LH, en caso de doble venta frente a cualquier comprador anterior<sup>99</sup>. Debe, ade-

<sup>97</sup> SERNA: *op. cit.*, p. 525.

<sup>98</sup> LACRUZ-SANCHO: *op. cit.*, pp. 161 y ss.

<sup>99</sup> Así, inequívocamente, SERNA: *op. cit.*, p. 665, en el comentario al artículo 38. 4.<sup>a</sup> LH: *En consecuencia de lo establecido en el artículo 36, no se anularán ni rescindirán los contratos en perjuicio de tercero que haya inscrito su derecho, por ninguna de las causas siguientes: ... 4.<sup>a</sup> Por la doble venta de una misma cosa, cuando alguna de ellas no hubiera sido inscrita*. Tras repetir las palabras de la Exposición de Motivos referidas a este problema, añade como fundamento de esta disposición: «No debe olvidarse aquí, que según otro artículo de la Ley [y cita el artículo 17], que ya dejamos comentado, cuando se ha inscrito en el Registro cualquier título traslativo del dominio de los inmuebles, no puede inscribirse otro de fecha anterior por el cual se transmita la propiedad del mismo inmueble». Posteriormente, en el sentido del texto, ALONSO FERNÁNDEZ, José: «La inmatriculación de fincas mediante el título público de su adquisición», *RCDI*, 1945, pp. 315-316. En contra, DE LA RICA y MARITORENA: *op. cit.*, pp., esp., 712: «Nunca las inscripciones primeras o de inmatriculación han estado protegidas por el principio de inoponibilidad. Sucedió así porque el tercero latino, trasplantado a un sistema de fondo germánico y con principios que le son incompatibles, queda totalmente desvirtuado e inoperante», y 725-726, donde aduce



más, añadirse que el resultado protector de dicha preferencia se produce sin tener que esperar, cuando proceda, el transcurso del plazo suspensivo impuesto por el artículo 207 LH para que las inscripciones de inmatriculación surtan efecto contra tercero<sup>100</sup>. Volveremos enseguida sobre este punto.

Debe mantenerse como igualmente cierto que al inmatriculante no alcanzan los efectos de la fe pública registral, por faltarle el requisito de haber adquirido de titular previamente inscrito y confiando en la exactitud del Registro. En consecuencia, el *verus dominus* —que no lo sea por adquisición anterior no inscrita y derivada del mismo transmitente— puede reivindicar con éxito contra dicho inmatriculante: desde luego, antes del transcurso de los dos años de suspensión de efectos de la inmatriculación contra terceros; pero también, en nuestra opinión, después de dicho plazo, ya que el mismo lo que suspende es el juego de la fe pública registral, y ésta, como hemos indicado, no aprovecha al inmatriculante<sup>101</sup>.

---

como base normativa de su opinión el último párrafo del artículo 298 RH: *Los que se crean con derecho a la finca o parte de ella cuya inscripción se haya practicado conforme al artículo 205 de la Ley, podrán alegarlo ante el Juzgado o Tribunal competente en juicio declarativo, y deberá el Juez ordenar que de la demanda se tome en el Registro la correspondiente anotación preventiva*. El argumento, a nuestro juicio, no tiene el valor absoluto que se le pretende atribuir: por no referirse a la primera inscripción, como tal, sino a la obtenida por el concreto procedimiento del artículo 205 LH, y, sobre todo, porque no permite concluir que entre los que realmente puedan considerarse con derecho a la finca inmatriculada estén los compradores anteriores que en caso de doble venta hayan omitido la inscripción.

<sup>100</sup> Así, ALONSO FERNÁNDEZ: *op. et loc. ant. cit.*: «[...] la inscripción de inmatriculación produce los siguientes efectos contra tercero, antes de los dos años a partir de su fecha: [...] 2.º Los del artículo 1473 del Código Civil, que por sus términos absolutos declara que pertenece la finca, en caso de doble venta, al adquirente que antes la haya inscrito, pues, como dice Gayoso Arias, es un efecto de la inscripción instantáneo que se produce de una vez». En contra, exigiendo el transcurso de los dos años, AMORÓS: *La buena fe...*, cit., p. 1545: «Terceros aquí son [en el artículo 207 LH] tanto el causahabiente del inmatriculante (tercero registral) que ve paralizados los efectos protectores de la inscripción por dos años, como el *verus dominus* (tercero civil no inscrito respecto al acto de adquisición del inmatriculante) que tiene igualmente paralizados en su favor, y por el mismo plazo, los efectos ofensivos de la inscripción del otro comprador. Esta es la peculiaridad restrictiva del procedimiento inmatriculador del artículo 205 por sus menores garantías»; también, VILLARES PICÓ: *La polémica...*, cit., p. 365.

<sup>101</sup> Así, entre los que más de cerca se han ocupado del tema, GÓMEZ GÓMEZ, M.: *Ámbito de aplicación...*, cit., p. 573: «Solamente en los asientos de inmatriculación el titular de los mismos no trae su derecho de un titular registral anterior, pero tratándose de inmatriculaciones es imposible hablar de terceros hipotecarios, ni de fe pública registral, pues es sabido que los asientos de inmatriculación no están protegidos por el principio que nos ocupa, según sostiene la doctrina más generalizada (aunque no sin algún contradictor)». Entre éstos, DEL HOYO: *Otra vez el concepto de tercero...*, cit., quien, a partir del plazo de suspensión, entiende debe considerarse al inmatriculante como «tercero hipotecario», favorecido, también, por la fe pública registral: cfr., esp., pp. 566: «Este artículo [el 207 LH] es totalmente claro, y los efectos contra tercero que quiere producir son, sin ningún género de duda, los efectos hipotecarios. Pero, ¿a qué tercero se refiere? Entendemos que al tercero civil, y por consiguiente quiere decir que las inscripciones de inmatriculación, transcurridos dos años, producen plenos efectos de fe pública registral contra el

Para que la reivindicación del *verus dominus* resulte impedida por la protección registral es menester que, transcurridos los dos años a partir de la inmatriculación, la finca haya pasado a tercero que la haya adquirido en las condiciones exigidas por el artículo 34 LH. Entre el titular inscrito que no sea tercero del artículo 34 LH, y el *verus dominus* las cosas discurren, sin peculiaridad alguna, con arreglo a la legislación civil (art. 36 LH).

Aquí llegados, con todo, una duda puede asaltarnos. Lo antes dicho sobre el valor de la primera inscripción para el titular que inscribe cuadra exactamente con la efectividad latina de la inscripción; la efectividad, además, que por su origen latino cabe esperar de la prevista y regulada en el artículo 32. Pero, ello admitido, la cuestión que podría suscitarse es la siguiente: Integrada una inscripción latina en un sistema germánico, ¿no podría tal inscripción resultar metamorfoseada por consecuencia de dicha integración o inserción? La misma cuestión se puede proponer desde un planteamiento más general: Venimos manteniendo que la protección registral actúa en nuestro Derecho como una concreta hipótesis de protección de la apariencia jurídica. Va en ello implícito que la apariencia jurídica es el género, y que la protección de las actuaciones llevadas a cabo en la confianza de su coincidencia con la realidad es el principio general que concretamente se aplica cuando positivamente se protege al adquirente que inscribe. Siendo ello así, la pregunta es ya directamente la siguiente: si el adquirente que por primera inscribe adquirió de buena fe en el marco de una situación protegible de apariencia —extra-registral, por hipótesis— de titularidad de su transferente, ¿podrá obtener de la inscripción la tutela inmediata y definitiva que la teoría de la apariencia dispensa a los terceros de buena fe <sup>102</sup>? Concretando algo más el supuesto: si el vendedor no es dueño, pero por la posesión en concepto de dueño parece serlo (art. 448 CC): ¿resultará protegido el comprador que

---

tercero civil. De donde se deduce que al pasar los dos años el titular de la inscripción de inmatriculación toma la categoría de tercero hipotecario protegido»; 573: «Creo, pues, sinceramente que no hay motivos ni fundamento ninguno para negar la cualidad de tercero hipotecario a los titulares de inscripciones primeras [...]. No hay ningún precepto que se oponga a ello en la Ley Hipotecaria. Es más, los artículos 32 y 207 de la misma Ley parece que lo están pidiendo a gritos»; 574: «Creemos que, en honor de la moralidad y de la Ley misma, hay que conceder la categoría de tercero hipotecario al titular de la inscripción primera, conforme a sus artículos 32 y 207 corroborados por el 1473 del Código Civil». En la jurisprudencia reciente, y en el sentido de lo afirmado en el texto, STS 15-1-01, con cita de la de 21-1-1992.

<sup>102</sup> Nos remitimos aquí a lo dicho en *La representación aparente (Una aplicación del principio general de protección de la apariencia jurídica)*, Sevilla, 1978, pp., esp., 441-442 y 479, en cuanto al resultado final de la protección de la apariencia; y a lo que apuntaremos al final de este trabajo (*infra* V. 3) sobre la relación entre el principio autónomo de inoponibilidad y al principio de protección de la apariencia jurídica.

inscribe al modo relativo y preclusivo de la protección registral latina, o al modo definitivo y absoluto en que el ordenamiento protege al que actúa confiando en la apariencia jurídica? Tenemos que remitir el tratamiento más a fondo y detenido de este problema al momento en que, ocupándonos del principio de legitimación registral, tengamos que entrar a estudiar las posibles interferencias entre las apariencias registrales y las posesorias. Por ahora baste indicar, como criterio de principio, que donde específicamente se predispone por el Derecho un instrumento artificial y específico de manifestación de la realidad, la apariencia de tal generada por éste cuando no coincide con ella debe prevalecer sobre la resultante espontáneamente de otros medios capaces de provocarla de forma aunque más natural menos inequívoca. Otra sería la solución, naturalmente, en aquellos casos en que, supuesto ciertamente un elemento cualquiera de apariencia interesadamente creado por el *dominus*, incognoscible, en principio, por los terceros, y efectivamente desconocidos por éstos, la ley termina por proteger la buena fe de quien confía en la aparente normalidad del estado de cosas relativo al objeto de su actuación, frente a la maniobra de quien interesada y sospechosamente encubre en ella la realidad de una situación anómala. Es lo que ocurre en la simulación y sus figuras adláteres. Pero que el adquirente de titular simulado –aunque no registral– que inscribe su adquisición pueda resistir la reivindicación del dueño real disimulado u oculto, es algo que dicho adquirente lo obtiene no propia y peculiarmente por haber inscrito, sino porque el Derecho impide sacar la simulación de la relación entre los simulantes y hacerla valer en perjuicio de terceros de buena fe<sup>103</sup>.

Segundo.–Efectos de la primera inscripción para los terceros. Las inscripciones de inmatriculación practicadas con arreglo a lo establecido en los artículos 205 y 206 de la Ley Hipotecaria –dispone el 207– «no surtirán efectos respecto de tercero» hasta transcurridos dos años desde su fecha. Y en términos parecidos, el artículo 28: las inscripciones de derechos adquiridos por herencia o legado «no surtirán efecto en cuanto a tercero» hasta transcurridos dos años desde la muerte del causante.

Primera observación, legalmente obvia, pero necesitada de ser expresamente advertida y especialmente destacada: la suspensión de efectos en cuanto a tercero ordenada en estos preceptos no es un límite impuesto propia ni exclusivamente a la primera inscripción *ut sic*, sino sólo a la inscripción practicada en las dos hipótesis que

<sup>103</sup> Por todos, CASTRO: *El Negocio Jurídico*, Madrid, 1967, pp. 360-365.

se indican, y en atención a motivos singulares<sup>104</sup>: que la una se obtuvo en procedimiento que no da garantía completa de la realidad de lo inscrito, y la otra resulta de un título cuya eficacia no puede tenerse como definitiva y absolutamente comprobada al tiempo de su inscripción<sup>105</sup>. Dicho de otra forma y en términos positivos: la primera inscripción, como tal primera inscripción, no resulta discriminada en nuestro sistema registral. Produce para quien la obtiene los efectos normalmente derivados de la práctica de la inscripción, y sirve para suscitar en los terceros la misma confianza que puede generar cualquiera de las ulteriores inscripciones.

Esto advertido, cuando la suspensión de efectos procede: ¿cuáles son los que «respecto de terceros» pretenden suspender los artículos 28 y 207 LH? Según la mejor interpretación —creemos—, los relativos a la legitimación registral en su concreta dimensión de dar fundamento o abrir cauce a la fe pública registral<sup>106</sup>. De ahí que, según dijimos, dentro del plazo de suspensión, tanto el genérico *versus dominus* (no el comprador anterior que en la doble venta no inscribió) como el heredero verdadero puedan hacer valer su derecho contra quien logró inscribirlo como propio sin que realmente lo fuera<sup>107</sup>. ¿Y una vez transcurrido dicho plazo? Habrá que

<sup>104</sup> A veces, la suspensión de los efectos en cuanto a terceros de la inscripción se presenta, sin más, como efecto referible a toda primera inscripción. Cfr., e. c., VILLARES: *La polémica...*, cit., pp. 372-373: «[...] aquí está el amplio campo del artículo 32, en el que cabe la inscripción de inmatriculación, al transcurrir los dos años de su fecha [...]; «Por tanto es de alegrarnos que el Tribunal Supremo se haya inclinado hacia el buen sentido de dar valor de prioridad material a las inscripciones de inmatriculación, transcurridos los dos años. Además, ¿qué daño causa a nuestro sistema el criterio dualista? Al contrario, interpretado según lo expuesto anteriormente hace más amplia la protección registral, incluso respecto a las inscripciones de inmatriculación consolidadas por el transcurso de los dos años». Más atento al dato observado en el texto, LACRUZ-SANCHO: *op. cit.*, p. 203: «En el caso de este precepto [el artículo 207 LH], se aplaza la vigencia de ciertos tipos de inmatriculación (no todos) [...]».

<sup>105</sup> Por todos, por más que la cosa es obvia, LACRUZ-SANCHO: *op. et loc. ant. cit.*: «El artículo 28 [...] intenta prevenir contra el peligro de que, una vez inscrito el derecho del heredero testamentario o abintestato no legitimario, aparezcan, o un posterior testamento en el que se nombre a otro heredero, o un pariente de mejor grado [...]. El artículo 207 cumple la misma función de prevenir posibles sorpresas causadas por una inscripción inexacta [...] a causa de sus faltas de garantías, pareciendo conveniente que durante cierto plazo el funcionamiento normal del Registro no pueda hacer producir a una inscripción inexacta perjuicios irreparables, como ocurriría si el tercer adquirente estuviera protegido desde el acceso de la finca a los libros».

<sup>106</sup> Así, LACRUZ-SANCHO: *op. cit.*, p. 203: «La suspensión temporal de efectos de la inscripción se refiere sólo al principio de fe pública registral (eficacia ofensiva), pero no al de legitimación (eficacia defensiva), que actúa desde el primer momento»; DIEZ-PICAZO: *Fundamentos...*, cit., p. 359: «Se establece, pues, un período de *vacatio* de los efectos de la inscripción en relación con la posible fe pública del Registro».

<sup>107</sup> *Ad rem*, GÓMEZ GÓMEZ: *Ámbito de aplicación...*, cit., pp. 577: «Ni que decir tiene que este retraso en la protección del tercero solamente tiene lugar frente a las acciones del heredero real no inscrito», y 579: «Hay una notable diferencia entre esta suspensión [la ordenada en el artículo 207 LH] y la anteriormente examinada del artículo 28 de la Ley

distinguir: si la cosa pasó a tercero que la adquirió en las condiciones del artículo 34 LH, nada podrá reclamarse de éste; por el contrario, mientras la apariencia de titularidad derivada de la inscripción (consolidada, incluso, por el vencimiento del plazo de suspensión) no haya provocado un acto de adquisición registralmente protegible como adquisición *a non domino*, el dueño o el heredero verdadero, según sea el caso, podrá reclamar su derecho de quien todavía lo tiene inscrito como suyo en inscripción registral que sigue aún siendo la primera<sup>108</sup>. La primera inscripción, de acuerdo con su condición latina, sólo protege frente al derecho anterior, derivado por tercero de un mismo transmitente y no inscrito. A ese concreto «tercero» (comprador anterior que no inscribió) es al que está llamado a perjudicar la inscripción latina; nuestra primera inscripción, que para lograr tal efecto no necesita transcurso de plazo alguno<sup>109</sup>. Lo necesitado de suspensión son los efectos derivados de la confianza que, por sus requisitos y controles, puede suscitar la inscripción en futuros adquirentes que mediante ella intenten cerciorarse de la titularidad de su transmitente. En una palabra: en los casos de los artículos 28 y 207 de la Ley Hipotecaria, la inscripción –no siempre primera ni siempre la

---

Hipotecaria, pues en aquella se trataba de una suspensión parcial, que sólo se producía frente a las acciones correspondientes al heredero real; mientras que la suspensión que nos ocupa es total, se da frente a toda clase de acciones “*erga omnes*”, cualquiera que sea la persona a quien corresponda su ejercicio»; LACRUZ-SANCHO: *op. cit.*, p. 204: «Herederos y titulares auténticos, pues, son los *terceros* a que aluden los artículos 28 y 207. La suspensión de efectos sólo opera frente a su derecho, y no a los de otros cualesquiera».

<sup>108</sup> Cfr. SS 21-1-92 y 15-1-01. En la doctrina, en contra, como vimos *supra*, nota 101, DEL HOYO: *Otra vez el concepto de tercero...*, cit. *passim*; en el sentido del texto, DE LA RICA Y MARITORENA: *op. cit.*, p. 728: «Una vez transcurridos dos años [...], la inscripción de inmatriculación no mejora la condición»; Díez-PICAZO: *op. cit.*, *ib.*: «Sería inexacto pensar que el paso o transcurso de los dos años hace inatacable y definitiva la posición del inmatriculante. El artículo 207 no dice que con el paso de dos años la posición del inmatriculante sea inatacable, sino que, a partir de ese momento, el adquirente del inmatriculante, que reúne todos los requisitos exigidos por el artículo 34, será un tercero hipotecario típico, que estará protegido por la fe pública del Registro».

<sup>109</sup> GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, pp. 426-427: «Como la *ratio* del artículo 207 de la LH es la desconfianza del legislador hacia el título del inmatriculante, *no se producirá la suspensión de efectos del citado artículo, en aquellos supuestos del artículo 32 LH en que se enfrentan o se produce un conflicto entre dos títulos que derivan de un mismo “auctor”*, pues ambos títulos están en las mismas condiciones, y entonces es ajeno a ello el artículo 207 LH y juega exclusivamente la prioridad en la inscripción. Así, en un supuesto de doble venta, el comprador que primero inscribe prevalece sobre el que no ha inscrito, pues la solución de ese conflicto se resuelve según el artículo 1473.2 CC, a través del que inscriba antes, *y no importa aquí se trate de primera o segunda inscripción*, pues no se atiende a la clase de medio inmatriculador ni éste tiene nada que ver con la cuestión de la doble venta, sino que *lo que interesa es la fuerza de la prioridad y de la publicidad registral del que primero acude al Registro de la Propiedad, frente a la negligencia del que no accede al Registro o llega después*. Aquí, el efecto de la inoponibilidad es *instantáneo* porque no está en juego un problema de debilidad o no del título inmatriculador, que es para lo que se dictó la suspensión de efectos del artículo 207 LH» (cva. del a.); *ídem.*, antes, pp. 225-226.

primera— no genera *fe pública* sino transcurridos dos años, respectivamente, desde la muerte del causante o desde la fecha de la misma inscripción.

### III. LOS REQUISITOS DE APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE INOPONIBILIDAD: EL PROBLEMA DEL TERCERO O LOS TERCEROS HIPOTECARIOS

#### 1. Nexo e introducción al estudio del problema

Cuando el artículo 27 de la originaria Ley Hipotecaria —sin contar con precedente alguno, sin necesidad de hacerlo y con la sola intención, según testimonio de Gómez de la Serna<sup>110</sup>, de disipar eventuales dudas y evitar problemas— definió al tercero hipotecario como *aquel que no haya intervenido en el acto o contrato inscrito*, justamente al contrario de lo que con él pretendían sus autores, estaba prendiendo la mecha de una polémica que, trascendiendo la supresión del precepto en la reforma legislativa de los años 1944-1946, ha llegado viva hasta nuestros días y nada permite pensar que vaya a darse por definitivamente resuelta bajo el imperio del régimen hoy en vigor. Es de lamentar que así hayan ocurrido las cosas, porque la discusión acerca de la figura del «tercero hipotecario» dista mucho de ser mero malabarismo conceptual para recreo de hipotecaristas desocupados y tormento de estudiantes<sup>111</sup>, y alcanza a tener importantes consecuencias de orden práctico.

El problema que el artículo 27 planteaba no era que el tercero que en él se describía no fuera un auténtico tercero hipotecario, sino que aquel tercero se propusiera como el exponente único del tercero amparado por la publicidad registral en un sistema que tan

---

<sup>110</sup> Cfr. SERNA: *op. cit.*, p. 589, en la nota final al comentario del artículo 27: «No encontramos ni en nuestra legislación anterior a la actual Ley hipotecaria ni en las extranjeras, disposiciones que definiendo la palabra *tercero*, concuerden con el artículo que acabamos de comentar [...]. En las legislaciones extranjeras se ha confiado su interpretación a la práctica. No encontraríamos inconveniente en que lo mismo se hubiera hecho en la Ley, sin que por esto nos parezca mal que se haya descendido a definir lo que tal vez en el silencio del legislador daría lugar a diferentes interpretaciones».

<sup>111</sup> Así aparece calificada por Cossío en dos lugares distintos: en *Instituciones...* cit., p. 215: «La obscuridad de este precepto, y su sentido contrario al general de la Ley, hizo que su interpretación se convirtiera en recreo de comentaristas y aficionados, y en tormento de estudiantes, siendo causa de no pocos erróneos conceptos [...]. y, anteriormente, en *Proyecto de Bases en que podría inspirarse una reforma de la actual legislación inmobiliaria*, Anales de la Universidad Hispalense, Sevilla, 1945, p. 143, donde se acusa a la «técnica perniciosa del “tercero” de no haber tenido otra virtud «que la de estimular el malabarismo conceptual de hipotecaristas desocupados».

peculiar y deliberadamente había logrado ensamblar preceptos tan distintos como los artículos 23 y 34 de la Ley Hipotecaria. De ahí la sorpresa y el desconcierto de los comentaristas: el tercero del artículo que fue presentado como el alma de la Ley, el que venía a resumirla y contenerla en su esencia <sup>112</sup>, no cabía en la estrechez de los términos del artículo 27 <sup>113</sup>. Y tras la desconcertada sorpresa, la crítica, la denuncia de la insuficiencia del artículo 27, la búsqueda de otros terceros especiales que, además del previsto en el artículo 23, vinieran a dejar en evidencia el desacertado reduccionismo del criticado precepto... <sup>114</sup>. No faltaba razón a esta corriente crítica, pero la inseguridad de su formulación cuando todavía no se ha captado con exactitud y rigor la singularidad de nuestro sistema en su peculiar adscripción al sistema germánico <sup>115</sup>, cuando al tercero del

<sup>112</sup> Recuérdense los testimonios de SERNA y de LUZURIAGA en el comentario a los artículos 23 de la Ley Hipotecaria y 1858 del Proyecto de Código Civil de 1851, respectivamente, ambos transcritos *supra*, nota 4.

<sup>113</sup> Así, e.c., MORELL: «Tercero en la Ley Hipotecaria», *RGLJ*, 1921, p. 24: «Estimamos equivocada esta inteligencia que quiere atribuirse al concepto del tercero en general, suponiendo que su más completa definición se encuentra en el artículo 34. Este artículo, que ni siquiera emplea para nada la palabra tercero, legisla para un caso especial [...]. El tercero hipotecario, en general, no necesita adquirir por título oneroso, ni de persona que en el Registro aparezca con derecho para transmitir o contratar, ni aun tener buena fe».

<sup>114</sup> La indicación de esos otros terceros y la crítica a la insuficiencia del artículo 27 puede verse, e. c., en GALINDO y ESCOSURA: *Comentarios a la Legislación Hipotecaria de España y Ultramar*, I, 2.ª ed., Madrid, 1890, p. 425: «[...] no caben todas las clases de terceros en el estrecho marco de la definición que da el artículo 27»; MORELL: *op. cit.*, p., entre otras, 27: «Este principio no obsta a que la misma Ley, en casos excepcionales de gravedad o de mayor trascendencia jurídica, o en situaciones especiales, exija en ese tercero determinadas condiciones, también excepcionales, y de ello presentan ejemplo, además del artículo 34, los 36 al 38, el segundo párrafo del 23, el 35, y aun, según algunos, el 355, al ocuparse de la liberación de cargas y gravámenes no inscritos»; LACAL: «Dependencia en que el concepto de tercero se halla respecto de los principios fundamentales del sistema», *RCDI*, 1931, pp. 107-108: «[...] la Ley llama tercero en cada caso al extraño a la situación hipotecaria que examina, de la cual puede derivarle algún perjuicio [...]. El tercero es, pues, dentro de nuestro ordenamiento positivo, un elemento que cambia y varía. Es tercero el que no ha intervenido en el acto o contrato inscrito (art. 27). Lo es también el que no ha intervenido en el acto o contrato no inscrito (art. 23). Asimismo es tercero el que no ha intervenido en un acto o contrato inscrito con relación a causas de nulidad, rescisión o resolución que no constan en el Registro (arts. 31 y 36). Por último, contra lo previsto en los artículos 23 y 27, niega la condición de terceros a los que no han intervenido en el acto o contrato inscrito frente a los que ostentan derechos no registrados (párrafo último del art. 35). El análisis pudiera continuarse [...]».

<sup>115</sup> Exponente de esa inseguridad, el trabajo de MORELL que venimos citando, en su sorprendente apostilla final (pp. 48-49). Después de haber criticado la redacción y contenido del artículo 27 LH, acaba por confesar:

«Terminado este estudio, o la serie de reflexiones que nos ha sugerido el examen del tercero en la Ley Hipotecaria, no queremos dejar de consignar cierta duda que nos ha asaltado al escribirle.

Cabe en el artículo 27 una interpretación en que hasta ahora no habíamos pensado, que no la hemos encontrado en otros estudios, y que en parte pudiera conciliar las opuestas tendencias de que nos hemos ocupado, en cuanto al concepto del tercero.

Al decir la Ley que son terceros los que no han intervenido en el acto o contrato *inscrito*, parece suponer que, *necesariamente*, existe ya o con anterioridad un acto o contrato

artículo 34 se le había maltratado con el impertinente postizo de las notificaciones y edictos, y cuando progresivamente va calando en la doctrina la superioridad del sistema germánico frente al latino o francés, va a provocar la reacción de una tendencia en contrario, dirigida no tanto a la defensa del artículo 27 como a la afirmación y defensa del tercero netamente germánico frente al latino que, desde el artículo 23, podría hacerle sombra o entrar en competencia con él. Sabido es el rumbo en que se movía la polémica a la altura de la reforma hipotecaria de los años cuarenta y su incidencia en la nueva formulación de la Ley Hipotecaria. La Ley de Reforma de 1944 comienza por suprimir el artículo 27 de 1861, pero haciendo que éste arrastre en su caída la del artículo 23 y –sin llegar a acceder a la extremosa pretensión de quienes propugnaban la erradicación hasta del nombre mismo de «tercero» para designarlo–, fijando en el 34 los requisitos que necesariamente tendrán que singularizar al «tercero hipotecario»<sup>116</sup>. Era la forma de tropezar de nuevo, aunque con diferencias de detalles y desde sensibilidad distinta, en la misma piedra: la elevación de un determinado tercero –ahora el del art. 34– a exponente universal del tercero hipotecario<sup>117</sup>.

Afortunadamente, tampoco ahora la intervención legal podía dejar definitivamente zanjado el problema. El Texto Refundido de 1946 rescató al originario artículo 23, que, retocado en su redacción, fue devuelto al texto de la Ley Hipotecaria, constituyendo desde entonces su artículo 32 y formando bloque, de nuevo, con los artículos 606 y 1473 II del Código Civil. A la doctrina tocará desde entonces clamar, otra vez, por los fueros de un

---

inscrito, para calificar el tercero a partir de él, y siendo así, el concepto de tercero ha de estudiarse con relación a ese acto o contrato primero. El que no fue parte en tal acto e inscribe después, es en tal caso el verdadero tercero que perjudica. En su consecuencia, el tercero debe siempre resultar por terminante exigencia del artículo 20, que adquiere de persona que según el Registro, tiene derecho para transmitir [...].

¿Será eso lo que quiso decir o establecer el artículo 27? La Exposición de Motivos debió aclarar debidamente ese concepto tan esencial en la Ley, y no solamente no lo hizo, sino que sus palabras en general, y determinadamente con relación a los artículos 23 y 389, que son precisamente de los más fundamentales, no autorizan tal interpretación. Solamente en el artículo 34 se exige la previa existencia de una inscripción anterior, y en él la exigencia se presenta tan natural que no se ve la razón de extenderla a otros casos y circunstancias. Presentamos, pues, la expresada interpretación, como algo digno de estudio, pero en modo alguno claro y conveniente. Por ahora no podemos profundizar más en esta cuestión, que exigirá un extenso artículo.»

<sup>116</sup> Vid. EM de la Ley de Reforma, de 30 de diciembre de 1944: «Las dudas que, motivadas en gran parte por una exagerada exégesis, con harta frecuencia se han suscitado sobre el valor conceptual de *tercero*, han sido allanadas al precisar su concepto el artículo 34».

<sup>117</sup> Cfr. VILLARES PICÓ: *La polémica...*, cit., p. 371: «[...] y se intentó configurar –dice refiriéndose a la redacción del artículo 34 en la Reforma de 1944-46– un concepto del *tercero* con visos de carácter general, sin conseguirlo».



«tercero» registral que, siendo hijo legítimo de la Ley Hipotecaria, quedaba fuera de la descripción del preponderante «tercero» del artículo 34. No se tratará ahora de rebajar el germanismo de nuestro sistema registral, ni de poner trabas al principio, ya perfectamente asimilado, de fe pública registral; se tratará, simplemente, de advertir y hacer por colmar la carencia que en nuestro sistema de inscripción no constitutiva vendría a provocar el juego en exclusiva del indicado principio de fe pública: concretamente y como mínimo: el desamparo en que deja al comprador posterior de finca no inmatriculada que se adelanta a inscribir su adquisición. De nuevo, pues, la polémica doctrinal sobre la condición una o dual del tercero hipotecario; y ahora, ya bajo las contrarias e identificadoras banderas de las denominadas tesis «monista» y «dualista».

Al defender la autonomía del artículo 32 frente al 34 de la Ley Hipotecaria, nosotros ya hemos tomado partido en dicha polémica. Nuestro sistema registral no sólo protege al tercero que adquiere confiando en lo que el Registro publica, sino que ampara también, y en forma distinta, al que, sin dato registral previo en el que poder confiar, se adelanta en la publicación de su adquisición. Es evidente que al mantenerlo así nos estamos adscribiendo a la tesis dualista; pero en esta materia la mera adscripción no es bastante para expresar la propia manera de comprender y explicar la completa solución del problema. La tesis monista excluye la posibilidad de variantes en su contenido esencial. No ocurre lo mismo cuando en la tesis dualista se trata, sobre todo, de determinar los requisitos exigibles al tercero ajeno al del artículo 34 y la mutua relación en que se integran en nuestro sistema los elementos de procedencia latina y los de inspiración germánica. De ahí que haya dualismos de diferente talante, y, por consecuencia de ellos, distintas representaciones del tercero en pugna con el prototípico del 34. Nosotros no lo concebimos como un tercero objetiva y propiamente en pugna. Es demasiado desigual como para poder enfrentarse con su pretendido contrario y disputarle el terreno. Simplemente, se trata de otro «tercero», mucho más débil y casi residual, pero aun así, otro tercero, distinto y necesario en la reducida parcela que en nuestro Derecho le han reservado el Código Civil y la Ley Hipotecaria. Explicarlo con algún detalle impone entrar ya en la polémica sobre el tercero hipotecario.

## 2. La centralidad del «tercero» en el sistema de la publicidad registral inmobiliaria y la peculiaridad dual de nuestro «tercero hipotecario»

Al hablar de la centralidad del «tercero» en el sistema de la publicidad, estamos tomando partido a favor de la corriente que –hoy prácticamente sentada– destaca el interés de aquella figura en cuanto en ella se encarna el efecto principal de la inscripción registral; y, al referirnos a su peculiaridad dual, estamos advirtiendo que en nuestro Derecho Registral son dos y distintas las manifestaciones más fuertes de la eficacia de la inscripción, y, consiguientemente, dos y distintos los «terceros» que son sus respectivas criaturas. Entramos así en el estudio del turbulento problema del «tercero hipotecario».

¿Merece la pena hacerlo? El «tercero hipotecario» ha sido visto en nuestra doctrina como una especie de inasible tabú, un fantasma que en los escritos hipotecarios –venía de decir Núñez Lagos<sup>118</sup>– iba y venía como una lanzadera, estrangulando las acciones reales del viejo Derecho Civil con pasmo de jueces y letrados; o como un personaje mítico<sup>119</sup>, cuya indagación o estudio hacía recordar a don Jerónimo González<sup>120</sup> el ingenuo proceder de quienes emprenden la búsqueda de la Isla de San Balandrán en vez de investigar los fundamentos y orígenes de la leyenda. Mejor sería, entonces, olvidarse del personaje y de su inadecuada denominación<sup>121</sup>: si con él se apunta al protagonista de la Ley Hipotecaria ¿cómo desmentir la principalidad de su rango denominándole mediante la postergadora y degradante noción de «tercero»<sup>122</sup>? Nada se perdería y todo quedaría resuelto si, abandonado el viejo y entorpecedor concepto, pasara a hablarse lisa y llanamente del titular registral o

<sup>118</sup> NÚÑEZ LAGOS: *Don Jerónimo*, en GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J.: *Estudios de Derecho Hipotecario y de Derecho Civil*, II, Madrid, 1948, p. 8.

<sup>119</sup> URIARTE BERAÁTEGUI, José: «Inexistencia del tercero hipotecario», *RCDI*, 1931, p. 561: «[...] aventuramos, con convencimiento no exento de temor, la siguiente afirmación: el tercero hipotecario no existe; es un ente de la mitología jurídica [...]. El presente trabajo no tiene otro fin que el de iniciar la lucha por su eliminación».

<sup>120</sup> J. G., recensión a ANA-MARÍA LE PELLEY: «La noción de tercero en la Ley Hipotecaria española», *RCDI*, 1932, p. 75.

<sup>121</sup> Cfr. CAMPUZANO: *Elementos de Derecho Hipotecario*, I, 2.ª ed., Madrid, 1931, p. 392: «[...] el empleo de la palabra tercero para designar el protegido hipotecario es notoriamente inadecuado, puesto que no es ésta la acepción vulgar de aquella palabra, que significa un adjetivo numeral ordinal y supone la existencia de un primero y de un segundo, después del cual viene, ni tampoco la acepción jurídica [...]. Es de notar que esa denominación impropia ha sido una de las causas que más ha contribuido a todas las confusiones sobre el concepto de tercero [...]». Contrario, también, al empleo del concepto de «tercero», por el confusionismo que sigue provocando aun después de su simplificación en el artículo 34 tras la reforma de 1944-1946, SANZ FERNÁNDEZ: *Instituciones*, I, cit., pp. 422-424.

<sup>122</sup> LACAL, Pascual: «Dependencia en que el concepto de tercero se halla respecto de los principios fundamentales del sistema», *RCDI*, 1931, pp. 109 y 111. Dice en la primera: «Tercero, gramaticalmente, es un adjetivo numeral ordinal. Indica orden; pero orden no es

titular inscrito, viendo en la protección que éste recibe de la Ley lo que tan polémica y confusamente se pretendió indagar escudriñando en el concepto del «tercero hipotecario»<sup>123</sup>.

Nosotros no podemos compartir esta opinión. La cuestión del «tercero» sigue siendo una cuestión polémica y difícil, cuya solución, obviamente, no se obtiene haciendo desaparecer nominalmente al personaje envuelto en ella<sup>124</sup>. Lo que se hace necesario es detectar la razón de su dificultad y tratar de explicarla satisfactoriamente. Sin duda, que al emprender este camino inmediatamente se advertirá que el problema no deriva de la relatividad del concepto de «tercero» utilizado en su tratamiento; y que nada de espurio o de impreciso se produce cuando con tal nombre se hace referencia al beneficiario de la doble forma de eficacia ofensiva que la inscripción registral desencadena en nuestro Derecho. Comencemos, pues, por justificar la expresión «tercero hipotecario», para ver a continuación los motivos que en nuestro sistema han enturbiado su concepto y las razones que en él justifican su peculiaridad dual.

Es, desde luego, indudable que lo que en el fondo de las disquisiciones acerca del «tercero hipotecario» está en juego y trata de investigarse es nada menos que el problema de la eficacia protectora de la inscripción registral y las ventajas que, principal y más señaladamente, ésta reporta a quien, sirviéndose de ella y colabo-

---

sólo relación, sino también subordinación. Tercero es el que ocupa tal lugar en un ordenamiento. No es el primero de una jerarquía, sino el que va después de aquél y del segundo. El tercero no ocupa el lugar más preeminente, no es la figura más destacada. Conforme al sentido gramatical y a las razones jurídicas expuestas, el tercero, dentro del sistema, no puede ser nunca el sujeto hipotecario, es decir, el titular inscrito al que la Ley otorga todas sus defensas [...]», y añade en la 111: «El nombre de tercero debe reservarse para quienes ostenten, dentro de la jerarquía hipotecaria, un rango inferior de subordinación y dependencia», repitiendo la misma idea en la p. 112, como conclusión tercera».

<sup>123</sup> Así, además de LACAL: *op. et loc. ant. cit.*, URIARTE BERSÁTEGUI: *op. cit.* (conclusión) *RCDI*, 1932, pp. 10-11: «Está tan arraigada en nosotros la idea del tercero hipotecario, que tal vez pretendamos verlo en el nuevo ordenamiento inmobiliario. Diremos: tercero protegido es aquel extraño al negocio jurídico no inscrito, ante el que éste suspende sus efectos. Ese extraño protegido es el titular inscrito. [...] la Ley Hipotecaria caracterizará al titular hipotecario, sin definirlo —y menos con el término de relación que implica el nombre de tercero—, de acuerdo con los principios hipotecarios: a) Por ser titular de una inscripción derivada. b) Tener buena fe, etc». También partidario de prescindir del innecesario y perturbador concepto del tercero, COSSÍO: *Proyecto de Bases...* cit., p. 143: «Asimismo hemos abandonado la técnica perniciosa del “tercero”, reminiscencia del sistema francés de transcripción, que no puede subsistir en un régimen que consagra los principios del germánico, y que es ventajosamente sustituida por una buena formulación de las ideas de legitimación y fe pública registral [...]».

<sup>124</sup> Cfr. ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, 7.<sup>a</sup> ed. Madrid, 1979, I, p. 625: «Eliminar la denominación de tercero en una futura reforma legislativa hipotecaria, como, según se ha visto, pretende URIARTE BERSÁTEGUI, no será más que una exclusión meramente nominal o formal del concepto, ya que el tercero existirá igual».

rando *eo ipso* con la finalidad aseguradora del tráfico jurídico a cuyo servicio se ordena la publicidad registral, trata de asegurar su derecho <sup>125</sup>. El problema del tercero, en tal sentido, viene a plantear una cuestión en sí misma capital e insoslayable. Pero es el caso, además, que nada hay de criticable en que tal cuestión se haya planteado entre nosotros centrada en la figura del tercero y orientada a concretar los requisitos exigibles al tercero hipotecario. Que en su estudio y tratamiento se hayan introducido considerables dosis de desorientación, excesos y desvíos, es cosa ya sabida y admitida; pero de su admisión no puede derivarse en el desprestigio del «tercero hipotecario» ni en la ocultación o negación de la transcendencia que para la comprensión del sistema tiene la tarea de su adecuada y exacta identificación. Varias son las razones que imponen no prescindir del tercero y seguir contando con él cuando se trata de estudiar los efectos de la inscripción y las consecuencias de su omisión. De ellas, unas parecerían ser razones extrínsecas o sólo de autoridad; otras, la principal, es intrínseca o de fondo.

El argumento de autoridad viene aquí aportado por el proceder del legislador. El nuestro es pródigo en este punto. No sólo recurre al tercero cada vez que tiene que precisar hasta dónde llega la eficacia del derecho inscribible y dónde la suple o la detiene la inscripción o su omisión (arts. 11, 13, 28, 31, 32, 34, 36, 37, 40, 69, 76, 207... LH), sino que, al dar razón de sus disposiciones distinguirá invariablemente entre «partes» y «terceros», y repetirá cual *leitmotiv* que la publicidad es cosa que no interesa para aquéllas y que limita a éstos su eficacia. Es lo que ocurre en la Exposición de Motivos de 1861, cuando, sin sentir todavía la necesidad de escudriñar en la figura del tercero, se entiende suficiente referirse a él *grosso modo* apuntando, sin más, a la evidencia que le distingue de quién es parte:

«No es menos grave que las cuestiones hasta aquí expuestas la de la extensión que debe darse a los efectos de la falta de inscripción de los derechos reales en el Registro: ¿Deberán limitarse a los terceros interesados, o comprender también en su rigor a los mismos contrayentes? Los que quieren que el Registro sea un verdadero censo de la propiedad inmueble, se decidirán indudablemente por esta última opinión...

No es esta la opinión de la Comisión...

Por eso no contiene el Proyecto la pena de nulidad de los contratos relativos a la traslación de la propiedad y a sus modifica-

---

<sup>125</sup> Cfr. GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J: «Principio de buena fe, Estudios ...», I, cit., p. 400: «[...] tercero, palabra que en las discusiones hipotecarias sirve de fórmula mágica con que se hacen surgir o se destruyen las defensas extraordinarias del sistema».

ciones que no hayan sido inscritos, cuando la cuestión es entre los mismos contrayentes...

Según el sistema de la Comisión, resultará de hecho que para los efectos de la seguridad de un tercero, el dominio y los demás derechos reales en tanto se considerarán constituidos o traspasados, en cuanto conste su inscripción en el Registro, quedando entre los contrayentes, cuando no se haga la inscripción, subsistente el derecho antiguo ...»<sup>126</sup>.

La de 1944 adopta un tono diferente. A su fecha, el problema del «tercero» era ya una cuestión manoseada, hipertrofiada y enraizada hasta el extremo de haber provocado la negación de su propio sujeto y la propuesta de su eliminación en el texto de la Ley. El legislador, transigiendo en parte con quienes combatían la calificación de la Ley Hipotecaria como una «ley de terceros», vendrá a sostener que las referencias a éstos se hacen necesarias en la delimitación legal del ámbito del principio de publicidad: «se trata—dice— de una realidad impuesta por la naturaleza de las cosas, que el legislador no puede preterir»<sup>127</sup>.

Y lo dicho sobre nuestro legislador vale, *mutatis mutandis*, para el comparado; tanto para el que se acoge al modelo registral latino como para el que se atiende al germánico. En cuanto al primero, la cosa es clara y basta con recordar, como muestra, que el artículo 3 de la Ley

<sup>126</sup> Cfr. E.M. pp. 236-237. Apostillaba SERNA: *op. cit.*, pp. 210-211, nota a) esta explicación, añadiendo: «Puede además añadirse aquí, que, mientras no hay perjuicio a un tercero, que es el interés que principalmente consulta la Ley hipotecaria, no es justo alegar contra ningún acto ni contrato la falta de inscripción, porque, de otro modo, una omisión que a nadie hubiera perjudicado, daría lugar a la pérdida de derechos legítimos y a especulaciones indignas». Otros párrafos de la E. M., e. c., en p. 249: «Ya queda expuesto que el principio general de que los títulos que han dejado de inscribirse no perjudican a tercero es una de las bases de la Ley»; p. 252: «Pero la Comisión no se cansa de repetirlo: esto se entiende respecto de los terceros poseedores; nunca afecta a las relaciones entre el vendedor, el comprador primitivo y el retrayente o tanteante»; p. 253: «Consecuencia es esto del principio expuesto al manifestar los motivos de las bases de la Ley. Cuando se trata de los derechos de un tercero, sólo se entenderá transmitido el dominio desde la inscripción, no desde la posesión, y menos desde el convenio»; p. 255: «Por estas consideraciones la Comisión, circunscribiéndose a los límites indispensables del Proyecto, y fiel a su pensamiento, niega el beneficio de la restitución para despojar de la propiedad o de cualquiera otro derecho en la cosa al tercer poseedor que la ha adquirido con buena fe, si ha sido ajeno al contrato en que se ha causado el perjuicio»; p. 307: «[...] pero sin que esto perjudique al tercer adquirente, que obtuvo el dominio de la finca u otro derecho real sobre ella antes de que la inscripción llegara a efectuarse»; p. 314: «Esto es consecuencia necesaria del principio de que a los terceros sólo pueden perjudicar los derechos inscritos, no los que dejen de estarlo, por más que realmente existan y tengan fuerza entre los contrayentes».

<sup>127</sup> «El principio de legitimación, los preceptos sobre rectificación registral y ejercicio de acciones reales [...] hacen poco apropiada para nuestra Ley la para algunos preferente o exclusiva denominación de o para terceros. Ni la noción de *tercero* es privativa de las leyes inmobiliarias, ni puede desconocerse que todos los regímenes hipotecarios de tipo intermedio se han visto precisados a regular esta figura jurídica, precisamente al fijar el ámbito del principio de publicidad. Se trata de una realidad impuesta por la naturaleza de las cosas, que el legislador no puede preterir [...]. Podría, es verdad, haberse sustituido la palabra *tercero* por la de *adquirente*; pero se ha estimado más indicado mantener un término habitual en nuestro lenguaje legislativo.»

francesa de Transcripción no puede enunciar el efecto negativo o preclusivo atribuido a la inscripción, sino por referencia a los «terceros»:

*Jusqu'à la transcription, les droits résultant des actes et jugements énoncés aux articles précédents ne peuvent être opposés aux tiers qui ont des droits sur l'immeuble, et qui les ont conservés en se conformant aux lois*<sup>128</sup>.

Pero, ¿y en cuanto al sistema germánico? ¿No se dijo en nuestra doctrina que la aparición del «tercero» en la Ley Hipotecaria fue una reminiscencia del sistema francés de transcripción, imposible como tal de conservar al remozarse el sistema para dar plena acogida a los principios germánicos de legitimación y fe pública<sup>129</sup>? Sin razón. El Código Civil suizo, tan germánico en lo registral como el BGB, literalmente tiene que acudir a la figura del «tercero» para negar la protección del Registro al concedor de la realidad extra-registral (art. 974, I<sup>130</sup>) y para indicar positivamente el efecto protector de la fe pública registral (art. 975, II<sup>131</sup>). Pero es que incluso el BGB, aunque al formular la aplicación de este mismo principio omita la referencia nominal al «tercero» y se refiera a él denominándole por su consideración de adquirente (§ 892<sup>132</sup>), la condición de «tercero» de tal adquirente va implícita en la necesidad de su buena fe, propia de su calidad de adquirente a *non domino*<sup>133</sup>. Siendo ello así, el adquirente de que aquí habla la ley no es más que un particular «tercero» protegido por la específica apariencia configurada por el Registro de la Propiedad. Su denominación como adquirente no le priva de su condición de «tercero»<sup>134</sup>.

<sup>128</sup> Comentaré TROPLONG: *Commentaire...*, cit., p. 300: «Sans doute, entre les parties et leurs ayants cause, la mutation de la propriété est toujours opérée par le seul consentement, et l'idée mère du Code Napoléon [...] subsiste dans tout sa force; mais, à l'égard des tiers, la mutation n'est désormais accompli que par la transcription du titre sur un registre public».

<sup>129</sup> COSSÍO: *Proyecto de Bases...*, cit., p. 143.

<sup>130</sup> «Ist der Eintrag eines dinglichen Rechtes ungerechtfertigt, so kann sich der Dritte, der den Mangel kennt oder kennen sollte, auf der Eintrag nicht berufen.»

<sup>131</sup> «Vorbehalten bleiben die von gutgläubigen Dritten durch Eintragung erworbenen dinglichen Rechte...».

<sup>132</sup> «Zugunsten desjenigen, welcher ein Recht an einem Grundstück oder ein Recht an einem solchen Rechte durch Rechtsgeschäft erwirbt, gilt der Inhalt des Grundbuchs als richtig ...».

<sup>133</sup> Cfr. MENGONI: *Gli acquisti «a non domino»*, 3.<sup>a</sup> ed. Milán, 1975, p. 113: «[...] il dominus (chiunque egli sia) e l'acquirente a non domino sono terzi fra loro in quanto non sono parti del rapporto di alienazione di cui trattasi».

<sup>134</sup> Cfr. STAUDINGER-GURSKY, cit., ad § 892, Rz 6: «Die §§ 892, 893 schützen also nicht, daß nachgewiesenes, sondern nur ein potentielles Vertrauen auf den Grundbuchinhalt; die Kausalität des Rechtsscheintatbestandes für das rechtsgeschäftliche Handeln *des Dritten* wird, wenn dieser die wahre Rechtslage nicht kannte, vom Gesetz einfach unterstellt, gleichsam unwiderleglich vermutet» (la *cva.* es nuestra). En el Código Civil suizo la necesaria condición de tercero del adquirente resulta claramente de la comparación entre los textos de los artículos 973, I, y 975, II: el que en el primero es descrito como adquirente registral de buena fe es el principal tercero de buena fe a que se refiere el segundo. En nuestra doctrina, cfr. ROCA SASTRE: *op. cit.*, p. 625: «El hecho de que una legislación inmobiliaria registral no emplee el concepto de tercero no implica que esta idea haya desaparecido, sencillamente porque sin él no se concibe la fe pública registral».

Pero también, según decíamos, una más profunda razón, intrínseca o de fondo, justifica la atención concedida en nuestra doctrina hipotecaria al «tercero» y el empleo de este nombre para designarlo. Seguramente apuntaba a ella el legislador de 1944 cuando en la Exposición de Motivos de la Ley de Reforma indicaba que su figura jurídica viene a ser una realidad impuesta por la naturaleza de las cosas. ¿Cuál es esa naturaleza y qué realidad es la que impone? Sin necesidad de descender a detalles de los que ahora puede prescindirse, la naturaleza de las cosas impone aquí su propia ley haciendo valer la diferencia entre la existencia del derecho publicado y el dato de su publicación. Ni siquiera en los ordenamientos germánicos de inscripción constitutiva llega a borrarse esta diferencia, ya que en ellos, como es bien sabido, la inscripción registral, más que para el nacimiento y existencia del derecho real, es tan sólo necesaria para su transmisión negocial *inter vivos* o mediante los llamados negocios del tráfico. Va implícito en ello que en todo sistema registral es posible, aunque en distinta medida, la discordancia entre la realidad publicable y el dato efectivamente publicado, y que, en razón de la posibilidad de tal discordancia, la virtud del Registro deberá consistir en el amparo de quien al mismo se acoge frente a quien, pudiendo haberlo hecho, dejó de hacerlo. Consiste este amparo en preferir al que en estricto rigor no podía considerarse titular verdadero y real del derecho en cuya adquisición se le protege, frente a quien, objetivamente y de suyo, debería ser su auténtico titular. Es muy cierto que quien debe su adquisición al Registro es el protagonista del Derecho Registral; pero no lo es menos que, en el orden de la realidad, la publicidad es instancia subordinada a la de la existencia del derecho publicable. En tal sentido, nada de vicioso hay en llamar «tercero» a quien en la representación registral es la figura estelar. Lo es, genuina y realmente, porque es ajeno al dato real sustantivo, entitativamente superior al de su publicación, de la constitución del derecho que gracias al Registro va a adquirir. Personaje principal, pues, desde el punto de vista de la inscripción y de la protección registral, pero «tercero» respecto a la realidad extra-registral realmente existente contra la que la instancia subordinada del Registro viene a protegerle.

Siendo ello así, y salvadas de este modo las reservas a veces manifestadas contra el tercero y su denominación, es ya el momento de entrar en el fondo del problema: ¿quién es, o quiénes son, en nuestro Derecho tal «tercero» o «terceros»?

Comenzando por lo más fácil: ¿quién es «tercero hipotecario»? Tenía razón De la Rica cuando decía que su concepto ha sido defini-

do por cada autor a su gusto y por la Ley al gusto de nadie <sup>135</sup>. De hecho así ha sido. Por eso no vamos a intentar la propuesta de una nueva definición formal y expresa <sup>136</sup>, aunque sí vamos a señalar los datos necesarios para su identificación. Esto último, que en realidad es el presupuesto necesario para la formulación de la definición, se impone como algo insoslayable si, defendiendo el interés de la figura del tercero, se quiere precisar ésta y delimitarla conceptualmente; en cambio lo otro –encerrar dicha delimitación en una fórmula breve y exacta– es cosa de la que se puede prescindir.

La figura del tercero registral o hipotecario viene integrada por dos datos: negativo uno y positivo el otro. Jurídicamente, y en su acepción más propia <sup>137</sup>, el tercero se identifica negativamente en su contraposición al concepto de «parte» contractual (art. 1.257 CC) <sup>138</sup>. Puesto que el derecho real tiene transcendencia *erga omnes*, y que su constitución u origen no siempre es contractual (art. 609 CC), habrá que decir que «tercero» en el campo de los derechos reales y del Registro de la Propiedad es, desde luego, quien no es parte en los contratos por los que, mediante la tradición, se transmiten y adquieren los derechos reales, sino también quienes son ajenos a la realidad de su constitución y existencia. Este simple dato negativo basta para ser genéricamente «tercero» <sup>139</sup>. Para ser «tercero» específicamente hipotecario es necesario un dato más, y éste ya de carácter positivo e índole registral: es menester haberse acogido al Registro, y, por ello mismo, haberse puesto en la situación que permite gozar la eficacia protectora que éste dispensa a quien inscribe frente a

<sup>135</sup> DE LA RICA: *Comentarios...*, cit., p. 32.

<sup>136</sup> «La palabra tercero –dijo D. Jerónimo GONZÁLEZ en la ya citada recensión a *La noción de tercero en la Ley Hipotecaria española*, de ANA-MARÍA LE PELLEY (RCDI, 1932, p. 75) –, *terminus technicus* que abre y cierra la cueva de los tesoros hipotecarios responde a un serie de principios de tal modo entrelazados que resultan infructuosos los intentos dirigidos a obtener una definición sencilla, una fórmula que, como el “ábrete, sé-samo” resuelva instantáneamente las dificultades». Con todo, la propone en la doctrina actual, GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, II, p. 53: «[...] podemos definir al tercero hipotecario en general como aquel titular registral adquirente de un derecho o situación jurídica en una relación jurídica inscrita, contemplado fuera de su condición de parte, respecto a otra relación jurídica con la que tiene una conexión transversal o lineal, y que no puede quedar afectado o perjudicado por esa otra relación jurídica no inscrita ni por los vicios o defectos de esa dicha relación, que no consten explícitamente en el Registro.»

<sup>137</sup> Cfr. SERNA: *op. cit.*, p. 586, en el comentario al artículo 27 LH: «La palabra *tercero* no tiene siempre en el derecho la misma significación. No es de esta obra detenernos en las diferentes acepciones que se les dan; nos limitaremos a ligeras indicaciones: *tercero en discordia* se llama en nuestro derecho al árbitro, al amigable componedor [...]. *Tercero o tercer opositor* se llama en el juicio ejecutivo al que se opone a la ejecución alegando [...]. Basta esto a justificar la definición de la palabra *tercero*, para los efectos de la Ley hipotecaria [...].

<sup>138</sup> Cfr. MENGONI: *op. cit.*, p. 113: «In senso generale e assoluto, terzo è colui che non è parte di un negozio giuridico, né del rapporto da esso costituito».

<sup>139</sup> Cfr. LACRUZ-SANCHO: *op. cit.*, p. 180: «[...] el tercero es, en estos casos, a) Un adquirente de bienes inmuebles o derechos sobre ellos. b) Ajeno a unos actos o contratos que determinan, condicionan o excluyen la titularidad de su transferente».



quien dejó de hacerlo <sup>140</sup>. En sustancia, pues, el «tercero registral» es un ajeno a la existencia del derecho no inscrito que, al inscribirlo como propio, resulta protegido frente al titular que no lo inscribió.

Establecido esto, queda todavía por responder: ¿«tercero o terceros»? La figura antes esbozada, ¿exige una forma única o admite su diferenciación en variantes distintas? Formulada de otra manera la misma pregunta: la protección del que inscribe contra el que no lo hizo, ¿se produce siempre en iguales condiciones y con un mismo efecto, o admite la exigencia de requisitos distintos y se traduce en fórmulas protectoras diferentes? Lo ya mantenido y razonado acerca de la autonomía del artículo 32 respecto al 34 de la Ley Hipotecaria nos permite responder ahora segura y llanamente a favor de la variedad dual de nuestro «tercero registral». Es cierto que en el artículo 34 se protege a un tercero germánico: un tercero que, ajeno al contrato o dato previamente inscrito y confiando en la exactitud del Registro, adquiere de quien en él aparece como dueño e inscribe su propia adquisición <sup>141</sup>. Pero también es verdad que en el artículo 32 se protege a un tercero latino: un tercero que, ajeno al contrato que se dejó de inscribir, es protegido en la adquisición que él inscribe, frente a quien previamente adquirió ese mismo derecho pero omitió su inscripción <sup>142</sup>. ¿Qué ha podido pasar para que siendo esto tan claro haya resultado tan confuso y polémico a nuestra doctrina?

<sup>140</sup> NUÑEZ LAGOS: *Tercero y fraude...*, cit., p. 597: «Los derechos reales nacen, desde luego, fuera del Registro, con arreglo al más estricto Derecho civil tradicional. Pero el tercero, el posible *reus adversus realem actionem*, si inscribe, queda a salvo de toda eficacia real, de acción o derecho no inscrito. [...] Naturalmente, el derecho de asilo se gana "acogiéndose a lugar sagrado", entrando en el Registro». GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, p. 51: «La inscripción es, por tanto, una nota clave del concepto de tercero hipotecario, pues es la nota que determina la protección del Derecho Hipotecario, por razón de la publicidad y de la seguridad jurídica del tráfico y del crédito».

<sup>141</sup> Así, en substancia, describe al «tercero» del Derecho Registral suizo (germánico) DESCHENAUX, Henri: *Le Registre Foncier*, Fribourg, Suisse, 1983, p. 633: «Le tiers protégé est celui qui se fie à l'inscription indue de son auteur et qui n'a donc pas été mêlé comme partie aux circonstances qui ont conduit à cette inscription».

<sup>142</sup> Así, en substancia, describe al tercero del Derecho Registral italiano (latino) FERRI, Luigi: *Tutela dei diritti. Trascrizione immobiliare*. Com. SCIALOJA-BRANCA, Libro Sexto, Bologna-Roma 1960, p. 156: «Il concetto di terzo, che noi dobbiamo utilizzare ai fini della trascrizione, viene dunque determinato e delineato sulla base di due criteri: uno negativo, per cui restano esclusi i soggetti del mutamento non reso pubblico; ed uno positivo, per cui [...] occorre aver acquistato un diritto (reale o equiparato) sulla cosa ed avere trascritto, ed averlo acquistato da uno dei soggetti del mutamento non reso pubblico e precisamente dall'alienante (costituente, rinunciante, ecc.). Nel caso più semplice io sono terzo rispetto al trasferimento di una cosa immobile e posso quindi eccepire il difetto di trascrizione del trasferimento stesso, se ho acquistato quella cosa dall'alienante ed ho trascritto l'acquisto». Para el «tercero» registral francés, cfr. MAZEAUD (Hernri et Leon)-MAZEAUD (Jean): *Leçons de Droit Civil III*, 2.<sup>a</sup> ed. Paris, 1963, p. 587: «Trois conditions supplémentaires sont exigées par le décret de 1955: a) Avoir un droit sur l'immeuble objet de l'acte non publié [...]. b) Ce droit doit être lui-même soumis à publicité sous sanction de l'inopposabilité [...]. c) Le tiers doit avoir publié son droit».

A nuestro modo de ver, cuatro causas, de naturaleza distinta y diferenciables en sí mismas, aunque todas interconectadas, han venido a confluir en el enrarecimiento de este punto y en su derivación problemática: la peculiaridad de nuestro sistema registral, en el que sin inscripción constitutiva se da acogida al principio de fe pública registral; la superponibilidad del efecto de este principio sobre el propio del de inoponibilidad, una vez que, producida la primera inscripción, comienza ésta a actuar como soporte de la confianza de ulteriores adquirentes; la confusión o indistinción de los principios hipotecarios al tiempo de la elaboración, redacción y primeros comentarios de la Ley Hipotecaria; y, finalmente, la descuidada y desconcertante redacción de su originario artículo 27, justamente el destinado a precisar la figura del tercero registral. A la mayoría de ellas nos hemos referido ya en varias ocasiones. Bastará, pues, con hacer ahora una muy breve referencia a cada una, tratando de destacar su influjo en la aparición y planteamiento del problema del «tercero hipotecario».

La peculiaridad de nuestro sistema de inscripción simplemente publicadora, pero provocadora de confianza protegible o hacedora de fe pública registral.—Es muy claro que esta peculiar configuración de nuestro ordenamiento registral tiene que actuar como causa —la más sustancial e importante— de la singular forma de ser de nuestro tercero registral. En Francia, con inscripción declarativa y sin fe pública registral, no puede haber más tercero que el de la inoponibilidad: concebido desde la hipótesis de la doble venta, la inscripción de su adquisición le hace inoponible la anterior no inscrita. Igualmente, en Alemania, con inscripción constitutiva y fe pública registral, no puede haber más que un tercero: ahora, el de la fe pública registral, concebido, como se sabe, desde la genérica hipótesis de la adquisición a *non domino*. El carácter constitutivo de la inscripción, elimina de raíz la posibilidad de una adquisición negocial no inscrita, anterior a la inscrita y en pugna con ella <sup>143</sup>. Sólo en nuestro sistema es posible la previsión de dos terceros distintos: el que con la inscripción de su adquisición se protege frente a la oponibilidad de la adquisición anterior no inscrita, y el que por haber adquirido de acuerdo con los pronunciamientos del Registro, es mantenido en su adquisición no obstante el defecto de titularidad de su otorgante. La figura, pues, del tercero, distinta en Francia y en Alemania, pero única en ambas, se diversifica singularmente en nuestro Derecho, dando de esta forma ocasión a la aparición en él de una problemá-

---

<sup>143</sup> Insiste particularmente en este punto, CARRETERO: *Retornos...*, II, cit., pp. 87-89.

tica peculiar y propia, en cuyo tratamiento el recurso a la doctrina comparada, si se hace miméticamente y no con las dosis de creatividad que distingue a nuestro sistema, puede más desorientar que contribuir a su esclarecimiento y solución.

La superponibilidad de la fe pública registral sobre la mera inoponibilidad apenas la inscripción comienza a desempeñar su función publicadora. Es la segunda de las razones antes indicadas, y, de puro clara, ningún desarrollo necesita. La peculiaridad del supuesto justificador del efecto de la mera y neta inoponibilidad, así como este mismo efecto, pierden singularidad e interés una vez que, en virtud de una previa inscripción, el Registro puede amparar al adquirente mediante la fe pública registral. La no inscripción de la compraventa anterior –como se sostiene desde la tesis monista<sup>144</sup>– no vendrá a configurar sino un supuesto más de inexactitud registral, y el efecto de la simple inoponibilidad se habrá visto embebido y desbordado por el de la fe pública registral, mucho más enérgico y amplio, como es sobradamente sabido. Justamente esta superposición de la fe pública registral sobre el principio de inoponibilidad es la que explica el hecho tantas veces señalado de que Gómez de la Serna involucrara la fe pública en el comentario al artículo 23 de la Ley, y que el caso de la doble venta, supuesto prototípico de este mismo artículo, apareciera singular y expresamente considerado en el originario artículo 38, 4.º, como explicitación o particularización de lo genéricamente regulado en los artículos 36 y 34<sup>145</sup>. Nosotros admitimos que esta superposición no sólo es posible, sino que a ella aboca como situación ordinaria el funcionamiento normal del Registro; tenemos, por ello, que admitir igualmente que desde que hay previa inscripción fundamentadora de confianza registral protegible, la inoponibilidad de lo no inscrito al adquirente protegido por el Registro es ya la

<sup>144</sup> Por todos, ROCA SASTRE: *El problema de la relación...*, cit., pp.792-797; ídem.: *Derecho Hipotecario*, cit., pp. 554-555.

<sup>145</sup> Argumento, entre otros, en que MONSERRAT VALERO: *op. cit.*, pp. 515-516, siguiendo a ROCA SASTRE, sostiene su preferencia por la tesis monista: «La tesis monista sería inevitable –dice– si el primer párrafo del artículo 34 LH incluyera el supuesto de la doble venta [...] y, en mi opinión, hay un argumento que sugiere ROCA SASTRE que lo prueba: basándose en la redacción originaria del artículo 38 LH, *no se anularán ni rescindirán los contratos en perjuicio de tercero que haya inscrito su derecho... 3.º [sic, por 4.º] Por la doble venta de una misma cosa, cuando alguna de ellas no hubiera sido inscrita*, concluye que no es cierto que el artículo 34 no se refiera a títulos no inscritos. Quizás el razonamiento necesite ser completado: en la redacción originaria de la Ley Hipotecaria de 1861, el artículo 34 no se refiere, propiamente, al supuesto de la doble venta, pero a éste se refiere el artículo 38.3.º /sic., por 4.º], que lo enumera, como acabamos de ver, entre los casos en que el fallo en el derecho del transmitente no afecta al adquirente que ha inscrito (el artículo 38 era una aplicación a casos concretos del principio enunciado por el 36)».

implícita en la fe pública registral, y no la peculiar inoponibilidad latina inspiradora del vigente artículo 32 de la Ley Hipotecaria <sup>146</sup>. Ahora bien, lo que de tales admisiones no sería lícito concluir es que el presupuesto de la escueta inoponibilidad y la peculiaridad de su más débil eficacia protectora no pueda darse autónomamente hasta tanto la fe pública registral no comience a actuar desencadenando la suya. Más brevemente dicho: en la hipótesis de la doble venta, el segundo comprador que se adelanta a inscribir *inmatriculando* (o reanudando el tracto), no puede, obviamente, resultar protegido por la fe pública registral; pero tiene pleno derecho a escudarse en el principio de inoponibilidad para defenderse contra el comprador anterior que no inscribió; en la misma hipótesis de la doble venta, en cambio, al segundo comprador que adquiere de titular previamente inscrito, le basta y sobra con acogerse a la fe pública registral para resultar protegido contra el comprador anterior que no inscribió. Por ello, el hecho de que la doble venta apareciera expresamente prevista y tratada en el originario artículo 38, 4.º, como situación planteable cuando sobre la finca doblemente vendida había previa inscripción, no puede llevar a negar la posibilidad de su planteamiento en la situación anterior: cuando, sin previa inscripción en la que poder confiar, es la que ahora por primera vez se practica la que decide a favor del comprador que la pide y obtiene <sup>147</sup>. Como tampoco puede llevar a la negación del juego autónomo del principio de inoponibilidad el hecho de que el artículo 69 de la Ley Hipotecaria lo

---

<sup>146</sup> Algo de exceso nos parece ver en la indicación de los beneficiarios del artículo 32 por GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, p. 177: «No se trata sólo de los inmatriculantes [...]. Ni tampoco se trata sólo de los que siguen un dificultoso expediente de dominio de reanudación de tracto sucesivo interrumpido para obtener la inscripción de su derecho o el expediente del artículo 312 del Reglamento Hipotecario, por parte de los titulares de derechos reales a los que falta la previa inscripción del dominio. La verdadera masa de terceros a los que falta el requisito de previa inscripción propio del artículo 34 LH, son aquellos que acuden al Registro con prontitud y diligencia, *incluso antes de estar presentado el título previo*. Es decir, son los terceros enormemente diligentes, y por serlo, les falta el requisito de la previa inscripción, pues el título previo se encuentra rezagado, pendiente de elevarse a público o de cumplir los requisitos fiscales» (cursiva del autor).

<sup>147</sup> Es, sin duda, la perspectiva en que se encara el principio de inoponibilidad en el conocido párrafo de la EM de 1861, donde ésta aparece vinculada, sin más a la inscripción que la decide, no a la precedente que pudiera dar fundamento a la confianza del adquirente: *Nuestras leyes, siguiendo a las romanas, adoptaron la diferencia entre el título y el modo de adquirir... Según el sistema de la comisión, resultará de hecho que para los efectos de la seguridad de un tercero, el dominio y los demás derechos reales en tanto se considerarán constituidos o traspasados, en cuanto conste su inscripción en el Registro, quedando entre los contrayentes, cuando no se haga la inscripción, subsistente el derecho antiguo...* Es también el sentido que corresponde al originario artículo 23 LH, aplicador principal de aquel principio, de acuerdo con su naturaleza latina, expresamente afirmada por SERNA (*op. cit.*, p. 573) al comentarlo.

supedite al dato de la previa inscripción generadora de la fe pública <sup>148</sup>: tratándose de la anotación preventiva, la oponibilidad en cuestión no puede ser otra que la relativa a un derecho previamente inscrito; esto es, la que resulta subsumida en nuestro Derecho por la fe pública registral <sup>149</sup>. Pero ello, obviamente, no implica que, como acaba de indicarse, al margen de ella y autónomamente pueda funcionar otra, basada exclusivamente en la inscripción ahora practicada y sin apoyo posible en otra inscripción anterior.

Como tercera razón del enconado planteamiento del problema del «tercero» en nuestra doctrina, indicábamos anteriormente la confusión o indistinción de los principios hipotecarios al tiempo de concebirse y redactarse la Ley y producirse sus primeros comentarios. La cosa es evidente: los autores del sistema sólo cuentan expresamente y denominan como tales los principios de publicidad y especialidad. Contando con este dato, no puede esperarse de ellos que distingan, dentro del de publicidad, entre el de inoponibilidad y el de fe pública registral. Hablan genéricamente del principio de publicidad, y, no obstante contar con el efecto germánico de la fe pública registral, lo explican y razonan con terminología más propia del sistema latino que del modelo alemán, dando así la impresión de que en su particular concepción ambos tipos han venido a fundirse inadvertidamente en la confusa unidad de otro, nuevo y de muy problemática y discutible naturaleza. Lo hemos advertido ya: en los comentarios de De la Serna, no sólo se lleva la fe pública a la explicación del artículo 23, sino que el mismo principio de fe pública registral y la exigencia del tracto sucesivo se razonan desde categorías latinas de inoponibilidad y prioridad <sup>150</sup>. Sabemos ya cómo debe interpretarse este dato. Los autores de la Ley se proponen crear un sistema germánico, de desenvolvimiento técnico y fe pública registral, pero con plena deliberación introducen en él la pieza latina de la inscripción llamada «declarativa». A partir de aquí podrá hablarse de una cierta mixtura de ambos modelos; pero

---

<sup>148</sup> Destaca la importancia del artículo 69 LH para la fundamentación de la tesis monista, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *op. cit.*, pp. 599-600, a quien responden LACRUZ-SANCHO: *op. cit.*, p. 174: «[...] el artículo 69 LH [...] se refiere a un supuesto harto concreto, que no podría servir para desvirtuar con seguridad una afirmación basada en los principios generales y en la estructura básica de la Ley».

<sup>149</sup> Cfr. MONSERRAT VALERO: *op. cit.*, p. 519: «El artículo 69 LH está pensando sólo en la propiedad inscrita, ya que habla de anotaciones preventivas: el que pretende inscribir un título si la finca no está inmatriculada no podrá pedir ninguna anotación preventiva porque primero habrá de inmatricular la finca», quien, no obstante, concluye en distinta forma a como lo hacemos nosotros, admitiendo la redacción monista del precepto y, con ella, la negación de una inoponibilidad sustantiva, distinta a la embebida en el juego de la fe pública registral.

<sup>150</sup> *Vid., supra*, notas 26 y 28.

lo que desde luego se entiende es que, desde la indistinción entonces reinante en materia de principios hipotecarios, entremezclen efectos que hoy distinguimos con mayor claridad y precisión y los expliquen con terminología no apropiada a su procedencia. En cambio, lo que de ese mismo dato no se puede deducir en modo alguno –sencilla y llanamente, porque desconocería o contradiría su testimonio– es que los autores de nuestra Ley Hipotecaria no advirtieran la distinta procedencia de sus artículos 23 y 34, y, en razón de tal diferencia, el distinto valor que, pensando en la doble venta y en comparación con el sistema germánico, tiene en nuestro Derecho la compraventa anterior no inscrita. Justamente porque en nuestro Derecho tal compraventa existe y podría provocar una adquisición eficaz, es necesario que el Registro le salga al paso dando preferencia sobre ella, por el solo hecho de haberse acogido a él, a la del comprador posterior que inscribe. Así, pues: ¿Confusión e indistinción de los principios hipotecarios y expresión de su contenido y efectos con terminología no siempre apropiada a su naturaleza?, concedido. ¿Conmixtión de los modelos tenidos en cuenta, y ambigüedad del híbrido resultante?, sólo en parte y –en lo fundamental– sin connotación peyorativa alguna: el sistema creado, por su desenvolvimiento y eficacia aseguradora del tráfico es tan «germánico» como el que más, aunque, con muy buen criterio, en él se haya sustituido el innecesario artificio germánico de la inscripción constitutiva por la inscripción declarativa latina. ¿Negación en tal sistema de una inoponibilidad que, cuando no puede actuar todavía la fe pública registral, decida a favor de la adquisición inscrita frente a la anterior que no se inscribió?, de ningún modo: dicha inoponibilidad es la inmediata consecuencia del valor atribuido a la inscripción por el hecho solo de haberse operado.

Y, finalmente, la desconcertante y descuidada redacción del originario artículo 27 de la Ley Hipotecaria: Desconcertante, porque tratando de precisar la figura del tercero registral, deja fuera de ella al tercero que aparece en el artículo 23; el artículo que, según se dijo, contenía toda la Ley y venía a constituir la quintaesencia o el alma de la misma. Y descuidado –al menos desde el punto de vista del asunto que ahora tratamos– porque no puede admitirse que tal exclusión se hubiera producido consciente y deliberadamente en la redacción del desafortunado y polémico precepto.

Tratemos de precisar y centrar el problema: El «tercero hipotecario», o propiamente registral <sup>151</sup>, no es otro que el beneficiario de

---

<sup>151</sup> A otros posibles «terceros», incluso en la misma Ley Hipotecaria, se refiere SERNA: *op. cit.*, p. 586, al glosar las palabras del artículo 27: *Para los efectos de esta Ley.*

la hoy llamada *eficacia ofensiva* de la inscripción, y ésta, por lo que hace a los modelos que aquí interesan, sólo se produce en la doble forma conocida de los sistemas latino y germánico: la inoponibilidad, propia de la publicidad negativa latina, y la fe pública registral, propia de la positiva germánica. En la primera, el tercero tiene necesariamente que serlo respecto al contrato *no inscrito*: justo el que, por no estar inscrito, no va a perjudicarlo a él, que inscribe. En la segunda, al contrario, el tercero lo será normalmente respecto al contrato *inscrito*: justo porque es contra las causas de ineficacia de ese contrato contra lo que, al no aparecer inscritas, le protege y ampara la fe pública registral<sup>152</sup>. De todas formas, en nuestro sistema de inscripción no constitutiva, cabe también que el tercero protegido por la fe pública registral, lo sea respecto a un contrato otorgado por el titular inscrito, que, por no haber sido publicado, permita a aquél confiar en la vigencia de una titularidad que, no siendo ya la actual, el Registro sigue publicando como todavía existente. Pues bien, habiendo aparecido en el artículo 23 como protagonista de la Ley un tercero que por inscribir queda inmune a los efectos de un contrato anterior no inscrito, ahora resulta que el 27 describe como tercero «para los efectos de esta Ley» al que «no haya intervenido en el acto o contrato inscrito». Es muy claro que este tercero no puede ser el de la fe pública en la última forma indicada, esto es: el de la inoponibilidad embebida en la fe pública, no obstante venir éste exigido por el sistema y aparecer con frecuencia en los comentarios de De la Serna<sup>153</sup>; mucho menos, el del artículo 23, a pesar de la significación atribuida a este precepto al tiempo de la elaboración de la Ley. En el artículo 27

---

«La palabra *tercero* no tiene siempre en el derecho la misma significación. [...] Basta esto a justificar la definición de la palabra *tercero*, para los efectos de la Ley hipotecaria. De limitaciones de esta clase tenemos algún otro ejemplo en la Ley que comentamos, y es también frecuente encontrarla en otras».

<sup>152</sup> Nos remitimos aquí a las definiciones germánica y latina, ya vistas (*supra*, notas 141 y 142), del «tercero», tal como la proponen DESCHENAUX y FERRI, respectivamente.

<sup>153</sup> Cfr. SERNA: *op. cit.*, en el comentario al artículo 34, p. 622: «Se refiere [el art. 34] solamente al caso en que apareciendo alguno en el Registro con derecho para celebrar un contrato o acto transmita la propiedad o establezca o traspase otro derecho real cualquiera en la cosa inmueble, cuando existe un título anterior *no inscrito* [cursiva nuestra], o una causa que no aparezca claramente del Registro, y ordena que en este caso no sea perjudicado el tercero por el acto o contrato que no pudo conocer por sus libros. [...] injusto sería que tuviera que experimentar sus consecuencias el que engañado por el silencio del Registro adquiriese la finca que otro había comprado antes al que se la vendió a él, o el que comprase como libre el predio sujeto a una carga o a una condición de que no podía tener conocimiento por el Registro»; p. 634: «Que el malvado B no es con arreglo a la Ley el *tercero* [cursiva del autor] cuyos intereses se protegen en el artículo 34 contra el título *no inscrito* [cursiva nuestra]...»; p. 635: «En una palabra, lo que establece la Ley es que aquello que *por no estar inscrito* [cursiva nuestra] no es conocido por el adquirente, no le perjudique [...]».

sólo cabe el tercero que confía en una inscripción defectuosa en sí misma<sup>154</sup>: el de la fe pública registral, y no siempre<sup>155</sup>.

¿Cómo pudo incurrir nuestro legislador en tan patente descuido<sup>156</sup>? No es necesario tener que asegurar aquí una causa, ni tampoco de su determinación se seguirían consecuencias trascendentes al efecto de nuestro discurso. De todos modos, se pueden conjeturar como posibles dos motivos: la percepción de que la determinación de la figura del tercero es cuestión tan sencilla, de suyo, que en realidad excusa la necesidad de pararse legalmente a perfilarla<sup>157</sup> —lo que, obviamente, implicaría la inadvertencia, al momento de definirla, de su peculiar dualidad en nuestro Derecho, y la imprevisión de la polémica que su captación y admisión habrían de introducir en nuestra doctrina—; y, ella supuesta, el haber limitado la atención al describirla al cuidado de no limitarla incluyendo sólo en ella a quienes no son «parte» en el acto o contrato contra

<sup>154</sup> Cfr. SERNA: *op. cit.*, p. 615, en el comentario al artículo 31: «Aquí se limita la Ley a aplicar especialmente al caso de que trata este artículo, la regla general que domina en la Ley, es decir, que el tercero no puede ser perjudicado por los actos o contratos a que la inscripción nula se refiere, por no haber tenido parte en ellos».

<sup>155</sup> GALINDO y ESCOSURA: *op. cit.*, p. 425: «Repetimos que en nuestro dictamen, la Ley no debió definirla [la palabra *tercero*]; porque no caben todas las clases de terceros en el estrecho marco de la definición que da el artículo 27; [...]».

<sup>156</sup> Parece explicar la coherencia de los artículos de la Ley Hipotecaria referidos al tercero, y, consiguientemente, negar el descuido, GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, pp. 46-47: «Esta “reversibilidad” es esencial para explicar algunos preceptos de la legislación hipotecaria sobre la configuración del tercero, pues unas veces se refieren al “tercero” al que perjudica la relación jurídica “inscrita”, y otras veces se refieren al “tercero” al que no le perjudica la relación jurídica “no inscrita”. [...] El discutido antiguo artículo 27 de la Ley Hipotecaria de 1861, al definir al tercero como el que *no ha intervenido en la relación jurídica inscrita*, se estaba refiriendo al “tercero perjudicado” por no ser el tercero propiamente dicho o tercero que inscribe. En cambio, el antiguo artículo 23, hoy 32 LH y 606 del Código Civil, cuando dicen que los “títulos de dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles, que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad, no perjudican a *tercero*”, se está refiriendo al tercero hipotecario propiamente dicho o tercero favorecido por la inscripción frente a lo no inscrito»; *ídem.*, p. 57: «En todo caso, *ese tercero del artículo 27 responde al supuesto del tercero del antiguo artículo 23, que hoy equivale al artículo 32*, es decir, era el tercero de la inoponibilidad, hoy llamado “tercero latino”» (cvas. del a.). Esta línea había sido ya apuntada por CAMPUZANO: *op. cit.*, pp. 388-389, pero respecto a ella debe advertirse que resulta algo extraño que el artículo dedicado *ex professo* a definir al tercero específicamente hipotecario, se refiera y defina al tercero «impropio» o no propiamente registral e hipotecario. La cuestión, además, sustantivamente hablando, no es de mera perspectiva en la consideración de una misma relación, ni siquiera de comparación entre la relación inscrita y la incompatible no inscrita; de lo que se trata es de dilucidar si la inscripción —si la publicidad registral— protege siempre en una misma forma a un mismo tercero, o si puede desdoblarse su eficacia protectora en formas y a favor de terceros distintos.

<sup>157</sup> Cfr. SERNA: *op. cit.*, p. 589, nota a): «En las legislaciones extranjeras se ha confiado su interpretación [la de la palabra *tercero*] a la práctica. No encontraríamos inconveniente en que lo mismo se hubiera hecho en la Ley, sin que por esto nos parezca mal el que se haya descendido a definir lo que tal vez en el silencio del legislador daría lugar a diferentes interpretaciones».



cuyos efectos le va a proteger la Ley <sup>158</sup>. En este punto se va prácticamente todo el comentario de De la Serna al artículo 27: no basta no ser parte; la buena fe impone excluir de la protección de la Ley a quienes, aun sin serlo, tienen conocimiento directo del contrato –inscrito o no inscrito, según los casos <sup>159</sup>– por haber intervenido en él (escribano y testigos) <sup>160</sup>. En realidad, pues, al redactar el artículo 27, el legislador estuvo más preocupado por asegurar la exigencia de la buena fe como requisito de protegibilidad registral, que en aquilatar con detenimiento y detalle en la figura del tercero hipotecario. Siendo ello así, la conclusión se impone: el originario artículo 27 de la Ley Hipotecaria, en poco o nada puede contribuir al esclarecimiento del problema del «tercero». Para orientarse certeramente en él, hay que recurrir a las grandes líneas del sistema: a la fe pública registral (art. 34), ciertamente, pero también al criterio

---

<sup>158</sup> SERNA: *op. cit.*, p. 567: «¿Se reputará que interviene en el acto o contrato el que lo presencia, ya en concepto de escribano actuario, ya en el de testigo instrumental? El tenor riguroso de la Ley parece que no considera como tercero a cualquiera que esté presente en la celebración del acto o contrato en uno de los conceptos que acabamos de indicar, porque sin duda han intervenido en el negocio, aunque no sea con un carácter de interesado en él. Hemos sin embargo oído, y a persona de conocida suficiencia, opinar de modo diferente, y esta contradicción nos pone en el caso de decir algunas palabras. Si la intención de los que formularon la Ley hubiera sido la de que el escribano y el testigo debían ser considerados como terceros, no hubieran dejado de poner después de la última palabra que ahora tiene el artículo estas otras, *como parte*. Aún más: la redacción del artículo debería ser en tal caso: *para los efectos de esta Ley, se considera como tercero el que no haya sido parte en el acto o contrato inscrito*. A querer decir esto, no se hubiera redactado el artículo de una manera que se prestara a una interpretación que tanto distaría del espíritu del legislador». El artículo 27, entonces, viene a dar expresión al pensamiento manifestado en la E. M. –p. 237– cuando justifica la acción interferente de la publicidad en favor de los terceros en la imposibilidad que estos tuvieron de conocer los contratos contra cuyas consecuencias se les va a inmunizar: «[...] lo que de lleno cae bajo su dominio [de la Ley de Hipotecas] es desecharlo [el sistema espiritualista] cuando se trata del interés de terceros que no han sido parte en el contrato, porque no se aviene bien con la lealtad y orden de las transacciones, da lugar a que los acreedores sean defraudados, y produce la injusticia de oponer al que legítimamente adquiere un derecho, contratos y actos de los que no ha podido tener conocimiento» (cva. n.).

<sup>159</sup> En el mismo comentario de SERNA al artículo 27, p. 589: «¿Se considerará que ha intervenido en el acto o contrato *no inscrito* el heredero del escribano que lo autorizó o del que lo presenciado como testigo?». Lo mismo, antes, p. 587: «[...] no puede decir el que ha presenciado un acto o contrato para corroborarlo con su testimonio, o para autorizarlo con la fe pública de que es depositario, que no tenía conocimiento de él porque *no* estaba en el Registro» (las cvs. ahora son n.). En el tratamiento doctrinal posterior, y sobre el problema de la referencia del originario artículo 27 al «acto o contrato *inscrito*», *vid.* ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, I, cit., pp. 613-614.

<sup>160</sup> SERNA: *op. cit.*, p. 587: «No tiene buena fe el que habiendo presenciado el acto o contrato en virtud del cual uno se ha desprendido del dominio de la cosa, y sabiendo, por lo tanto, y de ciencia propia, que corresponde al que delante de él la adquirió, la compra, o por cualquier otra clase de contrato la obtiene del antiguo dueño con pleno conocimiento de que no lo es, y aprovechándose del descuido que tal vez tenga el primer adquirente en hacer la inscripción, se apresura a llevar la suya al Registro, para que con arreglo al artículo 17 no pueda ya inscribirse aquella en que él intervino como escribano o como testigo». Obsérvese en este texto dónde se ha fijado la atención del comentarista y, previamente, la del redactor del precepto. Dilucidando si en el caso puede haber, o no, buena fe protegible, ahora, contra el tenor del artículo que se comenta, se está pensando en el contrato *no inscrito*.

adoptado acerca del valor de la inscripción; esto es, a su carácter «declarativo». La inscripción no hace nacer el derecho que publica, pero su práctica determina el triunfo del derecho inscrito sobre el no publicado cuando ambos proceden de actos sucesivos de un mismo transmitente (arts. 32 LH y 1473 II CC).

De acuerdo, pues, con esta última afirmación, podemos recapitular ya para poner fin a este punto. En la perspectiva del genérico principio de publicidad, y más concretamente, de la entre nosotros denominada «eficacia ofensiva de la inscripción», la peculiaridad de nuestro ordenamiento registral de inscripción publicadora y fe pública registral, «mixto» en tal sentido y más perfecto que los sistemas «puros»<sup>161</sup>, impone la distinción entre dos diferentes terceros –pero sólo dos<sup>162</sup>–: el que, sin previa inscripción en la que

<sup>161</sup> Cfr. VILLARES PICÓ: *La polémica...*, pp. 363-366, aunque afirmando la mayor perfección de nuestro sistema sólo en relación –dice– con «otros sistemas latinos».

<sup>162</sup> A pesar de las frecuentes propuestas de distinción de otros «terceros» en la misma Ley Hipotecaria (*vid.*, e. c., GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, pp. 53-56, aunque defendiendo que la fundamental es la que separa al tercero del artículo 32 respecto al del 34; SERRERA CONTRERAS, P. L.: «Monismo, dualismo, triadismo», *RCDI*, 1989, pp. 1210-1211); sin duda, la distinción básica es la dual que aquí se indica. Cfr., en tal sentido, entre otros y por encima de las posiciones adoptadas al respecto: MORELL: *op. cit.*, p. 27: «Para la Ley Hipotecaria son en general terceros los que no intervienen como parte en determinado acto o contrato inscribible. Al inscribir, perjudican a los que no inscribieron su derecho [...] Este principio no obsta a que la misma ley, en casos excepcionales de gravedad o de mayor transcendencia jurídica, o en situaciones especiales, exija en este tercero determinadas condiciones, también excepcionales, y de ello presentan ejemplo, además del artículo 34 [...]»; URIARTE BERASÁTEGUI: *op. cit.*, p. 567: «La primera idea que surge de su examen [de los distintos preceptos de la Ley Hipotecaria] es que no es posible formar un concepto unitario del tercero de la Ley [...]. Buena prueba de ello, el artículo 23 en referencia al 25 o a la definición del 27, que parten de supuestos contrarios: tercero respecto al negocio no inscrito, y tercero en relación al negocio inscrito. Examinaremos, por tanto, concretamente el artículo 23 y los 25 y 27, como típicos de las dos clases de terceros a que se refiere la Ley, ya que los restantes artículos citados son susceptibles de reducirse a los anteriores»; DEL HOYO: *Otra vez...*, cit., p. 574: «Creemos que, en honor de la moralidad y de la Ley misma, hay que conceder la categoría de tercero hipotecario al titular de la inscripción primera, conforme a sus artículos 32 y 207 corroborados por el 1.473 del Código civil. Nuestras leyes son claras; el artículo 34 es una manifestación del tercero, no agota todo un contenido»; NÚÑEZ LAGOS: *Tercero y fraude...*, cit., pp. 592-593: «[...] hay dos clases de terceros internos: tercero del artículo 32 [...] y tercero del artículo 34 [...]. Titular registral es una idea genérica; una primera cualidad determina al simple titular en tercero del artículo 32; una segunda cualidad yuxtapuesta a este tercero del artículo 32 le convierte en titular del artículo 34»; CARRETERO: *Retornos...*, cit., pp. 87-89: «Hoy ya no es necesario insistir contra Roca, en que existen dos terceros netamente diferenciados por razón de su colocación en la encrucijada de relaciones jurídicas que viene a hacer más segura la publicidad registral [...]. La protección del artículo 32 tiene abolengo latino, romano [...]. Está su origen en la preferencia del propietario quirritario sobre el poseedor *in bonis* o dueño bonitario. El tercero del artículo 32 es el que ha adquirido *ex jure quirritium* (con mancipio, hoy inscripción registral) [...]. La protección del artículo 34 tiene abolengo germánico. Este tercero es el adquirente que por haber confiado en un contenido tabular inexacto, por desconocer la inexactitud (su transferente no era dueño, aunque tuviere la *Gewere* tabular), se le protege con ciertos condicionamientos (título oneroso y buena fe) frente al verdadero propietario [...]».

poder confiar para asegurarse de la titularidad de su transmitente, se beneficia por inscribir su propia adquisición, en tanto en cuanto ésta prevalecerá sobre cualquier otra anterior igualmente procedente de su mismo vendedor y no inscrita; y el que, por adquirir de buena fe y onerosamente de titular inscrito y con facultades para disponer –inscribiendo igualmente su propia adquisición–, es mantenido en ésta, aunque la titularidad registral en la que fundamentó su confianza careciera de eficacia real o no fuera bastante para fundamentar una adquisición definitiva y firme. Este segundo «tercero» es hijo, obviamente, del principio de fe pública registral; el primero debe su existencia al de inoponibilidad, y este principio es el resultado natural del valor no constitutivo asignado en nuestro Derecho a la inscripción registral, y, tal valor supuesto –además–, de las ventajas que, en buena lógica y por sí misma, la inscripción deberá reportar al derecho inscrito en su colisión con el que no se inscribió <sup>163</sup>. Principio de inoponibilidad y principio de fe pública registral, pues, no son magnitudes que, por incompatibles, se excluyan recíprocamente, o tengan que fundirse como aspectos distintos en la unidad de un solo principio <sup>164</sup>, sino que cada cual, con ámbito propio, pueden convivir perfectamente en la coherente y bien trabada unidad de un mismo sistema <sup>165</sup>. Establecido esto, nuestro siguiente paso consistirá en la comparación de los dos terceros resultantes de estos principios, y en la determinación de los requisitos exigibles a uno y otro.

<sup>163</sup> Hay que convenir con GÓMEZ GÓMEZ: *En torno a la polémica...*, cit., pp. 381-382, que el fin normalizador del tráfico, perseguido por los regímenes registrales, tiene que desembocar inmediatamente o en el principio de inscripción constitutiva o en el principio latino de inoponibilidad. Desde opiniones distintas en cuanto al problema del «tercero» y a la valoración de nuestro sistema, conectan también señaladamente, como no podría ser de otra forma, la existencia del «tercero» del originario artículo 23, o del vigente artículo 32, con el carácter no constitutivo de la inscripción en nuestro Derecho, entre otros, MORELL: *op. cit.*, pp. 12-13; URIARTE BERASÁTEGUI: *op. cit.*, p. 568; MARÍN MONROY: *Algunas consideraciones...*, cit., *passim*; CARRETERO: *Retornos...*, cit., II, pp. 89-92 y 109-110; GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, p. 56.

<sup>164</sup> Tenemos que disentir en este punto de la rotunda afirmación de LASARTE, C.: *Principios de Derecho Civil*, 5.º, 2.ª ed., Madrid, 2001, p. 424: «Aunque sobre el significado del referido precepto [se refiere al artículo 32 LH] existe un debate doctrinal de importancia, en esta exposición, con la doctrina mayoritaria, podemos dar por hecho que su *ratio legis* consiste en ratificar, desde el punto de vista negativo, cuanto el artículo 34 expresa en términos positivos».

<sup>165</sup> Recuérdense las palabras de GÓMEZ GÓMEZ: *op. cit.*, p. 388, a propósito de la polémica entre Roca y Carretero: «Y a pesar de sus esfuerzos para confundir los artículos 32 y 34 no creo que pueda negar Roca, hablando también en teoría, que la fe pública y la inoponibilidad son también cosas diferentes, si no lo fueran en Francia habría plenamente fe pública. Y que ambas cosas pueden idealmente separarse o yuxtaponerse. Y así, hipotéticamente, puede pensarse en un sistema con inoponibilidad y sin fe pública (sistema concreto latino), en otro con fe pública y sin inoponibilidad (que es el que gusta a Roca) y en otro con fe pública y con inoponibilidad (Tirso Carretero)».

### 3. Diferenciación de los dos terceros favorecidos por la «eficacia ofensiva de la inscripción» y concreta determinación de los requisitos exigibles al tercero del artículo 32

Los dos terceros anteriormente indicados, además de en su común condición de «terceros», en algo tienen que coincidir y en algo se tienen que diferenciar. Coinciden –género próximo, dice Núñez Lagos<sup>166</sup>– en su calidad de titulares inscritos (ambos, desde el punto de vista registral, son terceros «internos»); se diferencian en la peculiar inmunidad que el derecho de cada uno de ellos obtiene de la inscripción. Es en este aspecto de su diferenciación donde los problemas pueden plantearse. Y se entiende que así sea: de la afirmación de la diferencia entre los terceros registrales depende el reconocimiento y admisión del discutido dualismo de nuestro sistema registral; y de su «accurata» delimitación, el tono y carácter que se le atribuya. Centremos, pues, en ella nuestra atención distinguiendo un doble plano: primero, el más radical de la distinta y originaria naturaleza de cada tercero registral, la que determina la peculiar fisonomía de uno y otro, y a continuación, el más particular y concreto del influjo que en tal fisonomía puede provocar su aclimatación a nuestro sistema.

Por lo que hace al primer plano bastaría con repetir, una vez más, que el tercero del artículo 32 es un tercero latino, mientras que el del 34 es un tercero germánico. Sin negarlo, obviamente, la doctrina dualista lo explica añadiendo algo más. Para Núñez Lagos<sup>167</sup>, el tercero del artículo 32 es un tercero ajeno al tracto sucesivo y que, como tal, podrá ser atacado por impacto frontal y directo contra el asiento en que se cobija; mientras que el del 34, nacido del tracto, sólo puede ser combatido por elevación, entrando el impacto por el tejado que para él representa el derecho de su transmitente: «aristócrata del sistema –dice–, sólo se le puede ofender en su genealogía». Para Carretero<sup>168</sup>, la protección que depara el artículo 32 tiene abolengo romano y reproduce a favor del titular inscrito la preferencia del propietario quirritario sobre el poseedor *in bonis* o dueño bonitario; mientras que la obtenida a través del artículo 34 es de abolengo germánico y permite al que adquiere de titular registral la adquisición *a non domino* antiguamente operada por la *Gewere*. Más llana y pragmáticamente, para Villares Picó<sup>169</sup>, el tercero del artículo 32 es un tercero «activo», el

166 NÚÑEZ LAGOS: *Tercero y fraude...*, cit., p. 592.

167 NÚÑEZ LAGOS: *op. cit.*, pp. 592-593.

168 CARRETERO: *Retornos...*, II, cit., pp. 88-89.

169 VILLARES PICÓ: *La polémica entre hipotecaristas...*, cit., p. 373.

que consigue la protección del Registro por haberse adelantado a inscribir, mientras que el del 34 es el tercero «confiado»: el que por adquirir ateniéndose a lo que el Registro publica, es protegido en su adquisición.

¿Bastan las anteriores indicaciones para, en función de su naturaleza, determinar, necesariamente y sin más, la fisonomía que en su implantación a nuestro Derecho distingue al tercero del artículo 32? Los hechos hablan aquí por sí mismos. Entre los partidarios de la tesis dualista hay dos formas de concebir a dicho tercero. La primera y más radical, dando la impresión de querer afianzarlo en su contraposición con el del artículo 34, tiende a subrayar su singularidad, marcando las distancias y acentuando sus facciones francesas<sup>170</sup>; la segunda, y más moderada<sup>171</sup>, admite que, implantado en nuestro sistema y aclimatado a nuestro Derecho, el tercero latino, sin dejar de serlo, resultará asimilado al germánico del 34 en todo lo que no sea el rasgo diferenciador que mutuamente permite identificarlos: coinciden en lo que ambos tienen de terceros registrales en un mismo ordenamiento jurídico; se diferencian en que el del artículo 32 inscribe una adquisición no derivada de anterior titular registral, mientras que el del 34 adquiere de titular inscrito e inscribe su propia adquisición. Por varias razones, nosotros nos situamos en esta segunda posición.

En primer lugar, porque es la que mejor cuadra, *a priori*, a la coherencia de un mismo Derecho, por más carácter mixto que en este punto se le quiera y deba atribuir al nuestro. La unidad de un sistema mixto no puede lograrse ni ser explicada como el resultado en tensión de una forzada yuxtaposición de contrarios, sino que requiere, más bien, la armónica integración de elementos distintos.

---

<sup>170</sup> Destacan en esta línea, NÚÑEZ LAGOS: *op. cit.*, pp., esp., 597-598: «El tercero del artículo 32, no necesita más que un requisito: inscribir. La onerosidad y la buena fe, conexas al momento adquisitivo, no se exigen en el artículo 32, que nada tiene que ver con la adquisición previamente consumada, y que, por referirse precisamente a un sistema de prioridad entre títulos formados y perfectos con antelación, queda al margen del principio de buena fe»; CARRETERO: *Retornos...*, II, cit., pp. 119-135; GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, pp. 175-205; antes de todos ellos, MORELL: *Tercero...*, cit., pp. 24 ss.: «El tercero hipotecario en general –dice en la 24– no necesita adquirir por título oneroso, ni de persona que en el Registro aparezca con derecho para transmitir o contratar, ni aun tener buena fe».

<sup>171</sup> Destacan en ella VILLARES: *op. cit.*, p. 363: «[...] si el inmatriculante no puede estar protegido con arreglo al artículo 34 de la Ley Hipotecaria, porque no trae causa de un titular inscrito, estará en cambio protegido por la prioridad ampliamente establecida en el artículo 32 de la misma Ley, que sólo exige implícitamente que el titular sea adquirente a título oneroso con buena fe y que inscriba su título»; LACRUZ-SANCHO: *op. cit.* pp. 191-192, y AMORÓS: *Comentarios...*, cit., pp. 293-298. Sigue esta línea SERRERA CONTRERAS: *op. cit.*, pp. 1204-1209.

Sólo así la mixtura no es caos, y el sistema puede ser coherente y legítimamente dual.

Aparte de ello, la moderación de nuestro dualismo hipotecario viene exigida por una concreta y a nuestro juicio muy poderosa razón de fondo. Nos referimos a la sustancial semejanza de la intervención sanadora del Registro en las dos hipótesis arquetípicas de los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria; sustancial semejanza no impedida por las diferencias de presupuestos que permiten dicha intervención y que en una y otra hipótesis determinan la distinta extensión de su efecto. En este punto es conveniente detenerse algo más. Para los dualistas radicales, la adquisición obtenida al abrigo del artículo 32 es una adquisición que apenas se diferencia de una adquisición normal u ordinaria, en tanto que la del 34 es una adquisición abierta y rigurosamente excepcional y anómala; mientras el adquirente del artículo 34, contra lo que es lógico y natural, adquiere *a non domino*, el del 32 —dicen— adquiere de quien, en el fondo, podría seguir siendo considerado como dueño al tiempo de transmitir<sup>172</sup>. Nosotros no podemos compartir esta visión del problema. Subyace a ella, por lo que hace a la explicación del artículo 32, una sobrevaloración de la inscripción registral, que, sacándola de su vocación publicadora, la acerca excesivamente a la inscripción constitutiva, llevando, como se ve, a equipararla de hecho con ella<sup>173</sup>, o, incluso,

<sup>172</sup> Cfr., en tal sentido, CARRETERO: *Retornos...*, cit., p. 89: «Para los autores de la Ley eran dos cuestiones diversas, necesitadas de muy distinto tratamiento, la protección al tercero de la doble enajenación, que sólo muy relativamente se puede decir que adquiere de un no dueño, y la protección al tercero subadquirente que adquiere de quien no fue nunca dueño porque su título era nulo o falso»; GÓMEZ GÓMEZ: *En torno a la polémica...*, cit., p. 385: «Creo que no puede perderse de vista la distinta finalidad de los artículos 32 (antes 23) y 34. El primero se encuentra destinado a regular los casos normales y biológicamente sanos de la vida del tráfico jurídico inmobiliario [...]. Por el contrario, el artículo 34 responde a distintos problemas. Con él nos trasladamos al terreno de la patología jurídica; GARCÍA-BERNARDO LANDETA: «Los terceros registrales o internos», *RCDI*, 1968, p. 1506: «También estamos de acuerdo en que en el supuesto de hecho del artículo 32 dispone el verdadero dueño, hay adquisición *a domino* y en el del 34 dispone un titular registral, que no es dueño o que lo es limitadamente, que hay adquisición *a non domino*, pero no por la inscripción, sino por la Ley (art. 609 del Código Civil) [...]»; GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, pp. 80-90, en las que desarrolla el siguiente epígrafe: «La doble venta regulada en los artículos 32 LH, 606 y 1473.2 Cc representa un supuesto de “adquisición a domino”, a diferencia del supuesto del artículo 34 de la Ley Hipotecaria».

<sup>173</sup> Así puede verse en GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, p. 82: «*La segunda venta que se inscribió prevalece sobre la primera venta que no se inscribió, porque es la única que tiene efectos reales plenos erga omnes, mientras que la primera venta no inscrita tiene que limitar su eficacia a la acción personal de reclamación contra el vendedor y a las acciones contra los otros terceros que no inscribieron*» (cva. del a.). Responde esta visión a la concepción del autor citado sobre el valor «conformador» de la inscripción registral, de la que nosotros nos ocupamos ya en nuestro anterior trabajo, *La inscripción en el Registro de la Propiedad...*, cit., pp. 213-225.

a elevarla lisa y llanamente a la condición de tal en nuestro sistema <sup>174</sup>. No es necesario orientarse en esta dirección ni llegar en ella tan lejos como Troplong y la doctrina francesa que tras él considera como *a vero domino* la adquisición sostenida por la inoponibilidad de la anterior no inscrita cuando el comprador posterior inscribe la suya <sup>175</sup>. En nuestro Derecho, Cárdenas y Gómez de la Serna la consideran adquisición *a non domino* <sup>176</sup>, sostenida, como

<sup>174</sup> Cfr. GÓMEZ GÓMEZ: *Ámbito de aplicación...*, cit., p. 565: «En cuanto al artículo 32 es también un precepto fundamentalísimo y básico de nuestra legislación, pero, conforme a los que llevamos dicho, hace referencia, no al principio de fe pública sino al de inscripción, proporcionado un argumento decisivo en pro de la índole constitutiva de la misma en nuestro sistema».

<sup>175</sup> Baste la cita del fundamental texto de TROPLONG: *op. cit.*, pp. 300-301: «Mais cette loi [la Ley sobre la Transcripción] mue par les nécessités du crédit foncier, a dérogé à ces principes, et le Code Napoléon en éprouve une grave modification. Sans doute, entre les parties el leurs ayants cause, la mutation de la propriété est toujours opérée par le seul consentement, et l'idée mère du Code Napoléon, idée profondément philosophique et morale, subsiste dans toute sa force; mais, à l'égard des tiers, la mutation n'est désormais accomplie que par la transcription du titre sur un registre public. Jusqu'à la transcription, le vendeur conserve les attributs de la propriété par rapport à tous autres que les parties et leurs successeurs universels; les droits par lui conférés à des tiers et dûment régularisés sont opposables à l'acheteur qui, bien qu'antérieur en date, n'a pas encore fait transcrire son titre. L'acheteur n'est plus admis à dire à ces tiers, qui ont promulgué leurs contrats, que son auteur n'a pu leur transférer des droits qu'il n'avait pas lui-même [...]. Il suit de là que la translation de la propriété est actuellement régie par un double principe: entre les parties, elle résulte du consentement; à l'égard des tiers, elle ne date que de la transcription du titre».

<sup>176</sup> Cfr. CÁRDENAS: «Vicios y defectos de la legislación hipotecaria», *El Derecho Moderno. Revista de Jurisprudencia y Administración*, t. XII, Madrid, 1852, pp. 38-39: «Así es que la entrega de la cosa vendida y pagada produce según nuestras leyes un derecho real, que se puede oponer contra aquel a quien el mismo vendedor la haya enagenado después, y contra cualquier otro, aunque este segundo comprador inscriba su contrato antes que el primero. Decisión injustísima e inconciliable con el sistema moderno de inscripción de la propiedad, por cuanto surte el efecto de obligar al tercero por un acto que le era completamente desconocido. Pero se dirá que haciendo válida la enajenación que primero ha sido inscrita, cualquiera que sea la fecha del contrato, puede resultar también perjudicado el adquirente anterior, que obró de buena fe, y tiene además sobre el otro, el título de la prioridad en el convenio. Así sucederá en efecto, mas hay que tener en cuenta que la doble enagenación de que se trata, es un verdadero delito que habrá de perjudicar a alguien, y cuya completa reparación no ha de poder conseguirse siempre. Siendo ello así, lo que debe procurar la ley, es que el perjuicio sea el menor posible, tanto en intensidad como en extensión; y esto se consigue dando efecto a la inscripción anterior sobre la posterior [...]. Con estas precauciones, entre dos adquirentes de igual buena fe, se limita el daño al menos diligente...». A su vez, DE LA SERNA: *op. cit.*, p. 567: «[...] si el primer comprador inscribió su derecho oportunamente, nada hay que alterar, la ley de Partida conserva toda su fuerza; pero si no lo hizo, dando lugar a que otro engañado por el silencio del Registro comprara la finca, creyendo que el dominio existía aún en el que la vendió, este nuevo adquirente no podrá ser perjudicado por la compra anterior: para él, cualquiera que sea el que posea la finca, no hay otro dueño que el que como tal aparece inscrito en el Registro»; ídem., p. 568: «[...] el dominio del segundo comprador posesionado de la cosa sólo será válido contra el primero cuando éste haya dejado de inscribir su título, dando así ocasión a que el segundo comprador se engañase, creyendo que no existía enajenación alguna hecha por el vendedor, en virtud de la cual éste hubiera perdido la facultad de disponer de lo que aparecía como suyo en el Registro». En la doctrina moderna, LACRUZ-SANCHO: *op. cit.*, p. 181: «Se trata de una intuición elemental. El tercero es adquirente *a non domino* porque hubo una anterior enajenación, en la cual su *actor* se había privado del dominio de la finca antes de vendérsela a él (...).».

tal, supuesta su buena fe, en la mayor diligencia, del adquirente que se adelanta en la inscripción; y así se la debe entender en buena interpretación del artículo 1473 de nuestro Código Civil <sup>177</sup>. Si lo que este precepto establece son criterios de preferencia entre *adquisiciones* incompatibles, ¿cómo va a considerarse todavía dueño al que habiendo vendido ya y entregado en alguna de las formas posibles, perdió la propiedad de lo que posteriormente y contra todo derecho vuelve después a vender? Desde este punto de vista se entiende el aserto de Roca Sastre, aunque tampoco su conclusión pueda compartirse: ¿qué más da que el *tradens non dominus* sea tal porque nunca fue dueño o que lo sea porque, habiéndolo sido, había dejado de serlo antes de disponer por segunda vez <sup>178</sup>? Es verdad que esta consideración, por sí sola, no deja sin fundamento el peculiar dualismo de nuestro sistema hipotecario, pero recomienda y justifica su ponderada moderación. Moderación, además, a cuya recomendación se puede llegar, también *a priori*, por otra vía. Si, como de pasada hemos ya indicado e inmediatamente hemos de ver con más detenimiento, al tercero protegido por el artículo 32 le es exigible haber adquirido del vendedor sucesivo y en actitud de buena fe, habrá de reconocerse que el expediente protector de su adquisición, remitiendo a una previa situación de titularidad aparente, algo tendrá que ver con el mecanismo de la protección de la apariencia jurídica <sup>179</sup>. Es verdad que ni todo en el artículo 32 es protección de la apariencia, ni sólo la protección de la apariencia explica la adquisición que en él se sanciona; pero, desde luego, esta adquisición no llegaría a ser protegible si el comprador que inscribe la hubiera llevado a cabo sabiendo que el vendedor, al tiempo de transmitirle, no era ya dueño del objeto vendido. Más brevemente dicho: el artículo 32 de la Ley Hipotecaria, como el 1473 del Código Civil, en cuanto protege no sólo por haber adquirido creyendo hacerlo del todavía dueño, y en cuanto no protege absolutamente o contra la reclamación del *verus dominus*, sea éste quien sea (cfr. art. 36 LH), sino sólo frente al comprador anterior que no inscribió, no es norma de cabal y exclusiva aplicación del principio de protección de la apariencia jurídica; pero tampoco es norma sanante de una adquisición cuya irregulari-

---

<sup>177</sup> Hemos dedicado a ella las páginas 182-210 del trabajo antes citado, *La inscripción...*, a las cuales tenemos que remitirnos en este lugar.

<sup>178</sup> ROCA SASTRE: *El problema de la relación...*, cit., p. 809: «En resumen: a los efectos de la fe pública registral lo mismo da que el titular según el Registro, que aparece como transmitente al tercero hipotecario, no sea dueño por haber dejado de serlo o por no haberlo sido nunca».

<sup>179</sup> Debemos remitirnos en este punto a lo dicho al respecto en *La representación aparente...*, cit., pp. 405-408, sobre la explicación del artículo 1473 CC.



dad conozca el adquirente. Siendo ello así, el común ingrediente de apariencia jurídica presente en la *ratio* de la protección dispensada por los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria, por encima de su distinta forma de actuar en cada caso y de su diferente conformación –registral en el 34 y extra-registral en el 32–, recomienda asimilar más que contraponer los requisitos exigibles para la protección del adquirente en cada uno de estos preceptos.

Teniendo presentes las consideraciones que preceden, pasemos ya al examen de los requisitos que, uno por uno y en concreto, resultan exigibles a nuestro tercero latino, particularizado, como ya hemos advertido, por el hecho de su implantación como desigual co-protagonista en nuestro sistema confesada y realmente germánico. La tarea que nos proponemos no es otra, obviamente, que la integración del vigente artículo 32 de la Ley Hipotecaria, precepto que, como el originario 23, ni siquiera alude en su extremado lacionismo a la necesidad de que dicho tercero, para resultar defendido frente al derecho anterior no inscrito, tiene que inscribir el suyo. Del artículo 32 cabe decir que, más que una concreta y acabada norma jurídica, constituye el mero y general enunciado de un principio cuyos requisitos de aplicación se dan por sobreentendidos. La escueta expresión del principio bastaría efectivamente si hubiera acuerdo en la doctrina sobre tales requisitos. No siendo así, la norma deja sin respuesta las numerosas cuestiones que en torno a ella vienen discutiendo los autores. ¿Qué tercero es ese al cual no perjudican los títulos de dominio o de otros derechos reales que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad? O, dicho de otra manera: ¿en qué condiciones supedita la ley la oponibilidad a tercero de los derechos reales al dato previo de su publicación?

Ateniéndonos a los términos en que el problema está planteado en nuestra doctrina, vamos a responder a estas preguntas adoptando como elemento de contraste al artículo 34 de la Ley Hipotecaria e indagando, en consecuencia, cuál o cuáles de los requisitos exigibles en nuestro Derecho al tercero por antonomasia e indiscutidamente hipotecario son también necesarios en este otro tercero, aunque también registral, de distinta naturaleza. Este modo de proceder, sin duda el habitual, puede considerarse adecuado y lícito siempre que se advierta que en tal comparación no se agotan todos los elementos diferenciadores de estos dos terceros, ni se agota, por tanto, la peculiaridad del tercero latino. Fuera de la perspectiva adoptada queda, en el orden de los presupuestos, la necesidad de que el derecho en cuya adquisición se le va a proteger sea un derecho derivado del mismo *causam dans* otorgante de otro u otros

anteriores y no inscritos <sup>180</sup>; y en el terreno de lo efectual, la transcendental diferencia existente entre el carácter negativo y relativo de la protección deparada por esta vía frente a la positiva y absoluta que se obtiene a través de la fe pública registral. Conscientes, pues, de esta limitación, y advertidas estas diferencias, pasemos a la determinación de los requisitos exigibles al tercero del artículo 32 por comparación con los que el 34 establece para su propio tercero.

1. En primer lugar, y por ser el de más fácil tratamiento y pacífica aceptación, atendamos al requisito de la inscripción del propio acto adquisitivo del tercero protegido por el artículo 32. Es cierto —y ya lo hemos advertido de pasada— que el propio precepto no lo enuncia; pero esto —también ya lo hemos indicado— nada prueba, a no ser el carácter meramente principal e inconcreto del mismo artículo 32. También es verdad que en su contra podrían alegarse los artículos 313 de la Ley y 585 del Reglamento Hipotecario; pero la objeción sería tan débil como la justificación y valor efectivo de estos preceptos <sup>181</sup>. Muy por encima de ellos, y con carácter —en nuestra opinión— de rigurosa evidencia legal, lógica y sistemática, lo imponen, aparte el texto dedicado en la Exposición de Motivos de 1861 a la incidencia de la publicidad registral en el sistema transmisivo del título y el modo <sup>182</sup>, dos razones, aducidas ya como decisivas en los comentarios de Gómez de la Serna: la primera, de orden estrictamente normativo, la unidad entre el originario artículo 23 <sup>183</sup> y el artículo 1859 del Proyecto de García Goyena, o, como hoy podríamos decir, entre el actual artículo 32 de la Ley Hipotecaria y el 1473 II del Código Civil <sup>184</sup>; y la segun-

<sup>180</sup> Cfr. en el Derecho francés, el artículo 30.1 del Décr. 4 janv. 1955: «Les actes et décisions judiciaires soumis à publicité [...] sont, s'ils n'ont pas été publiés, inopposables aux tiers qui, sur le même immeuble, ont acquis, du même auteur, des droits concurrents en vertu d'actes ou de décisions soumis à la même obligation de publicité et publiés [...]».

<sup>181</sup> Nos remitimos para su comentario y crítica a lo dicho en *La inscripción en el Registro de la Propiedad...*, cit., pp. 71-83.

<sup>182</sup> «Así, una venta que no se inscriba ni se consume por la tradición, no traspasa al comprador el dominio en ningún caso; si se inscribe, ya se lo traspasa respecto a todos; si no se inscribe, aunque obtenga la posesión, será dueño con relación al vendedor, pero no respecto a otros adquirentes que hayan cumplido con el requisito de la inscripción».

<sup>183</sup> Aunque las palabras de SERNA se encuentran en el comentario a los artículos 36 y 38 —pp. 647 y 665-672 respectivamente— valen sin duda para el originario 23, por ser derivación «de los principios adoptados en la nueva Ley hipotecaria» (p. 647, nota) y hacen expresa referencia (p. 672) a «lo expuesto en otros lugares», concretamente al relativo al punto que aquí tratamos y a las consecuencias del principio de prioridad.

<sup>184</sup> SERNA: *op. cit.*, p. 665, citando la Exposición de Motivos: «La Comisión de Codificación en la Exposición de Motivos, dijo a propósito de estas palabras lo siguiente: "Consecuencia es esto del principio expuesto al manifestar los motivos de las bases de la ley. Cuando se trata de los derechos de un tercero, sólo se entenderá transmitido el dominio desde la inscripción, no desde la posesión, y menos desde el convenio. Admitido el principio no pueden negarse sus corolarios rigurosos. Así los establece también el Proyecto de

da –limitada ya la atención sólo al artículo hoy 32– de orden lógico y carácter absolutamente elemental: ¿cómo podría entenderse que la Ley Hipotecaria, la ley de la publicidad y de la inscripción registral, protegiera una adquisición posterior no inscrita frente a otra igualmente no inscrita pero anterior y legítima? En palabras de De la Serna: «No sería justo que el omiso en inscribir por su parte en el registro el derecho real que hubiese adquirido sobre un inmueble pudiera echar en cara su negligencia a otro que no inscribió, y prevalerse de la falta que él mismo hubiera cometido. La ley sólo favorece al que la respeta ajustándose a sus preceptos»<sup>185</sup>.

La cuestión, de suyo, no admite dudas. En la necesidad de la inscripción del acto adquisitivo registralmente protegido coincide prácticamente<sup>186</sup> toda la doctrina<sup>187</sup>, y en la específicamente dualista éste es el único requisito en que están de acuerdo todos los autores. Para los dualistas radicales, el tercero del artículo 32 es, sin más, un tercero civil *que inscribe*<sup>188</sup>.

2. Algo más complicadas –a nuestro juicio, sin razón– se presentan las cosas cuando se trata del requisito de la buena fe. Por más que si se tienen en cuenta las fuentes pueda extrañar, la doctrina no es pacífica en este punto, y en el tono de la discusión no faltan a veces ribetes de pasión y acaloramiento<sup>189</sup>. Situemos el pro-

---

Código Civil, ordenando que cuando el propietario enajena unos mismos bienes inmuebles a varias personas por actos distintos, pertenece la propiedad al adquirente que haya inscrito antes su título”».

<sup>185</sup> SERNA: *op. cit.*, p. 647.

<sup>186</sup> La excepción puede verse aquí, al parecer, en CANO TELLO: *Iniciación al estudio del Derecho Hipotecario*, Madrid 1982, p. 280: «Por nuestra parte, creemos que es posible una interpretación conciliadora. El artículo 32 protege al tercer simple, al que no perjudica lo que no figura en el Registro si realmente no debe afectarle con arreglo al Derecho Civil, y esto aunque no haya inscrito, pues sus relaciones se rigen por este Derecho».

<sup>187</sup> Cfr., e. c., NÚÑEZ LAGOS: *El Registro de la Propiedad ...*, cit., pp. 238-239; ídem: *Tercero y fraude...*, cit., pp. 597-598; CARRETERO: *Los principios hipotecarios...*, cit., p. 37; AMORÓS: *Comentarios ...*, cit., pp. 292 y 294; Díez-PICAZO: *Fundamentos...*, cit., p. 472; GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, p. 176.

<sup>188</sup> Cfr. NÚÑEZ LAGOS: *El Registro de la Propiedad...*, cit., p. 250: «El tercero del artículo 32 (o del 13) es un tercero civil que inscribe [...]. El tercero del artículo 34 es un tercero meramente hipotecario, definido con referencia al asiento precedente, del que deriva su titularidad». También dualista, aunque moderado, repite la expresión AMORÓS: *op. cit.*, p. 295.

<sup>189</sup> Véase, por ejemplo, el tono de la respuesta de CARRETERO: *Los principios...*, cit., p. 38, a la argumentación de Amorós a favor de la necesidad de la buena fe: «[...] estimo inútil su alarde bibliográfico, porque creo que para terminar negando la protección del Registro al segundo comprador que inscribe antes, siempre que triunfe la prueba libre (testifical) de su conocimiento de la primera venta, el legislador de 1861 hubiese seguido el camino más corto: archivar el Proyecto de Ley en el armario de la Comisión de Códigos y mantener la *Ley Quotiens* en los términos de los apartados 1.º y 3.º del artículo 1473 de nuestro vigente Código Civil [...]. Amorós, en plena vertiente sentimentalista [...] cree que ni jurídica ni éticamente tiene hoy sentido, entre nosotros, que una persona quede inmune frente a derechos que conoce sólo porque sus titulares no hayan cumplido una formalidad estatal».

blema delimitándolo exactamente, y pasemos a continuación a examinar las razones que se esgrimen en la argumentación de las enfrentadas posturas, para concluir, a la vista de ellas, lo que sobre este requisito de la buena fe se impone en nuestro Derecho.

Cuando aquí planteamos el problema de la buena fe no estamos tratando de la indiscutida exigencia legal de ésta en el ámbito del principio de fe pública registral. Hemos partido de la base de que el principio de inoponibilidad, con filosofía distinta a la que inspira el de fe pública, tiene reconocimiento y vigencia autónoma en nuestro ordenamiento inmobiliario, y en él, los artículos 32 de la Ley Hipotecaria y 606 del Código Civil, sus principales enunciadores, no hacen referencia alguna a la necesidad de que el tercero protegido por tal principio tenga que ser un tercero que adquiriera en situación de buena fe. Por otra parte, es claro que la buena fe requerida en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria es una peculiar buena fe, favorecida por las garantías impuestas a la registración y referida a la exactitud del dato previamente inscrito en cuya confianza adquiere el tercero; algo que, naturalmente, no es trasplantable a la hipótesis del artículo 32, en el que el tercero favorecido por haber inscrito no pudo contar con dato registral previo alguno en cuya exactitud pudiera confiar. Síguese de aquí que la buena fe sobre cuya exigencia ahora debemos tratar es una buena fe distinta en su fundamento y objeto a la específicamente requerida en el artículo 34, y que en la argumentación de su necesidad no podremos recurrir a la autoridad y argumentos de quienes interpretan nuestro sistema de protección registral desde la sola vigencia del principio de fe pública <sup>190</sup>. Las razones en pro y en contra de la necesidad de la buena fe en el ámbito propio del artículo 32 deberemos basarlas exclusivamente entre las esgrimidas para dicho precepto por los partidarios de la tesis dualista; y su objeto –separada la hipótesis adquisitiva del artículo 32 respecto a la del 34– deberá hacerse consistir en la creencia del tercero de que la persona que le transmitió era dueño de la cosa vendida y podía transmitir su dominio. Más concretamente, tratándose del conflicto típico de la doble venta: que tal persona no había vendido y transmitido con anterioridad, y que, por tanto, continuaba siendo dueño de la misma cosa.

Así delimitado el problema y circunscritas las fuentes de su tratamiento y argumentación, podemos ya situarnos ante él, proceder a la comprobación del *status quaestionis*, y pasar a la pondera-

---

<sup>190</sup> Resulta oportuna esta advertencia –nos parece– a la vista de la relación de autores favorables a la necesidad de la buena fe en el artículo 32 que hace AMORÓS: *La buena fe en la interpretación...*, cit., pp. 1553-1559: monistas y dualistas aparecen en ella indistintamente.

ción de las razones que se argumentan en su solución. Por lo que hace al estado doctrinal del problema, baste indicar la profunda división que en este punto separa a los defensores del dualismo de nuestro sistema registral. El dualismo radical, contrario a la necesidad de la buena fe en el artículo 32 de la Ley Hipotecaria, está encabezado por Núñez Lagos<sup>191</sup> y Carretero<sup>192</sup>, a quienes, partiendo con parecido ardor pero llegando a solución no tan nítida, sigue hoy García García<sup>193</sup>. Como dualistas moderados, partidarios de la buena fe también en este campo, podemos destacar a Amorós<sup>194</sup>, el autor que más atención ha prestado al problema, y Lacruz-Sancho<sup>195</sup>. Nosotros nos unimos a esta segunda corriente, y las razones de nuestra toma de posición irán apareciendo seguidamente, al refutar las que se han sostenido de contrario.

¿Cuáles son tales razones? Todas giran en torno a dos principales: una —ya anteriormente indicada y refutada, de la cual, por tanto, no vamos a ocuparnos ahora otra vez—, que no siendo la adquisición del comprador que se adelanta a inscribir una adquisición *a non domino*, no necesita del refuerzo ortopédico de la buena fe<sup>196</sup>; y, la segunda, que siendo latino el artículo 32 de la Ley Hipo-

<sup>191</sup> NÚÑEZ LAGOS: *El Registro de la Propiedad...*, cit., pp. 239-240; *Tercero y fraude...*, cit., pp. 611-623; *La evolución del principio de publicidad*, cit., pp. 81-83.

<sup>192</sup> CARRETERO: *Retornos...*, II, cit., pp. 126-132; *Los principios hipotecarios...*, cit., pp. 38-40.

<sup>193</sup> GARCÍA GARCÍA: *Derecho Inmobiliario Registral...*, II, cit., pp. 187-205. Hemos dicho que no llega este autor a conclusiones tan nítidamente excluyentes como las de Núñez Lagos y Carretero, a la vista de su concepción del fraude descalificador del tercero: «No hay inconveniente en interpretar [...] —dice en p. 205, conclusión 5.ª— que el fraude no consiste únicamente en realizarlo, sino que también comprende la situación de “conocimiento en realizarlo” (*conscius fraudis*). Por tanto, aunque debe excluirse el requisito de la “buena fe-desconocimiento” para el tercero del artículo 32, debe incluirse en el requisito de la “buena fe-fraude”, no sólo la actuación directa de fraude y la complicidad en el fraude (“*consilium fraudis*”), sino también la situación de “conocimiento del fraude”, ya que el que conociendo un fraude, realiza un acto está siendo cómplice en el fraude. Por esta vía —añade—, cabe una aproximación a la postura de la jurisprudencia del Tribunal Supremo» (cvas. del a.).

<sup>194</sup> Principalmente, en *La buena fe...*, cit., pp., esp. 1550-1586.

<sup>195</sup> LACRUZ-SANCHO: *Derecho Inmobiliario Registral*, cit., pp. 191-192.

<sup>196</sup> Para la conexión de la buena fe con la adquisición *a non domino*, y la exclusión de su necesidad fuera de ella, cfr. en la doctrina italiana, MENGONI: *op. cit.*, pp. 9-10: «Qualunque cosa si pensi circa il problema tecnico del collegamento tra *fattispecie primaria e pubblicità dell'acquisto immobiliare* [...] certo è che l'avente causa preferito acquista il diritto (in via derivativa) direttamente dall'alienante, contro il quale ha trascritto il suo titolo, e lo acquista indipendentemente dalla buona o mala fede, cioè dall'ignoranza o conoscenza in cui versaba, al momento del contratto, circa la precedente alienazione. Questo è un indice sicuro dell'estraneità dell'ipotesi al concetto di acquisto *a non domino*.». En la nuestra, NÚÑEZ LAGOS: *El Registro de la Propiedad español*, cit., p. 240: «Por otra parte, este principio [el de buena fe] técnica e históricamente, acompaña a los *modos de adquirir* la propiedad. Pero el Registro español, por voluntad expresa de todos los legisladores en la materia —1861, 1869, 1909, 1936— ha sido colocado al margen y fuera de los modos de adquirir y dentro de los modos de proteger al tercero» (cva. del a.); ídem: *Tercero y fraude...*, cit., pp. 597-598: «El tercero del artículo 32 no necesita más que un requisito: inscri-

tecaria, los requisitos en él exigibles al tercero deben determinarse de acuerdo con los que a éste se imponen en aquel sistema: le bastará, pues, con que inscriba su adquisición, no siendo necesario que ésta se haya realizado de buena fe, aunque —eso sí— exigiéndose que no se haya llevado a efecto en concierto fraudulento contra el comprador anterior. A esta segunda razón, tanto en sí misma como en sus ribetes y aderezos, limitaremos ahora nuestra atención, procediendo en su refutación por los pasos siguientes.

a) El sistema latino protege al tercero que inscribe sin exigirle el requisito de la buena fe; basta con que no haya procedido en concierto fraudulento al realizar la adquisición que inscribe<sup>197</sup>. Lo mismo deberá, pues, entenderse de nuestro artículo 32, teniendo en cuenta su procedencia latina.

Aunque no estaría completamente de más reparar algo en la dificultad de distinguir entre la adquisición de mala fe y la adquisición fraudulenta, y aunque la resistencia de la jurisprudencia francesa a la protección registral de las adquisiciones de mala fe, —en tanto que realizadas con conocimiento de la anterior no inscrita<sup>198</sup>—, debiera prevenirnos contra la aplicación automática a nuestro Derecho del modo latino de entender las condiciones de aplica-

---

bir. La onerosidad y la buena fe, conexas al momento adquisitivo, no se exigen en el artículo 32, que nada tiene que ver con la adquisición previamente consumada y que, por referirse precisamente a un sistema de prioridad entre títulos formados y perfectos con antelación, queda al margen del principio de buena fe». CARRETERO: *Retornos...*, II, p. 91: «La argumentación de la doctrina dominante española consiste en que la protección contra un *verus dominus* concedida a quien ha adquirido *a non domino* debe ser igual en ambos casos [...]. Pero yo entiendo modestamente que la desigualdad consiste precisamente en tratar igual a lo que es desigual. En el artículo 34, el tercero no es el dueño sino que lucha contra el dueño y es natural que se le proteja sólo con ciertos requisitos. En el artículo 32 el tercero no es el dueño para una concepción consensualística, pseudofilosófica y de gabinete de la transmisión inmobiliaria; pero sí lo es en el sistema germánico y casi lo es en todos los sistemas históricos realmente vividos en los que la transmisión inmobiliaria se ha rodeado de formas de publicidad registrales o no. Por eso sólo necesita inscribir su título válido».

<sup>197</sup> Cfr., por todos, TROPLONG: *op. cit.*, pp. 356-357: «On peut encore opposer à celui qui invoque une transcription, qu'elle a été faite de mauvaise foi. Mais qu'entend-on ici par mauvaise foi? Hâtons-nous de dire que la simple connaissance d'une vente antérieure, non transcrite, ne constitue pas en état de mauvaise foi celui qui achète de nouveau le même immeuble [...]. Mais si le second acheteur avait participé à une fraude machinée par le vendeur, pour tromper le premier acheteur; si celui-ci avait été victime moins de sa négligence que d'une manoeuvre concertée par le vendeur, de complicité avec le second acheteur; dans ce cas, il serait impossible de laisser la transcription couvrir un acte de la plus insigne mauvaise foi».

<sup>198</sup> Cfr. MAZEAUD: *op. cit.*, pp. 586 y 591: «[...] il est, d'ailleurs, difficile —dice en la primera— de distinguer la fraude a la simple mauvaise foi», y lo desarrolla en la segunda: «Comment distinguer la fraude de la simple mauvaise foi du second acquéreur? Lorsque, connaissant la première vente et l'absence de publicité, le second acquéreur a consenti à acquérir, il a connu, tout aussi bien que le vendeur, le préjudice que son acte était susceptible de causer à l'acheteur premier en date; l'acte est passé en fraude des droits de cet acheteur. On n'est donc pas étonné de constater que plusieurs décisions [de la jurisprudencia francesa] qualifient fraude la simple connaissance du titre antérieur».

ción del principio de inoponibilidad registral, nuestro argumento ahora va a limitarse escuetamente en este primer paso al núcleo de la razón esgrimida. El dato de que el modelo francés prescindiera de la buena fe del adquirente: ¿obliga por sí mismo, y sin más, a entender que nuestro legislador prescindió igualmente de él <sup>199</sup>? La respuesta tiene que ser negativa. No sólo porque, en general, la inspiración en modelos y precedentes determinados no impone la necesidad de su exacta reproducción, sino, además, porque concretamente nos consta la ponderación y creatividad con que los autores de la Ley Hipotecaria procedieron en la edificación de nuestro sistema registral <sup>200</sup>. Que en materia de buena fe se apartaron del modelo francés consta positivamente por las reiteradas referencias que a ella se hacen en la Exposición de Motivos de 1861, y, lo que más importa, por la indicación de su necesidad en el preciso punto de la protección del comprador posterior que se adelanta a inscribir frente al anterior que no lo hizo <sup>201</sup>. Ante afirmaciones tan claras y repetidas, supuesta la libertad de modificación del sistema seguido, y constando el propósito de los autores del nuestro de adaptar su obra a nuestro estilo y tradiciones, poco puede decidir el hecho de que los más señalados exponentes del sistema latino prescindan de la buena fe del tercero que inscribe. Mucho menos, cuando nuestro legislador estaba actuando con criterio propio en tema tan próximo con el que aquí tratamos como el relativo al sistema transmisivo de los derechos reales. Mientras Francia se ufanaba de haber llevado a su Código el sistema racional e ilustrado de la transmisión pura-

<sup>199</sup> Parece suponerlo así la argumentación de CARRETERO: *Retornos...*, II, pp. 126-132.

<sup>200</sup> Nos referimos a ello en nuestro trabajo *La peculiaridad de nuestro sistema hipotecario...*, *passim*; baste ahora recoger el significativo testimonio de NÚÑEZ LAGOS: *El Registro de la Propiedad español*, cit., p. 141: «Presididos por Cortina, los autores de la Ley fueron un romanista —Gómez de la Serna— y un historiador —Cárdenas—. Acaso aquí resida el éxito de un sistema germánico en suelo latino: hubo un tupido filtro a través de un fuerte espíritu nacional».

<sup>201</sup> A muchos de esos textos de la Exposición de Motivos de 1861 nos referimos en *La peculiaridad...*, cit., pp. 33-38. Aquí nos vamos a limitar a reproducir uno: «En el interés de los que adquieren un derecho está la adopción de las medidas necesarias para que no sea ilusorio: al que se descuida le debe perjudicar su negligencia, pero sólo cuando ésta haya inducido por error a otro a contraer acerca de la misma cosa que dejó de inscribirse oportunamente. Fundada en estos principios, la Comisión ha formulado un artículo en que se establece que, inscrito en el Registro cualquier título traslativo de dominio, no puede inscribirse ningún otro de fecha anterior por el cual se transmita o grave la propiedad del mismo inmueble. El que deja de inscribir el contrato anterior y da lugar a que el segundo se celebre e inscriba, no puede quejarse: la Ley presume que renuncia a su derecho en concurrencia con un tercero: éste no debe por la incuria ajena ser perjudicado, perdiendo la cosa comprada, o minorándose su valor por cargas reales que no pudo conocer oportunamente» (cva. n.). Sobre este mismo punto, y, más ampliamente, sobre la percepción de la buena fe como condición de protegibilidad en la doctrina simultánea al proceso de elaboración de la Ley Hipotecaria y en su debate parlamentario, vid. AMORÓS: *La buena fe...*, cit., pp. 1560-1574.

mente consensual, nuestro legislador se mantiene fiel al clásico y tradicional del título y el modo; lo que, en orden al problema que aquí examinamos, justifica ya por sí mismo que, reconocida una mayor beligerancia a la posesión en el conflicto provocado por la doble venta, mayor haya de ser también la atención que en él se preste a la buena fe de los compradores en liza. En definitiva, pues, que el sistema latino prescinde de la buena fe del comprador que inscribe; pero que ello en nada fuerza a que lo mismo tenga que ocurrir necesariamente en nuestro Derecho. Por el contrario, en él todo habla a favor de la necesidad de este requisito.

b) No obstante la claridad y reiteración de las referencias a la buena fe como condición de protegibilidad registral en la Exposición de Motivos de 1861 y en la explicación de la Ley por sus principales autores, los dualistas radicales, obstinados en el apriorismo de su necesaria exclusión, terminan por despeñarse en afirmaciones tan palmariamente gratuitas como fácilmente refutables. Las referencias a la buena fe en la Exposición de Motivos –dicen– nada probarían por sí mismas; semejantes a ellas podrían encontrarse otras tantas en los autores franceses e italianos, sin que ello desmienta la realidad de un sistema de protección registral al adquirente que inscribe sin supeditación a su desconocimiento de la adquisición anterior no inscrita <sup>202</sup>. Lo que, por encima de tales genéricas referencias debe contar –dice Núñez Lagos– es que el silencio del originario artículo 23 de la Ley Hipotecaria acerca de la buena fe debe interpretarse, no como inadvertida laguna sino como testimonio y prueba de su deliberada y consciente exclusión. Serna, buen conocedor del sistema belga y de las razones que en él se habían esgrimido para no hacer depender la protección registral de la buena fe del adquirente que inscribe, habría trasladado a nuestra Ley ese mismo criterio de solución <sup>203</sup>. Para Carretero, por su parte, la mala fe que a nuestro legislador preocupaba y pretendió excluir, no fue la del adquirente que con conocimiento de la trans-

---

<sup>202</sup> Cfr. CARRETERO: *Retornos...*, II, p. esp., 128: «Las frases de la Exposición de Motivos y de Gómez de la Serna no deben impresionarnos, porque otras muy semejantes se encuentran prodigadas en los tratadistas franceses e italianos cuando tratan de encontrar el fundamento y justificación de la prevalencia del primer transcribiente, sin que esas frases enturbien lo más mínimo las afirmaciones expresas, claras e indiscutidas de que el tercero latino no requiere la buena fe en el sentido de desconocimiento de la anterior transmisión».

<sup>203</sup> NÚÑEZ LAGOS: *El Registro...*, cit., pp. 239-240: «Por otra parte, los redactores de la Ley Hipotecaria, al redactar el artículo 32, no solamente prescindieron, sino que teniendo en cuenta, lo rechazaron, del requisito de la buena fe.

En efecto, tuvieron de modelo el artículo 1.º de la Ley belga de 1851, cuya génesis y antecedentes conocía maravillosamente Gómez de la Serna. El tercero, según la Ley belga, debe haber contratado *sin fraude*. Estas palabras no existían en la redacción primitiva del



misión anterior se adelanta a inscribir la suya, sino la del primer adquirente que mantiene en la clandestinidad su derecho para sacarlo posteriormente a la luz en connivencia dolosa con el vendedor cuando ambos se encuentran en situación de insolvencia <sup>204</sup>.

Ninguna de estas afirmaciones –así es forzoso decirlo– resiste el más mínimo análisis. Y no solamente porque la reiteración y evidencia con que en la Exposición de Motivos se exige la buena fe del adquirente que inscribe constituyen un dato que insoslayablemente se impone al intérprete, sino porque una y otra encuentran su inequívoco y contundente desmentido en los comentarios de Gómez de la Serna. Baste repetir contra la gratuita afirmación de Núñez Lagos <sup>205</sup> el categórico testimonio del más autorizado comentarista de la Ley Hipotecaria; el mismo, además, que según Núñez Lagos, habría decidido la exclusión del requisito de la buena fe: *no hay un solo artículo en la Ley que favorezca al adquirente de mala fe* <sup>206</sup>. Ninguno; tampoco, por tanto, el originario 23, actual artículo 32, cuyo silencio, muy en contra de lo aventurado por Núñez Lagos, debe ser interpretado precisamente en sentido contrario: se omite la referencia negativa al fraude porque positivamente se exige la buena fe del adquirente que inscribe: *sólo el adquirente de buena fe –dice Serna– puede obtener victoria contra el dueño cuando éste dejó de inscribir oportunamente su título de propiedad, dando lugar a que aquél se anticipase a inscribir el*

---

proyecto. Fueron introducidas por el Parlamento a consecuencia de la discusión tenida por M. Jullien con el Ministro de Justicia.

Pero el mejor comentarista de la Ley belga, Marton, tan conocido de Gómez de la Serna (ob. cit., tomo I, p. 85), criticó la innovación diciendo:

“Este sistema –sin fraude– *no está en armonía con los principios de la ley nueva*. Fundado sobre una base errónea, recela peligros que la práctica no tardará en hacer sensibles. Se dirá que es preciso evitar que un adquirente de buena fe sea eviccionado por un adquirente posterior obrando en complicidad con el vendedor. Mas ¿qué es lo que impide al primer adquirente ponerse en regla? La formalidad que le está prescrita está dictada por un interés de orden público. Si él la ha omitido, ¿a quién se puede quejar sino a él mismo? Evidentemente es su negligencia la que le habrá comprometido, no la severidad de la Ley. La seguridad de los terceros ¿puede ser completa en un sistema en el que sufren los efectos de actos no transcritos porque se declare, más o menos arbitrariamente, que aquellos terceros los han conocido? [...]. No hay fraude en aprovecharse de una ventaja ofrecida por la Ley, y es el primer adquirente quien debe imputarse a sí mismo, al no transcribir su título, no haber usado de una diligencia igual a la del adquirente posterior”.

Ante estos y otros razonamientos, la Comisión que redactó la primitiva Ley española prescindió, *a sabiendas y con deliberada intención*, de la frase “sin fraude” de su modelo, la Ley belga [...]» (cva. del a.).

<sup>204</sup> CARRETERO: *Los principios hipotecarios...*, cit., p. 38: «La mala fe que preocupaba en 1861 era la del primer comprador que guarda su título para sacarlo a relucir después de la segunda venta, cuando él y su vendedor están en situación de insolvencia».

<sup>205</sup> Una crítica a ella, en la reseña dedicada al estudio «El Registro de la Propiedad español» por Alberto BALLARÍN, en el *ADC*, 1949, pp. 676 ss., esp. pp. 682-686.

<sup>206</sup> GÓMEZ DE LA SERNA: *op. cit.*, p. 634.

*suyo*<sup>207</sup>. Y en cuanto a la tesis de Carretero sea suficiente indicar dos cosas: primero, que la preocupación del legislador por la ocultación dolosa de la primera adquisición, si a alguna parte debería llegar sería al establecimiento de la inscripción constitutiva: justo el extremo que nuestra Ley excluyó velando por la buena fe que entre sí se deben las partes contratantes y atendiendo a la función publicadora y *quoad tertios* de la publicidad registral<sup>208</sup>. Rechazado el valor constitutivo de la inscripción, y admitida, por consiguiente, la transmisión extra-registral de los derechos reales inmobiliarios, la única preocupación a la que hay que atender desde el punto de vista de la protección y aseguramiento del tráfico, es la referida a la adquisición de los derechos no inscritos; y, respecto a ella, la buena fe que interesa, en la perspectiva del artículo 32 o, lo que es lo mismo, de la doble venta, es la del adquirente posterior que inscribe. También en este punto el testimonio de Gómez de la Serna es contundente. Su lugar principal, el comentario al artículo 27: si el notario y testigos, no siendo en realidad «partes contratantes», tampoco van a entrar en el concepto del «tercero» registralmente protegible, es porque su conocimiento de la transmisión todavía no inscrita les impide ser protegidos al inscribir ellos a su favor otra posterior y en colisión con aquella: *No tiene buena fe*—dice Serna<sup>209</sup>— *el que habiendo presenciado el acto o contrato en virtud del cual uno se ha desprendido del dominio de la cosa, y sabiendo, por tanto, de ciencia propia, que corresponde al que delante de él la adquirió, la compra, o por cualquier otra clase de contrato la obtiene del antiguo dueño, con pleno conocimiento de que no lo es, y aprovechándose del descuido que tal vez tenga el primer adquirente en hacer la inscripción, se apresura a llevar la suya al Registro... Favorecer esta adquisición tan de mala fe en perjuicio del que adquirió la misma cosa con buena fe, no sería moral ni justo*. Es que en materia de protección registral y de condiciones de la misma, puede concluirse con Serna<sup>210</sup>: *En una palabra, lo que establece la Ley es que aquello que por no estar inscrito no es conocido por el adquirente, no le perjudique. ¿Puede*

---

<sup>207</sup> GÓMEZ DE LA SERNA: *op. cit.*, p. 635.

<sup>208</sup> Cfr. EM 1861, p. 236: «La Comisión ha considerado ante todo en la cuestión propuesta los principios de justicia; no ha creído que con arreglo a ellos, cuando dos contratan y los dos faltan al requisito de la inscripción deba ser de mejor condición el que burlando su solemne compromiso, se niega a cumplir el contrato celebrado o pide su nulidad, fundándose en un defecto de forma, y faltando a la buena fe, a la lealtad que se deben los contrayentes; buena fe que, en lugar de debilitarla, debe procurar el legislador favorecerla, en cuanto alcance».

<sup>209</sup> SERNA: *op. cit.*, p. 587.

<sup>210</sup> SERNA: *op. cit.*, p. 635.

dudarse, a la vista de estos textos, que las referencias de la Exposición de Motivos a la buena fe son más que expresiones vacías, y que su objeto es el desconocimiento de la transmisión anterior por parte del tercero que inscribe la suya?

c) Una tercera forma de argumentar la innecesariedad de la buena fe en el tercero del artículo 32 de la Ley Hipotecaria ha consistido en la afirmación de que el sistema de la publicidad registral excluye la admisibilidad de la prueba del conocimiento extraregistral de los derechos inscribibles. Así como la inscripción de los derechos reales, al fundamentar su cognoscibilidad legal, permite la presunción *juris et de jure* de su conocimiento, su no inscripción fundamentaría una presunción –también *juris et de jure*– de efectivo desconocimiento de los mismos <sup>211</sup>. Así lo exige –se dice– la solidez y eficacia de la función aseguradora del Registro, cuya efectividad resultaría mortalmente debilitada si entre los eslabones de acero que vendrían a ser la escritura pública y la inscripción registral, se admitiere como elemento de engarce el debilísimo eslabón de una buena fe sometida en su comprobación y negación a cualquier medio de prueba <sup>212</sup>. El artículo 225 de la Ley, al establecer que la libertad o gravamen de los bienes inmuebles o derechos reales sólo podrán acreditarse en perjuicio de tercero por certificación del Registro, constituiría la prueba legal de lo dicho: «al tercero solamente le perjudica el conocimiento que pueda tener a través de la certificación del Registro» <sup>213</sup>.

Es muy claro que quienes así interpretan nuestro sistema registral, no lo entienden como lo concibieron sus propios autores. Desde luego no estuvo en la mente de éstos esa presunción *juris et de jure* de desconocimiento de lo no inscrito, cuyo desmentido, por el contrario, sí que se encuentra expresamente formulado en los comentarios de Gómez de la Serna: *La ficción de la Ley que supo-*

<sup>211</sup> Cfr. CARRETERO: *Retornos...*, II, p. 131: «En definitiva, todas las legislaciones latinas han partido de una protección enérgica al tercero inscrito que le dejase a salvo de peligrosas e inciertas pruebas sobre hechos psicológicos. Es un caso más del paso de la presunción *juris tantum* a la presunción *juris et de jure*, allí donde el juego de intereses presenta la gravedad suficiente como para que el principio de seguridad jurídica prevalezca sobre el de aparente justicia intrínseca».

<sup>212</sup> CARRETERO: *Los principios hipotecarios...*, cit., p. 39: «Ninguna legislación pretende proteger al tercero de mala fe. Pero todas pretenden proteger al de buena fe, con tal intensidad y fervor que para dejarle indemne de una eventual prueba amañada de mala fe llegan a proteger al tercero registral de mala fe [...]. Ninguna cadena es más fuerte que su eslabón más débil, y silencian cautelosamente los enemigos de la inoponibilidad absoluta, sin consideración al estado psicológico del tercero, que al exigir el requisito extraregistral de la buena fe, la contienda judicial tiene entre los fuertes eslabones de la escritura pública y la inscripción registral, y disimulado entre ellos, un eslabón inseguro, blando, casi de cartón: la prueba libre, incluso testifical, de la buena o mala fe del tercero».

<sup>213</sup> Así, GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, pp. 205 y, antes, 191-192.

*ne que el tercero ignora lo que no consta en el Registro* —dice<sup>214</sup>— *no puede ir tan allá que se ponga contra la realidad demostrada de las cosas*. Esta afirmación basta por sí sola para retornar a la buena fe del tercero que inscribe y reconocerle la significación que constantemente le atribuyen los textos de la Exposición de Motivos de 1861. Pero es que, además, tal presunción tampoco sería deseable: el mero y tosco automatismo de la prioridad en la inscripción, cuando ésta se produce a sabiendas de que el derecho inscrito se adquiere de quien ya lo perdió, choca contra la Moral y el Derecho<sup>215</sup>. Lo vimos ya en De la Serna: *Favorecer esta adquisición tan de mala fe [...] no sería moral ni justo*<sup>216</sup>. ¿Que debilita la eficacia protectora de la inscripción? Mejor que debilitarla, la aquilata y pondera al supeditarla a la buena fe del adquirente que inscribe, y ello, sin merma de la función aseguradora del tráfico que el Registro asume como propia, ya que, obviamente, mientras la inscripción obtenida sin buena fe no haya sido objeto de contradicción registral —y a salvo, en su caso, lo ordenado en el artículo 207 LH— provocará a favor de terceros los efectos propios de la fe pública registral. Finalmente, deberá tenerse en cuenta que, en los términos absolutos en que se la propone, la presunción *juris et de jure* de desconocimiento de lo no inscrito choca frontalmente con el requisito legal de la buena fe en el ámbito de la fe pública registral; que la disposición contenida en el artículo 225 de la Ley Hipotecaria, a pesar de su rigor literal, no puede ser entendida en forma que la ponga en contradicción con el dato legal cierto de la posible existencia y efectividad de derechos reales no inscritos; y, por último, que la pretendida presunción que aquí estamos combatiendo, sólo —si existiera— debería comenzar a actuar a partir de la registración de la finca objeto del derecho a que se refiriera y como medida de favorecimiento de la información que sobre ella publicara el Registro; no, en cambio, cuando todavía no hay dato registral cuya exactitud y vigencia pudiera ser desmentida por la reali-

<sup>214</sup> SERNA: *op. cit.*, p. 600; ídem: pp. 587-588: «[...] no puede decir el que ha presenciado un acto o contrato para corroborarlo con su testimonio, o para autorizarlo con la fe pública de que es depositario, que no tenía conocimiento de él porque no estaba en el Registro: esto sería sobreponer a la verdad, que aparece de un modo evidente y claro en una escritura pública, la ficción de la Ley, que supone que no se tiene conocimiento de lo que no consta en el Registro».

<sup>215</sup> Aunque disintiendo de su concepción monista, tenemos que estar aquí de acuerdo con ROCA SASTRE: *El problema de la relación...*, cit., p. 814: «La posición de los sistemas de transcripción carece en absoluto de consistencia, por ser sólo producto de una aplicación ciega del mecanismo de la prioridad en ocupar el puesto registral entre dos o más títulos incompatibles referidos a una misma finca o derecho real, exagerando la regla *prior tempore potior jure*, sin amansarla por la buena fe».

<sup>216</sup> SERNA: *op. cit.*, p. 587.

dad extra-registral, y ésa es precisamente la situación cuando inscribe el tercero de cuya buena fe aquí estamos tratando.

d) También es detectable en nuestra doctrina una línea de ataque al requisito de la buena fe que deriva ya casi en terrenos de la ironía: en la defensa a ultranza de la buena fe habría cierto ingrediente «sentimentalista»<sup>217</sup>, y en su resultado, el absurdo de entender que, al exigirla, sólo nuestro sistema de protección registral escaparía a la tacha de injustos merecida por todos los demás al prescindir de ella<sup>218</sup>.

A nosotros nos cuesta entender que la exigencia de la buena fe pueda considerarse debilidad o exceso sentimentalista, y que su carga moral recomiende camuflarla bajo alguna expresión más aséptica<sup>219</sup>. El Derecho, sin confundirse con la Moral, tampoco puede ponerse en colisión con las percepciones más intuitivas y elementales de ésta. Preferimos, como más atinada, la actitud de quien elogia como «moralizador» al sistema registral que concede valor decisivo a la buena fe<sup>220</sup>, a la de quienes prescinden de ella tildándola de desvarío sentimentalista o cuestión de moralidad ajena al Derecho.

¿Que, al exigirla, únicamente nuestro sistema obtiene una justa fórmula de protección registral? Mejor que mejor. ¿Por qué vamos a rechazar la posibilidad de que nuestro peculiar sistema hipotecario conduzca a soluciones mejores que las de sus modelos? ¿Por qué razón tendríamos nosotros que haber seguido el modelo germánico de la inscripción constitutiva, cuando la publicidad es cuestión que interesa a los terceros y en el ámbito *inter partes* puede llevar, según razonaba la Exposición de Motivos, a maniobras contrarias a la buena fe? Y, adoptada la fórmula de la inscripción publicadora, ¿qué impedía que la inoponibilidad consiguiente

<sup>217</sup> Vid. CARRETERO: *Los principios...*, cit., p. 38: «Amorós, en plena vertiente sentimentalista (de la que habla López De Zavalía), cree que ni jurídica ni éticamente tiene hoy sentido, entre nosotros, que una persona quede inmune frente a derechos que conoce sólo porque sus titulares no hayan cumplido una formalidad estatal».

<sup>218</sup> CARRETERO: *op. cit.*, p. 39: «Creemos que si Amorós y la doctrina dominante española tuviesen razón, Alemania, Francia, Italia, etc., tendrían montado su Derecho inmobiliario sobre una colosal injusticia».

<sup>219</sup> Vid. GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, p. 187: «Desde luego que para tratar el requisito de la buena fe sin prejuicios, lo primero que debería hacerse es *cambiar de nombre dicho requisito*, y en lugar de denominarlo «buena fe», llamarlo *requisito del desconocimiento de otros títulos no inscritos*. Al menos por unos momentos, mientras es objeto de estudio y meditación. La terminología «buena fe» tiene una carga psicológica de cuestión de moralidad o inmoralidad, que no deja ver el bosque de problemas que se plantean a este propósito en el campo jurídico [...]».

<sup>220</sup> Es el caso de JERÓNIMO GONZÁLEZ al enjuiciar el sistema registral suizo. Cfr. al respecto, GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J.: *El Código Civil suizo*, «Estudios de Derecho Hipotecario (Orígenes, sistemas y fuentes)», Madrid 1924, p. 152: «Y, por último, es moralizador y social en el noble sentido de la palabra, por el valor decisivo que concede a la buena fe [...]».

a su omisión se aquilatara limitándola a los terceros desconocedores del derecho no inscrito? Al concebir y alumbrar esta fórmula de protección registral, nuestro legislador supo atemperar los excesos y limar las aristas del modelo latino, estableció un criterio de solución adaptable a la justicia del caso <sup>221</sup>, evitó a nuestra jurisprudencia, —aunque no la de aclararlo, dado el laconismo del artículo 32— sí la necesidad de corregirlo en que se vio respecto al suyo la jurisprudencia francesa <sup>222</sup> y, finalmente, conjugó con acierto el fomento de la publicidad al servicio de su función aseguradora del tráfico con las exigencias de la justicia limitando las ventajas de aquella a quienes realmente las merecen. En nuestro Derecho no es difícil explicar la protección del comprador posterior que se adelanta en la inscripción, sin tener que cerrar violentamente los ojos a la realidad de la adquisición anterior no inscrita y, gracias a la buena fe, sin tener que hacerlo a costa de una flagrante inmoralidad ante la que no quedaría sino la frívola y tan socorrida salida del «eso es otra historia» <sup>223</sup>.

Terminamos. En la solución histórica y tradicional al conflicto de la doble venta, la Ley *Quotiens* exigió la buena fe del segundo comprador para que su adquisición prevaleciera contra la del anterior. Esta exigencia se mantuvo en del Derecho Común e Intermedio y concretamente en Francia hasta la Ley de la Transcripción <sup>224</sup>. Será entonces cuando, al interferir la publicidad en el proceso de la transmisión negocial *inter vivos*, desdoblándolo según se la considere en la relación *inter partes* —donde basta el contrato— o frente a terceros —donde decide la inscripción—, será entonces, decíamos,

<sup>221</sup> Lo contrario de lo que resultaría de la exclusión de la buena fe. Cfr., al respecto CARRETERO: *op. cit.*, p. 39: «Ninguna legislación pretende proteger al tercero de mala fe. Pero todas pretenden proteger al de buena fe, con tal intensidad y fervor que para dejarle indemne de una eventual prueba amañada de mala fe llegan a proteger al tercero registral de mala fe. La protección de éste es un efecto reflejo (no directamente querido) de la protección a ultranza del tercero de buena fe».

<sup>222</sup> Cfr. MAZEAUD: *op. cit.*, pp. 590-592; MARTY-RAYNAUD-JESTAZ: *Droit Civil. Les sûretés. La publicité foncier*, 2.<sup>o</sup> ed. Paris 1987, pp. 536-537; TENDLER: *La publicité foncière française face à l'harmonisation européenne*. La semaine Juridique, 1991, núms. 51-52, doctrine, p. 399.

<sup>223</sup> Vid. FERRI: *op. cit.*, p. 48: «Per quanto riguarda in particolare i fatti illeciti [...], non vediamo come possa considerarsi ingiusta la prevalenza del secondo acquirente la quale è prevista nella legge stessa. Potrà essere iniqua o immorale: ma questo è un altro discorso».

<sup>224</sup> Cfr. al respecto, POTHIER: *Oeuvres de POTHIER*, III, 1847. Reimp. Schmidt, Periodicals GMBH, 1993, III, p. 132: «De là il suit que si le propriétaire d'une chose, après l'avoir vendue à un premier acheteur sans le lui livrer, avait la mauvaise foi de la vendre et livrer à un second, ce serait à ce second acheteur que la propriété serait transférée: L. Quotiens, 5. Cod. de Rei vindic. Le premier n'aurait qu'une action personnelle contre le vendeur pour ses dommages et intérêts résultant de l'inexécution du contrat; et il ne pourrait la répeler contre le second acheteur qui l'aurait achetée de bone foi, *in scius prioris venditionis*».

cuando se considere posible la preferencia del segundo comprador que se adelanta a inscribir, y la fundamentación autónoma de su adquisición, sin el auxilio de su buena fe. Pero ni la propiedad es un derecho relativo, ni la realidad de su transmisión puede desdoblarse. Transmitida una vez, no puede ser transmitida de nuevo en ámbito diferente. De ahí que si el segundo comprador merece ser considerado dueño no es porque en realidad haya adquirido regularmente del vendedor sucesivo, sino porque otras consideraciones de equitativa y ponderada justicia así lo justifican. Concretamente: la ponderación de su buena fe frente al descuido del primer comprador que le permitió poder desconocer la realidad de su adquisición y la pérdida de su condición de dueño por parte del vendedor. La instauración de la publicidad registral introduce en el entramado de este conflicto la única novedad de que el indicado descuido del primer comprador se materializa y concreta en la omisión de la inscripción que daría a su adquisición la publicidad reclamada por la seguridad del tráfico. Los demás ingredientes de su solución —concretamente, el requisito de la buena fe— no necesitan ser alterados. Producida extra-registralmente la transmisión de la propiedad, el tercero que la conoce, aun sin estar publicada, debe respetarla. En consecuencia, el segundo comprador que se adelanta a inscribir sólo merece ser considerado dueño en perjuicio del anterior, cuando al adquirir ignoraba la anterior transmisión a favor de éste; lo que es lo mismo: cuando adquirió de buena fe. Otra cosa es permitir que la inscripción sirva de parapeto y defensa del despojo ajeno. Así entendió Cárdenas el problema cuando todavía no podía encontrar inspiración para resolverlo en la francesa Ley sobre la Transcripción, y así pasó a nuestro Derecho la forma de su tratamiento: evitando el automatismo del principio de inoponibilidad de lo no inscrito cuando el adquirente anterior que no inscribió *pruebe que el adquirente que la tomó [la inscripción] tenía conocimiento de la enajenación primitiva, y había por lo tanto participado del fraude de su causante* <sup>225</sup>. Sin necesidad de distinguir entre ausencia de buena fe y fraude, o implicado el fraude en la mala fe, el simple conocimiento de la transmisión anterior descalifica al segundo comprador que inscribe. En la cercanía de los hechos y desde la inmediata percepción de la justicia, la jurisprudencia ha sido aquí el más fiel intérprete de nuestro Derecho.

Muchas son las cuestiones que la buena fe puede plantear en su aplicación a la protección registral. Las trataremos, D. v., al ocuparnos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Aquí sólo hemos

---

<sup>225</sup> CÁRDENAS: *Vicios y defectos...*, cit., p. 39.

pretendido argumentar su inclusión entre los requisitos exigidos para la protección del tercero en el artículo 32.

3. También el requisito de la onerosidad en la adquisición se presenta en nuestra doctrina como una cuestión polémica, aunque su discusión y argumentación no ha sido tan empeñada como la concerniente a la buena fe. El problema, acaso por la menor frecuencia de su aparición en la realidad de los casos, ha preocupado menos, y el tono <sup>226</sup> o los detalles <sup>227</sup> de su solución se mantienen a veces en el terreno de lo no definitivamente decidido, por dudoso y discutible.

La discusión consiste ahora en determinar si al tercero registralmente protegido por la vía del artículo 32 de la Ley Hipotecaria le basta simplemente con haber inscrito su adquisición, sea ésta onerosa o gratuita, o si, excluida la adquisición gratuita, necesita haber adquirido por título oneroso. El silencio del artículo 32 al respecto, más que resolver en sentido favorable a la indiferencia del carácter de la adquisición protegible, es el que suscita el problema, dejándolo sin respuesta en terrenos donde es posible la duda. Por varias razones: porque el simple silencio de la Ley —aquí como en lo relativo a la buena fe, según acabamos de ver— nada significa por sí mismo; porque el artículo 32 aparece en nuestro Derecho como la versión o el duplicado registral del 1473, II del

---

<sup>226</sup> Vid. DÍEZ-PICAZO: *Fundamentos...*, cit., p. 474: «Sin embargo, así como en materia de buena fe, ésta resulta inducida de la totalidad del sistema, la falta de protección del tercer adquirente a título gratuito frente al titular no inscrito, no se ve ninguna razón especial para que resulte implícitamente. Más aún, si se tiene en cuenta que en aquellos casos en que la ley ha considerado necesario introducir la onerosidad como presupuesto de la protección registral lo ha hecho de una manera expresa [...]. La tesis según la cual el artículo 32 protege a los adquirentes sin necesidad de que su título sea oneroso recibe un cierto refuerzo en virtud de la consideración [...] de que la constitución de la hipoteca puede no obedecer a un título estrictamente oneroso y, sin embargo, no cabe la menor duda de que la protección del adquirente de la hipoteca ha sido siempre una de las finalidades esenciales del artículo 32»; MIQUEL: *El Registro inmobiliario y la adquisición de la propiedad*, Revista de Derecho Patrimonial, 1998, núm. 1, p. 58: «Aunque aquí el tema no es tan claro, se puede convenir en que la exigencia de título oneroso es adecuada a la idea de protección de la confianza y toma en cuenta la forma en que dicha confianza se invierte, es decir las consecuencias que tendría la frustración de la confianza para quien actuó conforme a ella».

<sup>227</sup> Vid. AMORÓS: *Comentarios...*, cit., pp. 297-298: «Este planteamiento puede parecerse inicialmente válido y razonable. Pero la complejidad de casos que pueden entrar en la norma que comentamos, aconseja matizar un poco más la respuesta, analizando por separado los siguientes supuestos: [...] 3) El adquirente inscrito lo es a título gratuito y el no inscrito a título oneroso [...]. Aquí la cuestión es más dudosa [...]. No veo clara la aplicación analógica a este caso de la solución recogida en el artículo 34.3. De admitirse esa analogía, el adquirente a título gratuito no tendría más protección que la de su causante, a estos efectos es como si no fuera tercero, y frente a él sería válida y cronológicamente preferente la compra anterior. Me inclino a pensar que las cosas no deben ser así y que, a pesar de ser adquirente gratuito, el inscribiente debe ser preferido a quien no inscribió. Si no tenía conocimiento de ese acto previo que, según la regla general, no debe perjudicarle. Aunque el tema me sigue pareciendo dudoso por la distinta naturaleza de los intereses en pugna».



Código Civil, en el cual, obviamente, la adquisición auxiliada por la inscripción registral es una adquisición onerosa, y porque en nuestro ordenamiento de la publicidad registral inmobiliaria la onerosidad está expresamente elevada a condición de protegibilidad en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria. ¿Deberá entonces ser integrado el 32 entendiendo necesario en él que la adquisición inscrita sea una adquisición onerosa?

Si, una vez planteado el problema, tratamos de orientarnos para encontrar su solución atendiendo al Derecho comparado, pronto comprobaremos que tampoco en él podremos contar con elementos decisivos. Es cierto y muy claro que el carácter gratuito de la adquisición no es obstáculo alguno a la virtud protectora del Registro ni en Alemania <sup>228</sup> ni en Suiza <sup>229</sup>. Pero el dato dice poco a la solución de nuestro problema: el carácter constitutivo que a la inscripción registral se asigna en los Registros «germánicos», hace que en sus respectivos ordenamientos sea imposible el conflicto de adquisiciones extra-registrales que en el nuestro resuelve el artículo 32 de la Ley Hipotecaria en favor de la primera que se lleva al Registro. Por otra parte, el correctivo alemán a la protección de la adquisición gratuita (§ 816 BGB) deja en el intérprete la sensación de que en tal Derecho, dicha protección, más que pretendida y querida en sí misma, termina por ser algo impuesto como indeseada pero inevitable consecuencia de los presupuestos del sistema, forzado en este punto a desviarse de su precedente prusiano <sup>230</sup>.

<sup>228</sup> Cfr. por todos, WOLFF-RAISER: *Derecho de Cosas*, «Tratado de Derecho Civil», ENNECERUS-KIPP-WOLFF, III, 3.<sup>a</sup> ed., Barcelona 1971., I, p. 276: «El anterior derecho prusiano con razón sólo protegía al adquirente a título oneroso: el adquirente a título gratuito estaba en igual situación que el que ha obrado de mala fe. El C. c. ha rechazado este principio; la fe pública del registro ampara también al adquirente gratuito».

<sup>229</sup> Cfr. DESCHENAUX: *Le Registre foncier*, cit., p. 632: «Il s'agit avant tout –dice, refiriéndose al artículo 973 del Código Civil suizo– du transfert des immeubles ou de la constitution de droits réels limités sur un immeuble, moyennant inscription et sur la base d'un acte juridique. Peu importe la nature de cet acte, et si le titre d'acquisition est onéreux ou gratuit». Al respecto, en nuestra doctrina, SERRANO SERRANO: *El Registro de la Propiedad en el Código Civil Suizo*, Anales de la Universidad de Valladolid 1933-34, nn. p. 37.

<sup>230</sup> Vid., de nuevo, WOLFF-RAISER: *op. et loc. ant. cit.*: «Pero está obligado personalmente a devolver lo adquirido [el adquirente por título gratuito amparado por la fe del Registro], mientras que en la adquisición onerosa responde el que dispone y no el adquirente (§ 816)». En nuestra doctrina, se refiere a los presupuestos que en Derecho alemán llevan a la protección registral del donatario, ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, 7.<sup>a</sup> ed., Madrid 1979, p. 718, «Este criterio del Derecho alemán obedece principalmente a la consideración de que en las adquisiciones por negocio jurídico, el acuerdo real o negocio traslativo es de carácter abstracto y en el Registro no consta el negocio causal correspondiente» (cva. del a.); indica lo indeseado del resultado, CARRETERO: *Retornos ...*, cit., pp. 132-133: «Parte de la doctrina alemana se muestra partidaria del criterio del anterior Derecho prusiano, que es también el de nuestro artículo 34, de proteger solamente al adquirente a título oneroso, soslayando la dificultad de los negocios mixtos mediante una presunción de onerosidad. El distinto régimen de la acción de enriquecimiento injusto, según sea el adquirente a título

No siendo constitutiva la inscripción en nuestro Derecho, más interés podría tener para nosotros el dato «latino» comparado; pero, por su variabilidad <sup>231</sup>, tampoco es decisivo. Es verdad que en Italia siempre se extendió la protección registral al adquirente tanto por título oneroso como gratuito <sup>232</sup>, pero en el arquetípico modelo francés hay que esperar a 1935 para que el donatario y los legatarios particulares sean admitidos en el círculo de los terceros beneficiarios de la protección registral <sup>233</sup>. En 1855, la Ley de Transcripción, por regla general, los había dejado fuera <sup>234</sup>.

En consecuencia, pues: que la exigencia de onerosidad en el artículo 32 de nuestra Ley Hipotecaria se presenta como cuestión no legalmente resuelta, al menos de modo expreso y claro, y que el Derecho comparado da testimonio de la posibilidad de resolverla en uno u otro sentido. En la duda sobre la extensión del principio de inoponibilidad a las adquisiciones gratuitas —allí donde la cuestión puede plantearse, esto es: en los sistemas de inscripción no constitutiva— se ventila una cuestión de libre política del Derecho a

---

gratuito u oneroso, demuestra que la fe pública registral se hubiera limitado a las adquisiciones onerosas si no fuese por lo incierto e impreciso que es el límite entre ellas y las gratuitas».

<sup>231</sup> Forzoso es, a su vista, tener que disentir de CARRETERO: *Retornos...*, cit., p. 133: «Los sistemas latinos nunca han exigido este requisito a su tercero», dice, refiriéndose al requisito de la onerosidad.

<sup>232</sup> Vid. artículo 1942 del viejo *Codice* de 1865: «Le sentenze e gli atti enunciati nell'articolo 1932 sino a che non siano trascritti, non hanno alcun effetto riguardo ai terzi che a qualunque titolo hanno acquistato e legalmente conservato diritti sull'immobile [...]» y 2644 del vigente: «Gli atti enunciati nell'articolo precedente non hanno effetto riguardo ai terzi che a qualunque titolo hanno acquistato diritti sugli immobili in base a un atto trascritto o iscritto anteriormente alla trascrizione degli atti medesimi [...]». En la doctrina, FERRI: *op. cit.*, p. 156: «Non rileva poi la gratuità od onerosità dell'acquisto. Anche il donatario può eccepire il difetto di trascrizione di un acquisto a titolo oneroso».

<sup>233</sup> Cfr. MAZEAUD: *op. cit.*, p. 596: «Le décret-loi du 30 octobre 1935 —donc les dispositions ont été précisées par le décret de 1955—, en faisant du légataire particulier un tiers au sens du droit commun, a rapproché les effets de la publication des donations et les effets de la publication des autres actes. Avant 1935, le legs particulier n'était pas soumis à publicité; le légataire particulier, s'il était un tiers à l'égard d'une donation, ne l'était donc pas relativement aux actes visés par la loi de 1855. Le décret-loi de 1935, en soumettant les legs particuliers à publicité, a fait du légataire particulier un tiers au sens du droit commun de la publicité, et le décret de 1955 a expressément consacré cette solution». Sobre ello, en nuestra doctrina, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: «*El sistema registral francés*», RCDI, 1963, p. 771: «c») *No se requiere que la adquisición sea a título oneroso*. La transmisión no inscrita es inoponible incluso al adquirente del mismo inmueble por legado particular hecho por el causante en testamento posterior a la enajenación».

<sup>234</sup> Cfr. TROPLONG: *op. cit.*, pp. 312-316, esp., p. 314: «Et comme l'article 11 de notre loi [la Ley sobre la Transcripción, de 23 de marzo de 1855] déclare ne pas déroger aux dispositions du Code Napoléon sur la transcription des donations; comme, par conséquent, l'article 1072 subsiste dans toute sa force, malgré cette loi, ou, pour mieux dire, avec la volonté de cette loi, il s'ensuit qu'aujourd'hui, comme sous le pur empire du Code Napoléon, les donataires postérieurs ne sont pas reçus à se plaindre du défaut de transcription de la donation antérieure. On continue à suivre ici ces deux règles: 1.º *Potior tempore, potior jure*; 2.º Nul ne peut transmettre à autrui plus de droits qu'ils n'en a lui-même».

cuya solución pueden contribuir atendibles consideraciones de equidad <sup>235</sup>, pero nunca con el peso de las de índole jurídico-moral que, de una u otra forma, terminan por imponer el requisito de la buena fe.

Planteado así el problema, y a la vista de los datos ofrecidos por el Derecho comparado, ¿qué decir sobre el requisito de la onerosidad en el artículo 32 de nuestra Ley Hipotecaria? En la respuesta doctrinal a esta pregunta las cosas se presentan en forma sustancialmente idénticas a como las hemos visto en materia de buena fe. Aparte, naturalmente, el reconocimiento de su exigencia impuesto a los monistas por su interpretación de la relación existente entre los artículos 32 y 34 <sup>236</sup>, la opinión de los dualistas se encuentra dividida: frente a la negativa de los «radicales» en su empeño por contraponer y distanciar a los dos terceros protegidos por la publicidad registral <sup>237</sup>, la tesis de los «moderados» propugna su necesidad <sup>238</sup>, aunque no siempre con igual convicción ni con el carácter tan absoluto con que se defendió y sostuvo el requisito de la buena fe <sup>239</sup>. Pues bien, también aquí nosotros nos alineamos con los dualistas moderados, y, concretamente, con la opinión que entiende ser siempre necesaria la onerosidad en la adquisición protegida por el artículo 32 de la Ley Hipotecaria. Creemos que nuestro ordenamiento ofrece razones más que suficientes para adoptar esta postura, y que son muy frágiles, en cambio, las que en contrario se aducen.

La exigencia de la onerosidad en el artículo 32 se justifica positivamente si se entiende, de una parte, que la traída de este requisito, expresamente, a la Ley Hipotecaria en 1877 —como la posterior de la buena fe, de la que tampoco se hacía mención expresa en 1861— no vino a suponer cambio de criterio alguno, sino simple explicitación de lo que inicialmente ya sobreentendía la Ley <sup>240</sup>; y,

<sup>235</sup> «Partiendo de la razón de equidad en que se funda la exclusión de los adquirentes a título lucrativo [...], dice Sanz Fernández: *op. cit.*, p. 428.

<sup>236</sup> Cfr., por todos, ROCA SASTRE: *El problema...*, cit., pp. 825-826.

<sup>237</sup> Principalmente, los ya vistos: NÚÑEZ LAGOS: *El Registro de la Propiedad ...*, cit. pp. 238-239 y *Tercero y fraude...*, cit., pp. 597-598 y, especialmente 609-611; CARRETERO: *Retornos ...*, II, cit., pp. 132-133 y *Los principios hipotecarios ...*, cit., pp. 37-38, y GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, pp. 181 ss. Con anterioridad a ellos, MORELL: *Tercero ...*, cit., p. 24. Posteriormente, entre quienes se inclinan por la negación del requisito de la onerosidad en el artículo 32 LH, Díez-Picazo: *Fundamentos ...*, cit., pp. 473-474.

<sup>238</sup> Vid., como más significados, LACRUZ-SANCHO: *op. cit.*, pp. 191-192, y AMORÓS: *Comentarios...*, cit., pp. 297-298.

<sup>239</sup> Así ocurre en AMORÓS: *op. cit.*, p. 298, cuando se inclina, con dudas, a admitir la protección del donatario que inscribe contra el adquirente por título oneroso que no inscribió, y cuando concluye: «De donde resulta que también el adquirente gratuito puede resultar protegido a través del juego de los artículos 606 C. c. y 32 L. h.».

<sup>240</sup> Pueden aducirse a favor de esta opinión las palabras de Permanyer contestando a Marichalar en la discusión de la Ley ante el Congreso (cfr. *Leyes Hipotecarias y Registra-*

de otra, que aunque introducido concretamente en el artículo 34, el ámbito de su exigencia es co-extenso con el de la protección registral, e independiente, por tanto, de la distinta forma en que ésta se lleve a cabo. Ambas afirmaciones encuentran su fundamento en un mismo argumento: el requisito de la onerosidad responde a la razón de equidad que recomienda dar preferencia al que va a sufrir un daño frente al que sólo se propone un lucro; justo el principio que llevaba a Troplong a razonar la negación de la protección registral al adquirente gratuito en la Ley de Transcripción de 1855<sup>241</sup>, y que Gómez de la Serna veía aplicado en el artículo 37.2.º de nuestra Ley Hipotecaria<sup>242</sup>. A nadie se ocultará la importancia de esta doble cita. La primera demuestra a las claras que no hay relación de necesidad alguna que obligue a extender la fórmula latina de la protección registral a las adquisiciones gratuitas, y la segunda per-

---

*les de España. Fuentes y Evolución, I*, ICN de Resitradores de la Propiedad y Mercantiles de España, cit., p. 218: «El heredero que lo es por título gratuito es ciertamente digno de respeto; pero bajo el aspecto moral, por no decir económico, bajo el aspecto moral, de acuerdo en esta parte con el económico, el derecho del heredero adquirente por título gratuito no es tan recomendable como el del adquirente por título oneroso. Si pues un poseedor que lo es con justo título, que lo es a título oneroso, como lo será, si no en todos los casos, en la mayor parte de aquellos a que se refería la impugnación del Sr. Marichalar; si ese adquirente con justo título, a título oneroso y de buena fe se presenta delante de la ley enfrente de otro adquirente que lo fuera a título gratuito, por más sagrado que sea su derecho adquirido como heredero testamentario [...] yo apelo a los sentimientos, no sólo de los jurisconsultos, sino de los que no lo son, para que me ayuden a dar solución lógica y equitativa a ese problema, ¿puede hacer más la ley que optar por el que más se recomienda en el terreno de la moralidad y de la verdadera justicia?». Así, en la doctrina, aunque refiriendo el requisito de la onerosidad al artículo 34, ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario ...*, cit., p. 717: «En la Ley Hipotecaria de 1861, así como en la de 1869, el artículo 34 no distinguía entre terceros adquirentes a título oneroso y a título lucrativo, pero en el fondo en dichas dos primeras Leyes Hipotecarias, el carácter oneroso de la adquisición por el tercero protegido por el artículo 34 estaba implícito en ellas. Sin embargo, la Ley de 17 de julio de 1877 eliminó toda duda en este punto al exigir formalmente esta circunstancia» (cvas. del a.). La opinión contraria, en GALINDO y ESCOSURA: *Comentarios a la Legislación Hipotecaria de España y Ultramar, I*, 2.ª ed., Madrid 1890, p. 492, quienes consideran la introducción de la onerosidad en el texto de la Ley como «gravísima innovación»; NÚÑEZ LAGOS: *Tercero y fraude...*, cit., p. 609; SANZ FERNÁNDEZ: *Instituciones ...*, I, cit., p. 399.

<sup>241</sup> TROPLONG: *op. cit.*, p. 315: «Mais il est évident que, si le donataire est impuissant en face d'un donataire premier en date qui n'a pas transcrit, il est encore plus faible en présence d'un acheteur dont le titre n'a pas été publié; car entre deux contendants, dont l'un *certat de lucro captando*, tandis que l'autre *certat de damno vitando*, le litige n'est pas difficile à vider en faveur du second».

<sup>242</sup> SERNA: *op. cit.*, pp. 650-651: «4. Cuando la segunda enajenación haya sido hecha por título lucrativo.— [...] Fúndase la Ley en que en tal caso resultaría perjuicio considerable al que no teniendo ningún motivo para imaginar que la donación se hubiera hecho en fraude de acreedores, adquiera la finca donada en una segunda enajenación por la que hubiese hecho un desembolso equivalente a su valor. No sucede lo mismo con el segundo donatario que recibe la finca que se le dio al primero: ningún sacrificio hizo éste por su parte; y constituida la ley en la necesidad de optar entre uno de los dos medios, a saber, que quede él privado de la finca, o que los acreedores pierdan lo que se les debe, se ha decidido con sobrada justicia a favor de éstos. Ni es infrecuente en el derecho dar preferencia al que va a sufrir un daño sobre el que sólo se propone un lucro».

mite entender que, no obstante el silencio de los originarios artículos 23 y 34 de la Ley Hipotecaria, la exclusión de tales adquisiciones, ausente en la letra de la Ley, estaba en la mente de sus autores; apenas éstos se representaron concretamente el caso, dejaron constancia del sentido y fundamento de su solución.

Pero la indicada situación de silencio legal ya pasó. Primero, por la introducción del requisito en la reforma de 17 de julio de 1877; después, por su ratificación en la de 1944-46. La exigencia de la onerosidad está ya expresamente impuesta en la Ley, aunque se nos podrá objetar: ¿con carácter general, o ceñida sólo al ámbito del precepto que la formula, esto es: al de la fe pública registral? Lo que así se plantea no es más que el problema sobre la posibilidad de la analogía entre los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria, y en su solución, a nuestro juicio, hay que distinguir. Entre los indicados preceptos hay puntos de identidad y puntos de contraste. Uno y otro amparan al adquirente que inscribe, pero cada uno lo hace con fórmula propia e inspirada en supuestos y razones distintas. El primero, atendiendo a la prioridad en la inscripción, hace prevalecer el título inscrito sobre el que no se inscribió; el segundo, atendiendo al dato de la previa inscripción, protege a quien adquiere confiando en ella y a su vez inscribe. Es claro que entre ambas fórmulas hay elementos diferenciadores y puntos de contacto, pero lo que sobre todo interesa destacar es que, por encima de unos y otros, las dos persiguen una misma finalidad: asegurar el tráfico inmobiliario poniendo a su servicio el instrumento de la publicidad registral; dicho de otra forma: salvar con la ayuda del Registro adquisiciones que sin tal ayuda resultarían ineficaces. A partir de esta constatación, la conclusión en orden al problema antes propuesto discurre ya por sí sola: en lo que hay de común en los artículos 32 y 34, concretamente, en lo que su finalidad tiene de trascendente a la peculiaridad de uno y otro, no hay obstáculo alguno que pueda impedir el juego de la analogía <sup>243</sup>. Lo

<sup>243</sup> Entre los dualistas, favorables a dicha analogía, LACRUZ-SANCHO: *op. cit.*, p. 192: «[...] Ni tendría razón de ser la exención de buena fe y onerosidad en unos casos sí y en otros no, cuando la situación de intereses es la misma en todos [...]»; y con algunas reservas, AMORÓS: *Comentarios ...*, cit., p. 297: «En principio podría pensarse que el tercero del artículo 606 debe ser adquirente a título oneroso [...]. No sólo por una posible analogía con el artículo 34 L. h., a pesar de estar inspirado en un principio distinto, por cuanto parecen regularse en dicho artículo y en forma más explícita las condiciones de protección del tercer adquirente [...]». Contrarios, NÚÑEZ LAGOS: *El Registro ...*, cit., pp. 238-239: «Los requisitos de la *onerosidad* y *buena fe* no se exigen al tercero del artículo 32 y concordantes de la Ley. No cabe la analogía con el artículo 34, de otra contextura técnica»; CARRETERO: *Retornos ...*, cit., p. 133: «Yo no veo tal razón de analogía, porque ninguna legislación extranjera ha partido de ella y es demasiado aventurado imaginar que dormite tanto legislador»; e, implícitamente, GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, p. 183: «[...] *el requisito de la onerosidad*».

prueba, de hecho, el dato ya indicado de que Troplong exigiera para la protección registral francesa la misma onerosidad que nuestro Derecho exige para la aplicación del principio de fe pública registral, alegando además, concretamente, que la protección del donatario es extraña a las exigencias de seguridad del tráfico que justifican la instauración del Registro<sup>244</sup>.

Frente a esta justificación del requisito de la onerosidad en el artículo 32 poco pueden valer las razones que en contra de él se han aducido. Veámoslo atendiendo separadamente a las que requieren alguna forma de refutación o de respuesta.

Que al exigir la onerosidad nos quedamos solos en Europa<sup>245</sup>. Sencillamente, el dato no es rigurosamente cierto: ahí está hoy para demostrarlo el artículo 1072 del Código Civil belga<sup>246</sup>. Más allá de este dato, y yendo más al fondo de la objeción, parece ser que lo que con ella se nos quiere decir es que en los dos sistemas europeos, tanto en el germánico por obra de la inscripción constitutiva, como en el latino al someter la inoponibilidad al solo requisito de la inscripción del derecho que de ella se beneficia, la eficacia protectora del Registro se extiende a las adquisiciones sin diferenciarlas por su carácter oneroso o gratuito<sup>247</sup>. Sin perder de vista que, como ya se ha indicado, no siempre es rigurosamente así, añadamos todavía que el hecho

---

*dad sólo es exigible en el supuesto del artículo 34 LH, porque, como se trata de un caso de nulidad o de resolución, hay que extremar las precauciones y los requisitos antes de admitir la adquisición a non domino. Pero nada de esto hay en el artículo 32, en que hay simplemente un conflicto entre la publicidad registral y la clandestinidad, respecto al cual para nada cuenta el problema de la contraprestación onerosa» (cvas. del a.)*

<sup>244</sup> TROPLONG: *op. cit.*, pp. 315-316: «Évidemment, il ne faut pas qu'un défaut de formes suffise pour décider entre deux personnes dont les situations sont si différentes. Qu'a voulu la loi? Favoriser les placements sur la propriété, faciliter son mouvement, éclaircir les positions aux yeux des acquéreurs et des prêteurs. Ce serait la détourner de son but que de la faire servir à consolider les donations, au préjudice des ventes antérieures; ce serait prêter soutien à la fraude du vendeur, et corroborer des libéralités qui, aux yeux du droit et de la morale, ont toujours été plus que suspectes». En nuestra doctrina, Díez-Picazo, no obstante haberse mostrado favorable a la protección del adquirente por título gratuito en el artículo 32, admite *—op. cit. p. 461—* que la imposición de la onerosidad en el 34 «se justifica por la falta de necesidad de protección especial para los adquirentes a título gratuito».

<sup>245</sup> La objeción se puede ver en CARRETERO: *Retornos ...*, II, cit., p. 133: «Toda Europa está conforme, según creemos, en que el Registro protege al donatario que se adelanta a inscribir igual que al segundo comprador», y en GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, p. 186: «[...] en el Derecho comparado, no se exige nunca la onerosidad. En los sistemas germánicos, porque siguen el criterio de la inscripción constitutiva, para la cual es indiferente la adquisición onerosa o gratuita. Y en los sistemas latinos de inoponibilidad, porque ningún país exige que el adquirente sea oneroso (así, Francia, Italia)» (cva. del a.).

<sup>246</sup> «Les donataires, les légataires, ni même les héritiers légitimes de celui qui aura fait las disposition, ni pareillement leurs donataires, légataires ou héritiers, ne pourront, en aucun cas —dice el precepto—, opposer aux appelés le défaut de transcription ou inscription».

<sup>247</sup> Además del texto de García García antes citado, cfr. CARRETERO: *op. cit.*, p. 132: «Los sistemas latinos nunca han exigido este requisito a su tercero. Esto concuerda con las legislaciones germánicas que nunca han sustraído los negocios jurídicos gratuitos del principio de inscripción constitutiva».

de que nuestro ordenamiento inmobiliario sea singular en este punto no tiene por qué llevarnos a la conclusión de que sea aberrante, o de que es equivocada la interpretación que lo lleva a su singularidad.

La limitación de la protección registral a las adquisiciones onerosas en los sistemas de inscripción declarativa o publicadora es pura cuestión de libre decisión legislativa como demuestra claramente el caso francés; y cuando en los sistemas germánicos los propios presupuestos del sistema llevan a prescindir de ella, la obligación de restitución impuesta en el Derecho alemán (§ 816 BGB<sup>248</sup>) al donatario protegido por la inscripción muestra bien a las claras la inconsistencia en justicia y de fondo de dicha protección. En nuestro Derecho, sin inscripción constitutiva y con transmisión causal, nada impone la extensión indiferenciada de la protección registral a las adquisiciones tanto onerosas como gratuitas, y en la posibilidad de distinguir y ponderar, con pleno derecho a hacerlo y con apoyo en un motivo de equidad más que suficiente, nuestro legislador decidió limitarla a las onerosas. ¿Qué hay de criticable en ello?

¿Que sin la intermediación del fraude no puede el Derecho negar su protección al donatario, y que por tal razón la Ley Hipotecaria de 1861 mantuvo enquistada en el artículo 37 la exclusión de las adquisiciones gratuitas, sin llevarla al 23<sup>249</sup>? Sin necesidad en cuanto al primer punto de remontarnos al Derecho histórico, baste tener en cuenta que al tiempo de la elaboración de la Ley Hipotecaria había ya conciencia clara de que el criterio que otorga preferencia a quien pretende evitar un daño sobre quien pretende la obtención de un lucro era algo más que una medida de excepcional y muy rara aplicación<sup>250</sup>. Por otra parte, admitiendo, como no puede ser de otra forma, que al donatario, por el solo hecho de serlo, no se le puede privar de la protección de su derecho<sup>251</sup>, lo que de ahí no

<sup>248</sup> BGB, § 816, (1) : «Trifft ein Nichtberechtigter über einen Gegenstand eine Verfügung, die dem Berechtigten gegenüber wirksam ist, so ist er dem Berechtigten zur Herausgabe des durch die Verfügung Erlangten verpflichtet. Erfolgt die Verfügung unentgeltlich, so trifft die gleiche Verpflichtung denjenigen, welcher auf Grund der Verfügung unmittelbar einem rechtlichen Vorteil erlangt».

<sup>249</sup> La objeción es ahora de NÚÑEZ LAGOS: *Tercero y fraude ...*, pp. 610-611: «La gratuidad elimina la protección únicamente cuando se obtiene provecho del fraude de que otro ha sido víctima. ¿No sería éste el criterio de los autores de la Ley? El artículo 36 primitivo es un calco del 23 (primitivo) hoy 32. El 37 sigue la misma traza con signo contrario, y, sin embargo, teniendo los autores de la ley presente un artículo para redactar el otro, en vez de generalizar el criterio de la gratuidad a toda adquisición del tercero del 23 y del 36 (primitivos), queda la gratuidad enquistada únicamente en la acción pauliana. En la mente de los autores de la Ley de 1861 estaba claro que la *gratuidad* (cva. del a.) no era aplicable al tercero del artículo 23, hoy 32».

<sup>250</sup> Recordemos las palabras de SERNA: *op. cit.*, p. 651: «Ni es infrecuente en el derecho dar preferencia al que va a sufrir un daño sobre el que sólo se propone un lucro».

<sup>251</sup> Lo aduce Núñez Lagos: *op. cit.*, p. 610: «La gratuidad por sí sola no es bastante motivo para negar una protección».

puede deducirse es que tal protección sólo pueda perderse cuando a través de la donación el donatario obtiene provecho del fraude padecido por otro; sobre todo, si con esa deducción se pretende limitar el sacrificio de la donación sólo al caso singular y típico de la acción pauliana contra el fraude de acreedores. Lo que sí puede concederse es que la donación sólo deberá ser sacrificada cuando el interés del donatario –legítimo en sí mismo abstractamente considerado– entra en conflicto con el derecho que otro u otros pudieran tener contra el donante (*nemo liberalis nisi liberatus; locupletari nemo debet cum alterius iactura*). Y es el caso que tal conflicto se produce no sólo cuando el donante dispone por encima de sus posibilidades sino también, y más hirientemente, cuando dona lo que ya ha transmitido a otro, provocando, justo entonces, el conflicto que, sin declaración expresa en la Ley de Transcripción, resolvía Troplong, interpretándola, negando al donatario la protección que la inscripción otorga al adquirente por título oneroso <sup>252</sup>.

¿Que por qué, entonces, la exclusión de la adquisición gratuita se formuló en el artículo 37 de nuestra originaria Ley Hipotecaria y no en el 23? Es verdad que aquí sólo caben conjeturas <sup>253</sup>, pero la más probable no es, a nuestro juicio, la que derive en la exclusión del requisito de la onerosidad como condición general de protegibilidad registral, sino la que explique el silencio del artículo 23 al respecto, de una parte, por el carácter principal de éste –tan evidente, ya lo hemos notado, que hasta omite el requisito de la inscripción de la adquisición protegida–, y, de otra, en el hecho de que los autores de la Ley no se representaron el problema del conflicto entre la donación inscrita y otros derechos contra el donante al tiempo de formular el efecto central de la publicidad, sino al aquilatarlo en el supuesto de su principal y más típica aparición: el del fraude de acreedores. Por ello fue entonces cuando, sin más –sin necesidad de concierto fraudulento– negaron protección al donatario, aunque hubiera inscrito su adquisición; lo que Gómez de la Serna justificó, como ya hemos visto, invocando el conocido principio *anteponendus*... De acuerdo con lo dicho, pues, no creemos

---

<sup>252</sup> Vid. TROPLONG: *op. cit.*, además de en el texto ya visto de la p. 316, en los siguientes, de la p. 539: «366. Une autre singularité de la matière des donations, c'est que le défaut de transcription ne peut être opposé par un donataire à un donataire, conformément à la théorie posée par le Code Napoléon, et appuyée sur l'article 1072 de ce même Code. Puisqu'il n'est pas dérogé au Code Napoléon, en ce qui concerne la transcription des donations, il faut maintenir, sous la loi du 23 mars 1855, cette disposition du droit antérieur» y 367, «Nous avons même vu ci-dessus que, par suite, un donataire postérieur ne peut opposer le défaut de transcription à un acquéreur antérieur».

<sup>253</sup> Viene a reconocerlo Núñez Lagos: *op. cit.*, p. 610, cuando a la vista del dato legal se pregunta: «¿No sería éste el criterio de los autores de la Ley?».



que pueda negarse la exigencia de la onerosidad en el artículo 32 tildándola del «tópico»<sup>254</sup>, o invocando el valor y eficacia de la donación como título adquisitivo tan legítimo como cualquier otro<sup>255</sup>. Son Serna y Troplong quienes, como ya hemos visto, apelan a tal principio, y la donación es, sin duda, título adquisitivo legítimo, pero más débil que el título oneroso<sup>256</sup>.

Tampoco, a nuestro juicio, es objeción suficiente al requisito de la onerosidad en el artículo 32 el dato de que la afirmación de su exigencia como condición necesaria para lucrar la protección del Registro se llevara a cabo en la reforma de 1877 en el artículo 34, y que allí se la mantuviera en 1946. Si tal exigencia no es de aplicación exclusiva en el ámbito de la fe pública registral, se pregunta Núñez Lagos<sup>257</sup>, ¿por qué no se la formuló e introdujo en el originario 23, tantas veces considerado como el fundamental de la Ley? Desde luego, ésa fue la consideración en que se tuvo al artículo 23 en los primeros momentos, pero el simple hecho de que el requisito de la onerosidad se introdujera en el 34 no debe llevar por sí solo a entender que únicamente en él resultara legalmente exigido. El originario artículo 23 cedió muy pronto su protagonismo al 34, precepto que vino a atraer y concitar las críticas más acerbadas y acaloradas al régimen novedoso de la publicidad registral<sup>258</sup> y las que

<sup>254</sup> Lo hace García García: *op. cit.*, p. 183: *La exigencia de la onerosidad en el tercero del artículo 32 responde a un tópico difícil de superar [...]. Respecto a ese tópico de la onerosidad, hay que tener en cuenta lo siguiente [...]. Que si fuera cierto el tópico de la onerosidad, la lógica consecuencia sería resolver el conflicto de la doble venta, no atendiendo al criterio objetivo de la publicidad registral en caso de inmuebles [...] sino del criterio de la mayor contraprestación. Habría que dar preferencia al comprador que más haya pagado al vendedor, criterio éste que nadie defiende por absurdo, pero que revela lo absurdo del criterio de atender a la idea de la contraprestación» (cvas. del a.).*

<sup>255</sup> Argumento, también, de García García contra el «tópico de la onerosidad»: *op. cit.*, p. 184: «3.º) *Que todos los títulos adquisitivos del dominio y derechos reales a que se refiere el artículo 609 del Código Civil están en un mismo plano de igualdad, sin que haya que imaginar preferencia entre ellos. [...]. 4.º) Que, frente a lo que a veces se ha dicho, el título de donación no es claudicante, sino que es un título tan fuerte como otro cualquiera, conforme al artículo 609 Cc, que no hace distinciones. [...]. 8.º) Que la supuesta regla general de debilidad del título gratuito no se sostiene en la legislación vigente en que, como hemos dicho, el artículo 609 CC trata por igual todos los títulos adquisitivos, como también resulta de una serie de preceptos concretos [...].»*

<sup>256</sup> Por todos, CASTRO: *El Negocio Jurídico*, Madrid, 1967, pp. 260-271, esp., p. 263, § 321.1.

<sup>257</sup> NÚÑEZ LAGOS: *Tercero y fraude ...*, cit., p. 611: «[La Ley [dice, refiriéndose a la de 1877] era especial y exclusiva para negar cierta protección a las adquisiciones a título oneroso. ¿Por qué no se llevó la enmienda al artículo 23 (hoy 32) que todo el mundo consideraba como el fundamental de la Ley, y en cambio se ciñó al artículo 34? ¿Por qué la reforma de 1946 ha tenido el mismo criterio? Al tercero del artículo 32 no se le exige ni se le ha exigido que adquiera a título oneroso para que quede protegido frente a las acciones hipotecarias y confesorias.»

<sup>258</sup> Lo vimos ya en el comentario de Serna al artículo 34 —*op. cit.*, p. 623: «[...] ha dado lugar a la polémica más animada y empeñada de cuantas ha promovido la Ley Hipotecaria—, y no es razón volver ahora sobre lo mismo.

se imaginaban como sus injustísimas y desastrosas consecuencias. Siendo ésta la situación se entiende que, a partir de ella, los esfuerzos por afinar en los requisitos y condiciones necesarias para obtener la protección del Registro se concentraran en el texto del artículo 34, y no en el del 32, cuya materia –la inoponibilidad de lo no inscrito– no provocaba tantos recelos<sup>259</sup>, ni siquiera en el del 27, tan problemático en su descripción del tercero registral. En concreto, el requisito de la onerosidad entra en la Ley Hipotecaria con ocasión de una enmienda a su artículo 34<sup>260</sup>, y en el 34 quedó después en 1946. Pero, ¿significa ello que cuando por primera vez se le introduce de forma expresa se pretendiera también limitar su exigencia al ámbito de la fe pública registral?

Nosotros creemos que no. *Mutatis mutandis*, ocurre con la onerosidad lo mismo que antes vimos con la buena fe. Afirmada su necesidad por Gómez de la Serna en el comentario al artículo 34 –antes, por cierto de que éste mencionara su exigencia– se la sostenía diciendo que ni un solo precepto de la Ley favorecía al adquirente de mala fe<sup>261</sup>. Es que no debe olvidarse que en la mentalidad de los autores y primeros comentaristas de la Ley Hipotecaria, la diversidad de los artículos 23 (latino) y 34 (germánico) tendía a fundirse en la unidad de nuestro peculiar sistema de inscripción no constitutiva o latina, pero, simultáneamente, de publicidad positiva o germánica apenas la inscripción ya practicada pudiera alimentar la confianza de eventuales terceros que a su vista se propusieran adquirir e inscribieran su adquisición. De ahí que cuando todavía no se había suscitado de forma expresa y refleja el problema del

<sup>259</sup> Cfr. GALINDO y ESCOSURA: *op. cit.*, pp. 494-496: «Nosotros, que quizá no estamos conformes con el espíritu de la L. H. que hace depender de la inscripción del dominio el mismo dominio, comprendemos, sin embargo, su sistema: el que no inscribe comete una omisión que la Ley castiga con ensañamiento; pero en fin, no ha inscrito y culpa tiene: lo que no podemos comprender, es que, cumpliéndose los preceptos legales para asegurar el dominio, quede, sin embargo, tan inseguro como si no se cumpliesen, y que pueda darse el caso en que la augusta majestad de una sentencia, sancione como válido y legal el robo organizado».

<sup>260</sup> Cfr. GALINDO y ESCOSURA: *op. cit.*, p. 492: «Con posterioridad a la publicación de la L. H. de 1869, modificóse de nuevo el artículo 34. El Senador D. Valeriano Casanueva presentó en mayo de 1877 una proposición, con el objeto de aclarar algunas disposiciones de aquella, completar otras y poner en armonía preceptos que se consideraban opuestos. Con relación al artículo 34, propuso que se substituyeran las palabras: *en cuanto a tercero*, con las siguientes: *en cuanto a los que con aquella* (la persona que aparecía con derecho) *hubiesen contratado*; con lo cual indudablemente se conseguía disipar las dudas que, como dijimos en el § 1.º de este Com. pudiesen surgir sobre quién era tercero para los efectos del mismo artículo.

No fue pues modificar, sino aclarar el 34, lo que se propuso el Sr. Casanueva; pero las Cortes, no sólo aprobaron lo propuesto, sino que introdujeron una verdadera e importante novedad, a saber; la de reducir la excepción de dicho artículo, a los que hubiesen adquirido por título oneroso, y no conceder el derecho de convalidar en cuanto a tercero, actos o contratos nulos, si ese tercero adquiría por título gratuito».

<sup>261</sup> SERNA: *op. cit.*, p. 634.

monismo o dualismo de nuestro sistema de publicidad registral, los autores que lo explican e interpretan, tiendan a involucrar indiferenciadamente la inoponibilidad en el artículo 34 y la fe pública en el 23. No significa ello que se venga a negar al conjunto el ingrediente latino que sobre él atrae el carácter de la inscripción, pero sí que su resultado protector tiende a imaginarse –indiferenciada o confusamente– desde la representación del supuesto en que éste se produce en su forma más plena y completa: desde la fe pública registral. El ingrediente de confusión que ello implica es lo que lleva a un sector de nuestra doctrina a pronunciarse a favor de la tesis monista, y al contrario o dualista, en reacción excesiva, a reclamar para el actual artículo 32 el protagonismo, algo exagerado<sup>262</sup>, del originario 23, arrinconando casi en terrenos de la excepcionalidad al 34 y al conjunto de los requisitos en él exigidos. Ambas son posiciones extremadas. Ni el artículo 34, en cuanto cumbre de la eficacia protectora del Registro, impide la eficacia autónoma del 32 a favor del adquirente posterior que, sin previa inscripción, se adelanta a inscribir; ni el reconocimiento de esta forma autónoma de protección desplaza a lo excepcional y más raro el supuesto protector del 34 y los requisitos que en éste se imponen a la protección registral<sup>263</sup>. Interesa reparar algo en esta última afirmación. Ni por frecuencia estadística ni por lo peculiar de su efecto, el artículo 32 puede convertir en excepcional al 34. Por frecuencia, porque desde que en el Registro se causa la primera inscripción, comienza ésta –a salvo lo dispuesto en el 207– a funcionar como soporte de la confianza de eventuales terceros cuya protección registral discurrirá por el cauce del artículo 34. Pero, tampoco por la peculiaridad de su efecto. En este punto suelen decir los dualistas radicales que, mientras el artículo 34 tiene que recurrir al extraordinario expediente de la adquisición *a non domino*, al 32 le basta con prestar su auxilio a una adquisición *a domino* a la que poco falta en rigor para ser por sí misma válida y eficaz. El asunto nos ha salido ya al paso varias veces y no es cuestión de insistir en él. Baste, pues, recordar que para quienes más influyeron en la elaboración de la Ley Hipotecaria –concretamente, para Cárdenas y De la Serna– la adquisición del segundo comprador

---

<sup>262</sup> Cfr. SERNA: *op. cit.*, p. 562: «El Ministro de Gracia y Justicia, al sostener el Proyecto de Ley Hipotecaria en el Congreso de los Diputados dijo, que si se analizaba, si se condensaba la Ley, este artículo era solo la Ley, y recargando la frase, añadía que se podía decir *sin exageración que la Ley no era más que el artículo 23* [...] Sin entrar en la mayor o menor exactitud que puede haber en tal apreciación, es indudable que tenía razón el Ministro en considerar este artículo como el más importante de la Ley, por más que no sea el único fundamental».

<sup>263</sup> Era el argumento, ya visto, de NÚÑEZ LAGOS: *Tercero y fraude* ..., p. 611.

que se adelanta en la inscripción es una adquisición *a non domino*, tanto como puedan serlo las que sana el Registro a través del artículo 34. Siendo así las cosas, la conclusión en lo concerniente a los requisitos que en este precepto se imponen –concretamente ahora, en cuanto a la onerosidad– discurre ya por sí sola: en todo lo que no sea el punto que diferencia el supuesto registral del artículo 32 frente al del 34, la tendencia debe ser, en principio, la de la mutua comunicación; no la contraria, de la separación y el enfrentamiento. En tal sentido, deberá entenderse que el requisito de la onerosidad, como antes el de la buena fe, es condición general de protegibilidad registral en nuestro Derecho, bien porque se piense que, aunque establecido en el artículo 34, el legislador lo introdujo sin reparar en la diferencia de las dos vías por las que la protección registral puede discurrir, bien porque se interprete que, establecido en una de ellas y para ella, la analogía, como antes dijimos, permite extenderla a la otra.

Contra el requisito de la onerosidad se ha dicho también que su exigencia significaría «dar un salto atrás de muchos siglos quitando al Registro su función históricamente inicial: la “insinuación” de donaciones»<sup>264</sup>. El argumento es claramente inconsistente, al menos por dos razones: La primera, porque una cosa es exigir algún elemento de forma *ad esse* a determinadas donaciones<sup>265</sup>, y otra bien distinta que la donación, cubierta ya su exigencia formal, pueda ser sanada por su inscripción en el Registro de la Propiedad cuando ha sido otorgada por quien antes de realizarla había ya dispuesto de la cosa donada. Y, la segunda: porque en general, pero particularmente en la perspectiva latina propia del artículo 32 L. H., la insinuación de donaciones –testigo Troplong– queda fuera de la limitada finalidad del Registro de la Propiedad: el aseguramiento de las operaciones propias del tráfico inmobiliario<sup>266</sup>.

Lo dicho hasta aquí bastaría, a nuestro juicio, para tener por argumentada la exigencia absoluta de la onerosidad en el artículo 32 de la Ley Hipotecaria y, por consiguiente, para dar por terminado el tratamiento de este requisito. Tenemos, no obstante que añadirle unas líneas para ocuparnos de las dudas y reservas que a veces se han manifestado contra el carácter absoluto de tal exigencia. La

---

<sup>264</sup> CARRETERO: *Los Principios Hipotecarios ...*, cit., pp. 37-38: «Personalmente creo que privar de todo efecto respecto de tercero a la inscripción de donación (incluso respecto de otro donatario anterior no inscrito) es dar un salto atrás de muchos siglos quitando al Registro su función históricamente inicial: la “insinuación” de donaciones».

<sup>265</sup> Vid. *Iustiniani Inst.* 2, 7, pr.-2.

<sup>266</sup> Cfr. el texto ya visto de TROPLONG: *op. cit.*, pp. 315-316: «Cet serait la détourner de son but que de la faire servir à consolider les donations, au préjudice des ventes antérieures».

razón de la duda es comprensible. Nosotros hemos venido invocando el principio *anteponendus...* para negar la protección del Registro al donatario, pero ello implicaba dar por sobreentendido que su adquisición entraba en conflicto con otra anterior onerosa. Pero, ¿qué ocurre cuando no es esa la relación entre los títulos enfrentados?

El problema planteado remite al de la relación existente entre el artículo 32 de la Ley Hipotecaria (y el 606 CC) con el 1473, II, del Código Civil, y con el de la posibilidad de extensión analógica de este último. Nosotros no tenemos inconveniente en admitir que el artículo 1473, II CC es sólo una aplicación del 32 de la Ley Hipotecaria<sup>267</sup> y que dicho artículo 1473, II, es susceptible de extensión por analogía<sup>268</sup>. El problema está en determinar el límite tanto de tal analogía como del ámbito de aplicación del más amplio artículo 32. En cuanto al primer punto estamos con quienes entienden que la aplicabilidad analógica del artículo 1473, II, debe circunscribirse al dato de la onerosidad de las adquisiciones sucesivas y en pugna<sup>269</sup>; pero consideramos que, a su vez, ese mismo criterio de la onerosidad es el límite impuesto al 32 L. H. por la función del Registro en tanto que instrumento de seguridad del tráfico inmobiliario. Siendo ello así, el conflicto entre una donación anterior no inscrita y otra posterior inscrita no puede resolverse ni por extensión del artículo 1473, II, CC ni por aplicación directa del 32 LH: la donación primera debe terminar por imponerse sobre la posterior en el tiempo aunque se haya anticipado en la inscripción<sup>270</sup>. Mucho menos podrá acogerse ni al 1473 por analogía ni directamente al 32 el donatario que inscribe frente al comprador anterior que no lo hizo: el *anteponendus...*,

<sup>267</sup> Así, e. c., AMORÓS: *La buena fe...*, cit., p. 1540; GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, p. 182.

<sup>268</sup> *Id.*, al respecto, RUBIO GARRIDO: *La doble venta y la doble disposición*, 1994, pp. 187 ss.

<sup>269</sup> Cfr. PETIT SEGURA: *La doble venta y la doble disposición de una misma cosa*, 1990, p. 100; RUBIO GARRIDO: *op. cit.*, p. 205.

<sup>270</sup> Así, TROPLONG: *op. cit.*, pp. 314: «[...] les donataires postérieurs ne sont pas reçus à se plaindre du défaut de transcription de la donation antérieur. On continue à suivre ici ces deux règles: 1.º *Potior tempore, potior jure*; 2.º *Nul ne peut transmettre à autrui plus de droit qu'ils n'en a lui-même*» y 539: «Une autre singularité de la matière des donations, c'est que le défaut de transcription ne peut être opposé par un donataire à un donataire [...]». En nuestra doctrina, PETIT SEGURA: *op. cit.*, p. 98: «La "doble donación" se resuelve siempre a favor del primer donatario», y RUBIO GARRIDO: *op. cit.*, p. 206. En contra, AMORÓS: *op. cit.*, p. 298: «4. El titular inscrito adquiere a título gratuito y el no inscrito también. Es el supuesto de la posible doble donación de una misma cosa a donatarios sucesivos. La cuestión parece clara. Prevalece el titular inscrito. Por su inscripción y por ser su título de naturaleza semejante al que no llegó a estar inscrito», y SERRERA CONTRERAS: *Monismo, dualismo, triadismo*, cit., p. 1210: «[...] en éste —dice, refiriéndose al caso de la doble donación—, ante la colisión de dos títulos de carácter lucrativo, ningún inconveniente habría en dar preferencia al donatario que primero inscribió».

impide lo primero; y el no ser la donación operación del tráfico, lo segundo<sup>271</sup>. En cambio, el comprador que inscribe podrá prevalecer sobre el donatario anterior que no inscribió: no porque le ampare el artículo 1473, II, pero sí porque su título adquisitivo entra en la condición de aquellos que el Registro protege contra otros anteriores no inscritos<sup>272</sup>. La onerosidad es entonces requisito siempre necesario de protegibilidad registral en el artículo 32 de la Ley Hipotecaria. Acaso se nos objete: ¿no impide la rotundidad de esta afirmación el carácter indiferenciado con que aparece enunciado en la Ley el principio de prioridad (... *cualquier título traslativo o declarativo del dominio de los inmuebles...*, art. 17 LH)? No, respondamos para terminar, si con Núñez Lagos se distingue entre una prioridad sustantiva, o prioridad-rango, y otra meramente libraria, o prioridad-cierre<sup>273</sup>. En virtud de la segunda –la única que procede cuando la publicidad no decide sanando en lo sustantivo el derecho inscrito–, la inscripción de un título cierra el acceso al Registro de otro anterior incompatible con él, sólo temporalmente: hasta tanto la pugna entre ellos se resuelva en el terreno de lo sustantivo con la declaración de la nulidad del título inscrito por su incompatibilidad con el anterior no inscrito, pero existente y válido.

4. En la comparación del tercero del artículo 32 con el del 34, sólo nos queda por examinar si el requisito de la previa inscripción, fundamental en la fe pública registral, es también de aplicación en el juego del principio de inoponibilidad. La cuestión nos parece de

---

<sup>271</sup> TROPLONG: *op. cit.*, p. 315: «Mais il est évident que, si le donataire est impuissant en face d'un donataire premier en date qui n'a pas transcrit, il est encore plus faible en présence d'un acheteur dont le titre n'a pas été publié [...]». En contra, aunque con dudas, AMORÓS: *op. cit.*, p. 298: «El adquirente inscrito lo es a título gratuito y el no inscrito a título oneroso. [...] Aquí la cuestión es más dudosa. De una parte, si el comprador no ha inscrito, su situación no debe afectar al donatario que inscribió [...]. De otra, ¿puede perder el comprador su derecho por el hecho de no inscribir, aun habiendo pagado el precio de la cosa que compra, frente a un tercero que inscribió su adquisición sin contraprestación? No veo clara la aplicación analógica a este caso de la solución recogida en el artículo 34, 3. [...] Me inclino a pensar que las cosas no deben ser así y que, a pesar de ser adquirente gratuito, el inscribiente debe ser preferido a quien no inscribió. Si no tenía conocimiento de ese acto previo que, según la regla general, no debe perjudicarlo. Aunque el tema me sigue pareciendo dudoso por la distinta naturaleza de los intereses en pugna».

<sup>272</sup> AMORÓS: *op. et loc. ant. cit.*: «2) El título inscrito es oneroso y el no inscrito gratuito. Tampoco hay problema. Prevalece en todo caso el inscrito. Tanto por razón de su inscripción, como por la preferencia que tiene el título oneroso sobre el gratuito».

<sup>273</sup> NÚÑEZ LAGOS: *El Registro de la Propiedad español*, cit., p. 160. Contrario a la interpretación formal o libraria del artículo 17 LH, admitida por la común doctrina (cfr. ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, II, p. 207; COSSÍO: *Instituciones...*, cit., p. 170; LA-CRUZ-SANCHO: *op. cit.*, pp. 125 y 135); GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, pp. 571, 573-574 y 680-682. Concretamente y en nuestra materia, distinguiendo entre el artículo 17 como norma de estricta aplicación a la mecánica del Registro, y el 32 como norma sustantiva, AMORÓS: *La buena fe...*, cit., pp. 1541-1542.

solución tan obvia que su mismo planteamiento podría considerarse ocioso. En nuestro Derecho, donde el artículo 32 convive con el 34 y se limita a ocupar el reducido espacio que éste le deja libre, esto es: el de la inscripción inmatriculadora, es evidente que al tercero protegido por ese mismo artículo 32 no se le puede exigir haber adquirido de titular previamente inscrito. Éste es, justamente, el punto que, necesariamente y por hipótesis, tiene que separar a los dos terceros. Por ello se entiende muy bien que se haya dicho que en la exclusión del requisito de la previa inscripción conviene, sin fisuras, todos los seguidores de la tesis dualista <sup>274</sup>; extraña, en cambio, el tono en que a veces se le excluye o los matices que con frecuencia se le añaden.

Que el requisito de la previa inscripción no es necesario para el juego autónomo del principio de inoponibilidad en el artículo 32, es consecuencia inmediata de la naturaleza latina de esta norma y de su particular razón de ser. No se premia en ella al que adquiere de titular inscrito y confiando en lo que el Registro publica, sino, lisa y llanamente, al que se adelanta llevando al Registro su propia adquisición <sup>275</sup>. Pero, insistimos: esto, que sería bastante para negar la necesidad de previa inscripción en un sistema latino, resulta no agotar el razonamiento ni dar con el tono justo de la respuesta en el nuestro, donde la inoponibilidad del artículo 32 convive con la que negativamente implica o supone la fe pública registral, y donde, por tanto, apenas se cuente con el dato de la previa inscripción, el tercero que adquiera de acuerdo con ella pasa de ser un mero beneficiario de la eficacia negativa o preclusiva de la publicidad, a gozar plenamente de la más absoluta e intensa protección que positivamente depara la fe pública registral <sup>276</sup>. Por esta razón no llegamos a entender, ni la complejidad que a veces se ha atribuido a esta cuestión <sup>277</sup>, ni la

<sup>274</sup> GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, p. 177: «[...] todos los autores dualistas, sin ninguna fisura, defienden que el tercero del artículo 32 *no requiere la previa inscripción del transmitente*» (cursiva del autor).

<sup>275</sup> Cfr. GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, p. 178: «La razón de no exigir el requisito de previa inscripción en el artículo 32 es bastante clara [...] *Es que el requisito de previa inscripción no cuadra con el fundamento y las notas distintivas del tercero del artículo 32. Efectivamente: el tercero del artículo 32 se apoya en la prioridad de su propia inscripción, como criterio para resolver un problema de conflicto de derechos. No se apoya en una confianza en una inscripción previa como ocurre en el supuesto de nulidad y adquisición a non domino del tercero del artículo 34*» (cursiva del autor).

<sup>276</sup> LACRUZ-SANCHO: *op. cit.* (ed. 1968), p. 215: «[...] ha de tenerse en cuenta que el artículo 32 prácticamente sólo juega hoy con autonomía en la defensa frente a las dobles enajenaciones de finca que no ha llegado al Registro o salió de él [...]». En el mismo sentido, AMORÓS: *La buena fe...*, cit., p. 1549.

<sup>277</sup> Vid. CARRETERO: *Retornos...*, II, cit., p. 134: «El problema de este requisito, como el de los otros dos, deben *[sic]* plantearse con precaución. No caben aquí improvisa-

afirmación, más extendida, de que en el artículo 32 la previa inscripción no es necesaria, pero tampoco tiene por qué ser necesariamente excluida<sup>278</sup>. Valga ello para un sistema latino puro, no para el nuestro. En nuestro sistema, el dato de la previa inscripción viene a trazar la frontera entre el juego del principio autónomo de inoponibilidad, cuando se inscribe sin engarce posible en una inscripción anterior, y el principio de fe pública registral; con su ingrediente negativo de inoponibilidad, ciertamente, pero, no limitado a ella ni ceñido al caso de la doble venta y al derecho del anterior comprador que no inscribió. En tales condiciones, seguir pensando en el artículo 32 cuando el tercero que inscribe adquirió de titular ya inscrito es confundir las cosas y no distinguir entre inoponibilidades de muy diferente inspiración, ámbito y eficacia.

Claro está que lo dicho supone contraponer y enfrenar los artículos 32 y 34 en lo que uno y otro tienen de exponentes principales de los respectivos principios de inoponibilidad y fe pública, y de reguladores de sus arquetípicos supuestos: la doble venta y la adquisición *a non domino*. Quedaría por ver si, fuera de estos supuestos, hay algún caso en que, sin que entre en juego el principio de fe pública registral y habiendo previa inscripción, pueda gozar el tercero que inscribe de alguna forma de protección registral contra algún dato o circunstancia inscribible y no inscrito. Pero de eso debemos ocuparnos en capítulo aparte.

---

ciones»; Ídem: *Los principios hipotecarios...*, cit., p. 37: «El problema no es sencillo, sólo cabe resolverlo en relación con una materia poco estudiada: los aspectos sustantivos y formales del principio de tracto sucesivo en los diversos sistemas y el sentido que realmente deba tener la norma de suspensión de efectos de la inscripción de inmatriculación (artículo 207 de nuestra ley) en el campo de la inoponibilidad y en el de la fe pública registral».

<sup>278</sup> AMORÓS: *La buena fe...*, cit., p. 1543: «El tercero del artículo 32 no necesita previa inscripción para estar protegido aunque, naturalmente, no excluye este requisito». Le sigue Díez-PICAZO: *Fundamentos...*, cit., p. 477. También, NÚÑEZ LAGOS: *Tercero y fraude...*, cit., p. 603: «La previa inscripción que nos ocupa para el tercero del artículo 34 es un requisito *esencial*, un elemento constitutivo, el inicial; la misma previa inscripción para el tercero del artículo 32 es un elemento *accidental*: no hace falta ninguna, pero cuando existe produce sus efectos *positivos* (perjudica al tercero que después inscribe), pero no efectos *negativos* o *excluyentes*, que quedan circunscritos a la subsiguiente inscripción del propio tercero o última inscripción». Quizá por eso entiende NÚÑEZ LAGOS: *Ibid.* p. 594, que «todo adquirente *inter vivos* de una finca, además de convertirse en titular, es tercero del artículo 32 frente a gravámenes anteriores, y en su caso será tercero del artículo 34 frente a acciones de nulidad o resolución *de abolorio* [...]. Al diferenciar al tercero del artículo 32 del tercero del artículo 34 diferenciamos distintas *cualidades*, podríamos decir *personalidades*, del titular registral, de igual forma que se puede distinguir persona, sacerdote y obispo. Todo obispo es sacerdote y persona. Todo sacerdote es persona, pero no toda persona es sacerdote ni obispo».



#### IV. LA AMPLIACIÓN DEL ÁMBITO MÍNIMO DE LA INOPONIBILIDAD REGISTRAL

##### 1. Planteamiento y justificación

Acabamos de ver que desde posiciones dualistas se mantiene la posibilidad de que, fuera del caso de la doble venta de finca no inmatriculada y habiendo previa inscripción, pueda jugar todavía el principio de inoponibilidad enunciado en el artículo 32 de la Ley Hipotecaria. Se dirá para sostenerlo que la materia de tal precepto son, exclusivamente y en todo caso –haya, pues, o no haya inscripción– las acciones confesorias e hipotecaria<sup>279</sup>, o que en la inoponibilidad de un gravamen no inscrito al adquirente de finca ya inscrita no se ventila cuestión alguna de «mantenimiento en la adquisición», siendo así que tal mantenimiento es el efecto propio de la protección que dispensa al adquirente el artículo 34<sup>280</sup>. Sin tener que entrar ahora en éstas o en otras posibles razones, lo que sí debe advertirse como dato muy significativo es el hecho mismo de esta tendencia a la expansión del principio de inoponibilidad, porque viene a confluír con la que desde el *oppositum* de la posición monista se apunta cuando se advierte que la fe pública registral no agota en nuestro Derecho todas las manifestaciones del principio de publicidad, sino que, comprendido en él y como una de tales manifestaciones debe distinguirse –hasta el nombre mismo de inoponibilidad se rehuye– la de hacer la inscripción de «instrumento de *afección de lo inscrito a terceros* adquirentes»<sup>281</sup>.

¿A qué se alude cuando se distingue una tal manifestación? Se indica con ella el cometido que cumple la inscripción al permitir que lo inscrito afecte o perjudique a tercero, tratándose de una función que, en cuanto negativa y en perjuicio del adquirente, no cabe dentro de la fe pública registral; de la cual la separa, además, el tener por materia cargas o gravámenes que, por su índole negativa, no son susceptibles de transmisión registralmente protegible. Su campo es amplio, variado y muy heterogéneo. Entran principalmente en él la inscripción de los arrendamientos y derechos de opción de compra, pero se incluyen también la de los gravámenes fideicomisarios o por reservas ordinarias o lineales, la de los modos causalizados, prohibiciones de disponer, derechos legitimarios del

<sup>279</sup> NÚÑEZ LAGOS: *Tercero y fraude...*, cit., pp. 602-606.

<sup>280</sup> DíEZ-PICAZO: *Fundamentos...*, cit., p. 476.

<sup>281</sup> ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario...*, I, cit., p. 297.

tipo previsto en el artículo 15 de la Ley Hipotecaria, retracto convencional y las anotaciones preventivas de demanda, embargo y demás análogas. De este especial cometido de «afección a terceros», distinto de la fe pública registral pero integrado en el contenido del principio de publicidad, se añade que actúa en los dos grandes modelos registrales: implícitamente en los sistemas de prioridad y como complemento del de fe pública en los de publicidad positiva<sup>282</sup>.

A nuestro juicio, es necesario andar con mucha cautela en este asunto. Su materia es sumamente resbaladiza, y la peculiaridad de su planteamiento en nuestro sistema registral impide tratarla aplicando, sin más, criterios extraídos de los modelos comparados. No vamos a negar que el ámbito y aplicaciones del principio inoponibilidad registral se extiende en nuestro Derecho más allá del caso arquetípico de la doble venta inmatriculada por el segundo o ulterior comprador que se adelanta a inscribir, pero creemos que dicha extensión debe ser fundamentada con más cuidado y delimitada con mayor precisión.

Las razones que para su fundamentación hasta ahora hemos visto, o no son acertadas, o no llegan a aquilatarse y perfilarse en la medida necesaria. Lo primero ocurre muy claramente cuando al artículo 32 de la Ley Hipotecaria se asigna como materia propia y exclusiva la protección del tercero que inscribe contra las acciones hipotecaria y confesorias procedentes de derechos no inscritos. La correspondencia de este precepto con el artículo 1473, II, CC, y su comentario por Gómez de la Serna bastan por sí solos para rechazar esta vía de fundamentación. Pero tampoco es acertado, en nuestra opinión, hacer coincidir la fe pública registral con el artículo 34 LH y circunscribir el efecto de la primera en el «ser mantenido en su adquisición» que literalmente dice la norma para expresar la inmunidad del adquirente protegido por la fe pública frente a la inestabilidad o nulidad del título del transmitente por causas que no consten en el Registro. Si se quiere delimitar debidamente en nuestro Derecho el ámbito de la fe pública registral es menester elegir entre una de estas posibilidades: o bien se interpreta –con Roca Sastre<sup>283</sup>– que el artículo 34 viene delimitado no por lo que resulta de su arranque literal sino por lo que supone o implica la redacción de su segundo párrafo: la protección del tercero contra cualquier «inexactitud del Registro»; o bien, con Lacruz<sup>284</sup>, –segunda posibilidad– se admite que el artículo 34, en el contenido que le asigna

---

<sup>282</sup> Describe así el efecto «afección», cfr. ROCA SASTRE: *op. cit.*, p. 305.

<sup>283</sup> ROCA SASTRE: *El problema de la relación...*, pp. 791-792, y *Derecho Hipotecario*, cit., p. 539.

<sup>284</sup> LACRUZ-SANCHO: *op. cit.*, pp. 169-171; también, AMORÓS: *op. cit.*, p. 1548.

su primer párrafo, no agota el espacio del principio de fe pública registral, sino que tal espacio debe inducirse de la conjugación de tal precepto con otros, como el 31 y, sobre todo, el 40.

No es suficiente, tampoco, para extraer una determinada materia del campo de la fe pública registral decir que su objeto no es susceptible de adquisición y de tráfico, y que su asunción por la publicidad del Registro no redundará en provecho del tercero protegido por éste. La virtualidad del principio de fe pública registral se cifra en asegurar al tercero la adquisición del derecho previamente inscrito exactamente «tal como» esa previa inscripción se lo describía y publicaba<sup>285</sup>. El hecho, pues, de que el tercero adquiera como libre el derecho sometido a alguna afección o carga no inscrita, no es sino un efecto de la fe pública registral, que en su dimensión negativa<sup>286</sup> —o en lo que de presunción de integridad implica *quoad tertios* la presunción de exactitud del Registro<sup>287</sup>— tiene que comprender la protección del adquirente frente a cualquier elemento inscribible y no inscrito, aunque ese tal elemento no constituya en sí mismo materia del tráfico y aunque su inscripción se justifique en interés ajeno al del eventual adquirente. Precisamente por esta razón la omisión de la inscripción no puede perjudicar al tercero que confía en la descripción registral del derecho que se propone adquirir, y su adquisición deberá efectuarse en los términos resultantes de aquella inscripción. Sin ceñirse a ella, es lo que ocurre en la anotación preventiva. Se vehicula a través de dicho asiento una

<sup>285</sup> KARL-HEINZ GURSKY, en el *STAUDINGER Kommentar...*, cit., ad § 892 BGB, Rz 177: «Die Wirkung des durch § 892 gewährleisteten Verkehrsschutzes besteht darin, daß der Inhalt des Grundbuches zugunsten des Erwerbers *als richtig gilt*. Damit ist gemeint, daß der Erwerber das Recht so erlangt, wie er es nach Maßgabe des Buchstandes erwarten konnte [...]» (cursiva del autor).

<sup>286</sup> KARL-HEINZ GURSKY, cit. Rz. 181: «Nach der negativen Seite wird dem Erwerber die Vollständigkeit des Grundbuches gewährleistet in Ansehung aller eintragungsfähigen Rechte, die nicht durch besondere gesetzliche Vorschrift (s Rz 39) der Wirkung des öffentlichen Glaubens entzogen sind. Der redliche Erwerber erlangt das Recht also frei von sämtlichen eintragungsfähigen (und nicht unter die betreffenden Ausnahmenvorschriften fallenden) Belastungen, die zu Unrecht gelöscht worden oder außerhalb des Grundbuches entstanden und bisher nicht im Grundbuch eingetragen worden sind»; WEIRICH, Hans-Armin: *Grundstücksrecht*, München 1996, p. 194: «Zugunsten des gaulgläubigen Erwerbers "gilt" das Grundbuch als richtig. Das bedeutet: [...] Nicht eingetragene Rechte gelten als nicht bestehend (= negativer Vertrauensschutz) [...]: Das Grundstück gilt zu Gunsten des Erwerbers des Eigentums oder eines beschränkten dinglichen Rechts als unbelastet».

<sup>287</sup> A la presunción de exactitud se refiere la Exposición de Motivos de la Ley de Reforma de 1944: «La ficción jurídica de considerar que la inscripción es exacta e íntegra, en los casos en que no concuerda con la verdad, sólo puede ser mantenida hasta donde lo exija la indispensable salvaguardia del comercio inmobiliario». LACRUZ, que la niega como presunción autónoma —cfr. LACRUZ-SANCHO: *op. cit.*, p. 141— admite como cosa distinta «que el Registro exprese íntegramente la situación de la finca frente al adquirente protegido por la fe pública», para tal adquirente —añade— «no es que se presuma la integridad del Registro, sino que puede desconocer aquellos derechos que no constan en él: es, para él, como si no existieran».

oponibilidad a terceros que simplemente recorta el efecto de la fe pública impidiendo que pueda lucrarlo el tercero adquirente respecto al dato anotado<sup>288</sup>. La omisión de la anotación, por tanto, sin fundamentar un principio autónomo de inoponibilidad, se limita a no obstaculizar el juego del principio de fe pública registral respecto a lo que pudo ser anotado y no se anotó.

Tampoco deja de suscitar algunas reservas la indicación de paralelos comparados a esa nuestra figura de «afección a terceros» que se hace cuando se afirma que otra similar a ella vendría a funcionar implícitamente en los sistemas de prioridad o como complemento de la fe pública registral en los de publicidad positiva. Es muy claro que esa extrañamente denominada función de afección a terceros, no es, llamada por su nombre, más que la función asignada a la publicidad como condicionante de la oponibilidad a terceros de la materia inscribible; y una tal función, en los sistemas de prioridad, es mucho más que un efecto implícito de la eficacia de la inscripción y de las consecuencias de su omisión: es, justamente, el efecto sustancial y más explícitamente afirmado de la publicidad; el que, como tal y a modo de principio general, formulaba expresamente en Francia el artículo 3.º de la Ley de Transcripción<sup>289</sup>. Y ¿qué se quiere decir cuando se afirma que aquella forma de afección a terceros funciona en los sistemas de fe pública como complemento de ésta? ¿Se entiende tal complemento como el añadido a la fe pública de un elemento ajeno a ella pero llamado a extender o ampliar su efecto? Este es, de suyo, el significado de la palabra «complemento», y para nuestro Derecho así entiende Roca Sastre la función de afectación, en tanto que distinta de la fe pública registral. Sin embargo, y como ya hemos dicho, todo inclina a pensar –también el texto mismo del § 892 BGB<sup>290</sup>– que el elemento oponibilidad a que con ella se alude, más que un añadido a la fe pública es un aspecto de la misma: su manifestación negativa. La observación es importante desde el punto de vista que ahora nos

<sup>288</sup> Cfr., por todos, DIEZ-PICAZO: *Fundamentos...*, cit., p. 491: «El efecto esencial de las anotaciones es un efecto puramente negativo: consiste en enervar la fuerza protectora de la fe pública registral. En definitiva, las anotaciones preventivas son un medio registral para desvirtuar, recortar o disminuir los efectos de la fe pública registral».

<sup>289</sup> «Jusqu'à la transcription, les droits résultant des actes et jugements énoncés aux articles précédents ne peuvent être opposés aux tiers qui ont des droits sur l'immeuble, et qui les ont conservés en se conformant aux lois [...]». Doctrinalmente se dirá –cfr. MARTY-RAYNAUD-JESTAZ: *Droit Civil. Les sûretés. La publicité foncier*, 2.ª ed., Paris, 1987, p. 44– «[...] l'inoponibilité est la pièce essentielle de la publicité foncière [...]».

<sup>290</sup> «[...] Ist der Berechtigte in der Verfügung über ein im Grundbuch eingetragenes Recht zugunsten einer bestimmten Person beschränkt, so ist die Beschränkung dem Erwerber gegenüber nur wirksam, wenn sie aus dem Grundbuch ersichtlich oder dem Erwerber bekannt ist».

guía, porque si la función de afección o de condición de oponibilidad de que venimos tratando no es más que un aspecto de la fe pública registral, erradamente y en vano trataríamos de ampliar con ella el campo propio del principio de inoponibilidad.

Pero en la comparación de esa misma función de afección con sus posibles paralelos comparados late otro peligro contra el cual es necesario ponerse en guardia. La comparación o referencia a sus manifestaciones en los modelos comparados podría llevar a pensar que la función de afectación detectable en nuestro Derecho es la misma que podría detectarse en los modelos foráneos latino y germánico. No es completamente así. La peculiaridad de nuestro sistema registral, al permitir el juego de un principio de inoponibilidad autónomo respecto al de fe pública, pero conviviendo con él, fuerza a afinar en la comparación de tal inoponibilidad frente a la que en el modelo latino agota el efecto sustantivo completo de la publicidad, y a distinguirla respecto a la que en el modelo germánico –sin posibilidad, en principio, de otra en concurrencia con ella<sup>291</sup>– se limita a ser una manifestación negativa del juego de la fe pública registral.

Concretamente, en nuestro Derecho y respecto a la determinación del campo de aplicación del principio de inoponibilidad se impone proceder negativamente o por exclusión. La razón es clara. Los autores de la Ley Hipotecaria –consiguientemente también la letra de la misma Ley– no distinguieron, dentro del que denominaban como principio de publicidad, la doble manifestación de este principio: la inoponibilidad de lo no inscrito y la fe pública registral. Pero la indistinción nominal del principio de fe pública no implicaba el desconocimiento de lo que significa «la fe del Registro» y la necesidad de que no se viera defraudado en su confianza quien había adquirido teniendo por cierto lo que el Registro publica<sup>292</sup>. Ahora bien, habituados a la terminología latina, se

<sup>291</sup> Introducimos esta salvedad en el texto en atención a la posibilidad, más ampliamente admitida en Suiza –cfr. CC suizo, arts. 959 y 960–, de supeditar a su publicación mediante anotación (*Vormerkung*) la oponibilidad a terceros de ciertos derechos personales y circunstancias limitadoras de la capacidad dispositiva. Naturalmente, en un sistema de inscripción constitutiva, sin posibilidad de previa inscripción que resuelva el conflicto de la doble venta, la aparición de esta zona de inoponibilidad no plantea el problema de delimitación que para el nuestro aquí venimos tratando de situar y resolver.

<sup>292</sup> Cfr. SERNA: *op. cit.*, p. 655: «[...] según hemos muchas veces dicho, la Ley Hipotecaria en nada altera los efectos de las obligaciones entre los contrayentes; sólo trata de evitar perjuicios al tercero que con buena fe y fiado en la exactitud del Registro, es inducido a error y adquiere bienes inmuebles o derechos reales que por descuido de otro dejaron de inscribirse oportunamente» (la cursiva es nuestra); CÁRDENAS: «Memoria histórica de los trabajos de la Comisión de Codificación», *RGLJ*, 1871 (XXXVIII), p. 171: «[...] la Comisión se fundaba en que el Registro sería inútil para los fines de su institución, si no

refieren, tanto al efecto genérico de la publicidad como al específico de la fe pública registral, mediante la fórmula acostumbrada del «no perjudicar a tercero» que, por contraste con la fe pública, tendemos hoy a relacionar con la inoponibilidad latina. No tiene que ser necesariamente así. Por encima de lo que la terminología pueda sugerir en un primer momento, es menester distinguir si el no perjuicio de que hablan la Ley y sus autores, suponiendo la previa inscripción, es una forma de referirse negativamente a la fe pública, o si realmente remite a campo distinto donde la inoponibilidad actúa autónomamente o por sí misma.

Seleccionando entre muchos textos, para la Exposición de Motivos de 1861, el efecto de la publicidad consiste en que *no pueda perjudicar al contrayente de buena fe ninguna carga que grave sobre la propiedad si no se halla inscrita en el Registro*<sup>293</sup>. De ahí que una de las bases de la Ley sea el principio general, admitido por ésta sin ninguna excepción, de que los títulos que han dejado de inscribirse no perjudican a tercero<sup>294</sup>. ¿Aplicación siempre y exclusiva del principio de inoponibilidad? No. Aplicado a la doble venta, y cuando hay previa inscripción, será aplicación del principio de fe pública: el comprador que inscribe cree dueño a quien todavía como tal aparece en el Registro<sup>295</sup>; cuando no hay previa inscripción, sí: El Derecho de Partidas, que daba preferencia al primero en la posesión, ha sido modificado en este punto, sin que cuente ya la existencia o inexistencia de previa inscripción: *para los efectos de la seguridad de un tercero, el dominio y los demás derechos reales en tanto se considerarán constituidos o traspasados en cuanto conste su inscripción en el Registro*<sup>296</sup>. Tampoco habrá aplicación del principio autónomo de inoponibilidad cuando de lo que se trate sea de detener frente a terceros los efectos de las acciones que, atacando la titularidad del transmitente inscrito, terminarían por destruir la de su causahabiente. Son las

---

era por sí garantía bastante contra derechos desconocidos, de la seguridad de los consignados en él con todas las formalidades requeridas. [...] Si una sentencia judicial fundada únicamente en ese documento no registrado, *privara de su derecho al que lo adquiriera después bajo la fe del Registro, inscribiéndolo con oportunidad*, resultaría que un título no inscrito por morosidad o indolencia, perjudicaría al tercero cuidadoso que inscribiera el suyo, para favorecer al indolente» (la cursiva es nuestra).

<sup>293</sup> E. M., p. 228.

<sup>294</sup> E. M. p. 249.

<sup>295</sup> SERNA: *op. cit.*, p. 567: «[...] si el primer comprador inscribió su derecho oportunamente, nada hay que alterar, la ley de Partida conserva toda su fuerza; pero si no lo hizo, dando lugar a que otro engañado por el silencio del Registro comprara la finca, creyendo que el dominio existía aún en el que la vendió, para él, cualquiera que sea el que posea la finca, no hay otro dueño que el que como tal aparece inscrito en el Registro».

<sup>296</sup> E. M., p. 237.

acciones que el artículo 34 lleva al corazón de la fe pública, y también a ellas se refiere la Exposición de Motivos en términos de inoponibilidad: *otras innovaciones no menos transcendentales introduce el Proyecto en el antiguo Derecho respecto a las acciones rescisorias y resolutorias, las cuales, a no violarse el principio adoptado, no se pueden dar contra tercero ni en su perjuicio cuando no aparezca la causa de ella en el Registro*<sup>297</sup>; ... *si está la Comisión en el deber de introducir una regla uniforme por lo que respecta a los derechos del tercer adquirente, que sin conocer ni poder inferir la condición rescisoria a que está sujeta la heredad, la recibe en virtud de un título traslativo de dominio, u obtiene sobre ella algún derecho real. Y esta regla sólo podía ser la de que no estando inscrita la condición rescisoria, no perjudicará a tercero, porque de otro modo quedaría falseado el sistema elegido*<sup>298</sup>. En conclusión, pues: que no todo lo que en la Ley se expresa mediante la fórmula del «no perjudicar a tercero», evocadora del principio latino de inoponibilidad, remite realmente a él.

Pero es necesario añadir, además, que la inoponibilidad actúa en nuestro Derecho con consistencia muy superior a la que se le atribuye en Francia. No es que pensemos ahora en la inoponibilidad embebida en la fe pública registral, ni que pongamos en comparación nuestra inoponibilidad con la publicidad-noticia admitida en Francia. Lo que venimos a afirmar es que nuestra inoponibilidad autónoma, o mera inoponibilidad sin fe pública registral, es querida por nuestro legislador como inoponibilidad definitiva y completa: el tercero que inscribe nada tiene que temer respecto a aquello que el legislador no quiere que le perjudique. No ocurre lo mismo en la inoponibilidad francesa, que ciertamente inmuniza al comprador que inscriba respecto de la venta previamente otorgada por su mismo vendedor y no inscrita, pero que no le deja a salvo respecto a derechos de otra procedencia incompatibles con el que inscribió como suyo, ni contra los efectos de resoluciones judiciales inscribibles y no inscritas<sup>299</sup>.

<sup>297</sup> E. M., p. 249.

<sup>298</sup> E. M., p. 250.

<sup>299</sup> RIPERT-BOULANGER: *Traité de Droit Civil III*, Paris, 1958, p. 134: «La publicité d'un acte ou d'un jugement n'a pas pour conséquence d'établir à l'égard des tiers l'existence du droit créé ou transmis. Celui qui traite avec un vendeur, après avoir constaté que le vendeur a lui-même transcrit son acte d'acquisition, n'a pourtant pas la certitude que ce vendeur soit propriétaire. La transcription ne couvre pas le défaut de droit. Il reste toujours à examiner la valeur des actes publiés». Concretamente para la omisión de la inscripción de resoluciones judiciales relativas a los derechos inscribibles, *vid.* TROPLONG: *op. cit.*, pp. 397-398: «Voyons, maintenant, les effets et la sanction du défaut de mention du jugement, qui prononce la nullité, la rescision ou la résolution d'un acte transcrit. On se tromperait grandement, si l'on croyait que ce défaut entraîne l'inefficacité du jugement, à

Distinta y peculiar inoponibilidad, pues, diferente a la de la venta anterior otorgada por el mismo vendedor y no inscrita, e inoponibilidad no embebida en la fe pública registral. ¿Cuáles son sus aplicaciones en nuestro Derecho? A nuestro juicio –aparte la mención registral de derechos susceptible de inscripción separada y especial (art. 29 LH)<sup>300</sup>– la de las resoluciones relativas a la capacidad dispositiva y de obrar del titular registral, y la de los arrendamientos inmobiliarios. Doctrinalmente se viene discutiendo si debería traerse a este cauce la anotación preventiva de embargo. Veamos lo que al respecto procede decir en cada caso.

## 2. La inoponibilidad de las resoluciones judiciales sobre la capacidad del titular registral

Habiéndonos ocupado de esta materia al estudiar, tanto la aplicación de la doctrina de la apariencia jurídica a la capacidad de obrar<sup>301</sup> como el objeto de la publicidad registral en nuestro sistema inmobiliario<sup>302</sup>, vamos a tratar ahora este punto con la mayor brevedad posible, ciñendo la atención exclusivamente a lo que exige su integración en la línea y objeto de nuestro actual discurso, y remitiendo en el resto, para su más completa y detallada fundamentación y desarrollo, a lo anteriormente escrito.

El dato sustancial a tomar de nuevo en consideración ahora es que nuestro legislador extendió la función publicadora del Registro

---

l'égard des tiers, qui tiennent des droits réels de celui dont la propriété est annulée ou résolue. Le législateur est parti de ce principe, que le jugement, étant déclaratif, n'est pas sujet à la transcription; il n'a donc pu vouloir que sa validité fût subordonnée à sa publicité. [...] Toute l'économie de la loi prouve, d'ailleurs, que les tiers ne peuvent pas se prévaloir du défaut de mention, pour échapper aux conséquences de la décision judiciaire. C'est pourquoi le législateur, cherchant une sanction à ses prescriptions, punit par une amende la négligence de l'officier ministériel qui a obtenu le jugement, et qui ne l'a pas fait mentionner en marge de la transcription. Aurait-il eu recours à cette mesure exceptionnelle, s'il avait placé une sanction dans l'inefficacité même du jugement?». En nuestra doctrina se hace eco de ello GONZÁLEZ MARTÍNEZ: «Sistemas hipotecarios...», en *Estudios...* I, cit. p. 67: «Ni aun los juicios que declaren la resolución, la nulidad o la rescisión de un acto transcrito, necesitan de la transcripción para producir sus efectos, porque la ley se ha contentado con imponer al abogado que haya obtenido el fallo la obligación de hacerlo constar por nota al margen del asiento correspondiente, bajo la multa de 100 francos». En general, para el ámbito de la inoponibilidad francesa después de la reforma de 1955: MAZEAUD: *op. cit.*, pp. 580-583.

<sup>300</sup> Cfr. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.: «La mención registral: Su justificación y contenido», *RCDI*, 1999, pp. 833-895.

<sup>301</sup> GORDILLO: *Capacidad, incapacidades y estabilidad de los contratos*, Ed. Tecnos, Madrid, 1986.

<sup>302</sup> GORDILLO: «El objeto de la publicidad en nuestro sistema inmobiliario registral: la situación jurídica de los inmuebles y las limitaciones dispositivas y de capacidad de obrar del titular», *ADC*, 1998 (LI), II, pp. 423 ss., esp. 544-595.



a «las resoluciones judiciales en que se declare la incapacidad legal para administrar, la ausencia, el fallecimiento y cualesquiera otras por las que se modifique la capacidad civil de las personas en cuanto a la libre disposición de sus bienes» (art. 2, 4.º LH) y a las demandas para «obtener cualquiera de estas resoluciones» (art. 42, 5 LH)<sup>303</sup>; y que tal extensión se justificó como condición necesaria para que el Registro pudiera cumplir su función de dar completa seguridad al adquirente<sup>304</sup>, al cual hacía inmune frente a la incapacidad publicable y no publicada (originario artículo 23 LH)<sup>305</sup>.

La decisión de nuestro legislador estaba plenamente justificada. Históricamente, las incapacidades imperceptibles o camufladas bajo apariencia de capacidad venían suponiendo una amenaza al tráfico contra la que el Derecho había tenido que reaccionar, tratando, en los casos más graves, como capacidad real a la dolosamente aparentada (*malitia supplet aetatem*)<sup>306</sup> o, no habiendo dolo, excu-

<sup>303</sup> Hemos reproducido el tenor literal de los artículos 2, 4.º y 42, 5.º en su redacción vigente. No difiere, en lo sustancial, la de 1861: artículo 2.º: *En el registro expresado en el artículo anterior, se inscribirán: ... 4.º: Las ejecutorias en que se declare la incapacidad legal para administrar, ó la presuncion de muerte de personas ausentes; se imponga la pena de interdiccion ó cualquiera otra por la que se modifique la capacidad civil de las personas en cuanto á la libre disposición de sus bienes;* artículo 42: *Podrán pedir anotacion preventiva de sus respectivos derechos en el registro público correspondiente: ... 5.º El que propusiere demanda con objeto de obtener alguna de las providencias expresadas en el núm. 4.º del artículo 2.º de esta Ley.*

<sup>304</sup> Cfr. E. M., p. 243: *Despues de expresar en los términos que ha creído más a propósito los títulos, actos y contratos que deben sujetarse á la inscripción por ser traslativos de dominio, ó constitutivos de un derecho real, ha añadido la comisión algunos otros documentos cuya inscripción ha considerado no menos necesaria. A esta clase corresponden ante todo las ejecutorias de los tribunales en que se declara la incapacidad legal para administrar, ó la presunción de muerte de personas ausentes, ó se impone la pena de interdicción ó cualquiera otra por la que se modifique la capacidad civil en cuanto á la libre disposición de los bienes. Esta prescripción es nueva en nuestras leyes, aunque aceptada ya en el proyecto de Código civil; pero su simple enunciación la justifica. Para adquirir con seguridad bienes inmuebles ó derechos reales, no basta que el vendedor ó el imponente sea dueño de ellos; tampoco es suficiente que no estén los bienes afectos á otras cargas; es además necesario que el que enajena, que el que trasmite, tenga capacidad civil para hacerlo. Solo por el concurso de estas circunstancias podrá estar completamente seguro el adquirente. Si la ley no atendiera, pues, á que la capacidad de la persona constara en el registro, su obra sería incompleta y no produciría frecuentemente el efecto apetecido.*

<sup>305</sup> E. M., p. 235: *«... según el Proyecto... también el que ha pedido... la declaración de incapacidad, de presunción de muerte por ausencia, ó de interdicción de una persona, pueden obtener la anotación preventiva que los ponga a cubierto de todo peligro. El que no usa del derecho que la ley le da, impútese á sí mismo el perjuicio que su omisión le origine.*

<sup>306</sup> Cfr. P. V. 1.4.: *Otrosi dezimos, que si el fijo, o el nieto, estando en poder de su padre, o de su abuelo, o alguno de los otros ascendientes, en cuyo poder estuviesse, e lo negasse, diziendo que non, que por la tal mentira que dijo, e nego la verdad, es tenuto de pechar aquello que tomo emprestado; P. V. 12.3: Por quales razones pueden las mugeres ser fjadores por otri [...] La sexta [razón] es quando la muger se vistiessse vestiduras de varon engañosamente, o fziessse otro engaño qualquier, porque la recibiesse alguno por*

sando el error de quien contrata desconociendo la incapacidad de su contra-parte y admitiendo tal contrato como título *ad usucapionem* en calidad de título putativo<sup>307</sup>. En nuestros días, el temor a las incapacidades desconocidas y a sus perturbadores efectos sobre la seguridad del tráfico, ha provocado una Resolución del Parlamento Europeo solicitando la creación en los Estados miembros de un Registro que ponga su conocimiento al alcance de todo interesado<sup>308</sup>. Ni el peligro, pues, era imaginario, no el medio para conjurarlo podía ser tachado de inadecuado. Nuestra Ley Hipotecaria procedió aquí con singular lucidez y acierto, pero al hacerlo con iniciativa propia, emprendiendo en solitario un camino que ya había rechazado la Ley francesa de Transcripción<sup>309</sup> y que poste-

---

*fiador, cuydando que era varon. Ca el derecho que han las mugeres en razon de las fiaduras, non les fue otorgado para ayudarse del en el engaño: mas por la simplicidad e por la flaqueza que han naturalmente; P. VI. 19. 6: Diciendo o otorgando el que fuesse menor, que era mayor de XXV años, si ouiesse persona que pareciesse de tal tiempo, si lo faze engañosamente valdria el pleyto que assi fuesse fecho con el, e non deve ser desatado despues, como quier que non era de edad quando lo fizo: esto es, porque las leyes ayudan a los engañados, e non a los engañadores.* El criterio pervive en el artículo 10 de la Ley de Usura: «El prestamista que contrate con un menor se supondrá que sabía que lo era, a menos que pruebe haber tenido motivos racionales y suficientes para creer que era mayor de edad».

<sup>307</sup> D. 6.2.7.2.: *Marcelus libro septimo decimo digestorum scribit eum, qui a furioso ignorans eum furere emit, posse usucapere: ergo et Publicianam habebit; D.41.4.2.16: Si a furioso, quem putem sanae mentis, emero, constitit usucapere utilitatis causa me posse, quamvis nulla esset emptio et ideo neque de evictione actio nascitur mihi nec Publiciana competit nec accessio possessionis; D.41.3.13.1: Eum qui a furioso bona fide emit, usucapere posse responsum est.* Sobre estos textos, cfr. ENZO NARDI: *Squilibrio e deficienza in Diritto romano*, Milano, 1983, pp. 277-278. SAVIGNY: *Derecho Romano actual*, Trad. Mesía y Poley, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid, s.f., II (vol. 1), Ap. VIII, núm. XV, p. 391: «Cuando el vicio se refiere al acto jurídico mismo necesario para transferir la propiedad, el error se admite menos fácilmente, porque, en general, descansa sobre una acto personal del que lo comete. Sin embargo, si el vicio reside sólo en la facultad de obrar del que enajena, el error del que adquiere es excusable por descansar en la condición de un tercero; si, por ejemplo, el vendedor era menor o incapacitado y el adquirente lo creía mayor o en su sano juicio».

<sup>308</sup> Resolución de 14 de septiembre de 1989 sobre las transacciones inmobiliarias transfronterizas: «5. Pide a la Comisión y a los Estados miembros que, en el marco del programa para 1992, establezcan un registro europeo, que pueda consultarse públicamente en todos los Estados miembros, de las personas a las que se ha prohibido asumir la dirección de empresas y otras responsabilidades comerciales». De ella se hizo eco la DGRN en su Instrucción de 29 de octubre de 1996, sobre medios técnicos en materia de comunicaciones entre Registradores y ordenación de sus Archivos, afirmando en su Preámbulo: «Es conveniente, también, abordar la centralización informatizada de los datos del Libro de Incapacitados, para conocer la posible restricción de la capacidad de los titulares de bienes y derechos, en sintonía con las recomendaciones del Parlamento Europeo contenidas en la Resolución de 14 de septiembre de 1989, sobre transacciones transfronterizas».

<sup>309</sup> Expresivas las palabras de TROPLONG: *op. cit.*, pp. 204-205: «[...] il est clair que la loi française [...] a dû faire un choix pour éviter l'abus, et qu'elle a dû se borner à la publication des seuls actes nécessaires, en rejetant la publicité de tout ce qui n'est pas commandé par le plus impérieux besoin [...] il faut laisser aux parties le soin d'examiner la légalité des titres d'acquisition et la capacité des contractants».

riormente evitarían las legislaciones de Alemania<sup>310</sup> y Suiza<sup>311</sup>, hubo de caer bajo la sospecha, la incomprensión y la crítica de nuestra doctrina. Nuestro Registro de la Propiedad, que Gómez de la Serna consideraba «Registro de derechos e incapacidades»<sup>312</sup>, no podía permitirse el lujo de aparecer en el concierto europeo con fisonomía tan singular y tan propia. Todo había sido engaño y error en la iniciativa tan detenidamente explicada en la Exposición de Motivos de 1861. A don Jerónimo González tocó la suerte de hacerlo ver a todos en forma tan clara que tras él ha bastado a la común doctrina remitirse a su dictamen<sup>313</sup>.

<sup>310</sup> Cfr. NUSSBAUM, A.: *Tratado de Derecho Hipotecario alemán*. Trad. W. ROCES, Madrid, 1929, pp. 43-44: «Objeto de especial atención son las limitaciones referentes a la libertad de disponer. Ordena el § 892, ap. 1.º, que las restricciones impuestas a una persona en sus facultades de disposición sobre derechos inscritos han de constar en el Registro, sin cuyo requisito no serán eficaces respecto a terceros adquirentes de buena fe. Esta norma puede fácilmente dar lugar a confusiones. Entre las «limitaciones» a que aquí se alude y que se refieren a la libertad de disponer de ciertos derechos, no cuenta el Código civil las que atañen a la capacidad general de obrar: demencia, minoría de edad, etc. Ni quiere referirse tampoco a otras trabas que, constituyendo verdaderas limitaciones a la libertad dispositiva, se establecen, no en beneficio de una persona determinada, sino con carácter absoluto, como es el embargo de bienes decretado como sanción contra ciertos actos punibles. Lo mismo estas restricciones que las primeras, radican en la *persona* del interesado, y el Registro no tiene por qué dar cuenta de ellas ni tomarlas bajo su protección. Así, por ej., si un propietario, en estado de demencia, inscribiese una hipoteca sobre su finca a favor de X., éste, aun obrando de buena fe, no adquiriría (*sic*) derecho alguno; y lo mismo ocurriría si los bienes que se hipotecan estuviesen sujetos a embargo por efecto de algún delito. Únicamente cuando X. traspasa la hipoteca a un tercero ignorante de aquellos hechos resultará éste amparado por el principio de fe pública»; STAUDINGER-HEINZ GURSKY, § 892 Rz 53: «Nicht von § 892 garantiert werden auch solche persönlichen Verhältnisse oder rechtlichen Eigenschaften des Eigetragenen, von deren Vorhandensein die Wirksamkeit des Erwerbsgeschäft abhängt: Das Grundbuch gewährleistet also nicht die Geschäftsfähigkeit des Eingetragenen [...]. Der öffentliche Glaube des Grundbuchs ersetzt natürlich auch nicht die fehlende Rechtsfähigkeit einer im Grundbuch als Rechtsinhaber eingetragenen Stiftung oder Personenvereinigung».

<sup>311</sup> DESCHENAUX: *op. cit.*, p. 88: «On n'indique pas davantage les restrictions de capacité résultant pour le propriétaire de l'autorité parentale, de l'interdiction, de la mise sous conseil légal».

<sup>312</sup> SERNA: *op. cit.*, pp. 221-222: «... No es en el registro de estos derechos e incapacidades la propiedad lo que siempre se inscribe, aunque en unos casos la inscripción sea de un derecho en la cosa que modifique y limite la propiedad y en otros venga ésta a ser protegida poniéndose de manifiesto la verdadera situación legal de las personas y la nulidad de los actos en que tienen participación activa, o de los contratos que celebran...».

<sup>313</sup> Cfr. CASTRO: *Derecho Civil de España*, II, Madrid 1952, p. 292, texto y nota 1: «La inscripción en el Registro de la Propiedad de las resoluciones judiciales en que se declare la incapacidad de una persona (arts. 2, 4.º, RH; 10, 55, RH.)—como su anotación preventiva (arts. 42, 5.º, 43, RH; 166, 5.º, RH)—fue imaginada para la seguridad de quien adquiere confiando en el Registro», y añade la nota: «Así se dijo en la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria; razón que se consideró decisiva por los primeros comentaristas, GALINDO y ESCOSURA: *Comentarios a la legislación hipotecaria de España*, 4.º ed., 1899, I, p. 450; MORELL: *Comentarios a la legislación hipotecaria*, 1916, I, p. 431. La dura crítica a la disposición por GONZÁLEZ (J), por su carácter poco científico y poca eficacia práctica, *Estudios*, I, p. 386, III, p. 421, 422, ha sido aceptada por gran parte de la moderna doctrina. ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, 1948, II, p. 205, III, p. 311, aunque reconoce su utilidad, como un dato más para que califique el registrador, II, p. 385, III, p. 311, 312; en igual sentido, DE COSSO: *Lecciones de Derecho Hipotecario*, 1945, p. 115; considera que no es fácil encontrar una solución más satisfactoria, DE COSSO: *Derecho hipotecario o del Registro de la Propiedad*, 1946, p. 370-371; compárese también JIMÉNEZ ARNAU: *Tratado de Legislación hipotecaria*, 1941, I, p. 147-149».

Hoy no hay quien admita que las inscripciones de incapacidad sirven para lo que el legislador las quiso. Si se practican, facilitan la labor calificadora del registrador y permiten el cierre del Registro a posteriores actos dispositivos del incapaz; si no se practican, no ocurre nada: el que adquirió contratando de buena fe con el incapaz, e inscribió, tendrá que padecer la impugnación de su acto adquisitivo por más que la incapacidad de su transmitente le hubiere resultado imperceptible y desconocida <sup>314</sup>. Nuestro Registro, igualado a sus modelos ha ganado en pureza; el que ha perdido ha sido el tráfico y el sujeto que en nuestro Derecho lo personifica: el adquirente de buena fe. ¿Para qué recordar ahora los problemas provocados al tráfico por la quiebra y especialmente por su retroacción?

¿Cuáles han sido las razones que, además de la aducida ajenidad de la incapacidad a la materia propia del Registro de la Propiedad <sup>315</sup>, han llevado a desvirtuar el régimen reconocidamente querido por nuestro legislador para la publicación de las situaciones de incapacidad dispositiva y de obrar del titular registral <sup>316</sup>? En reali-

---

<sup>314</sup> LACRUZ-SANCHO: *op. cit.*, p. 101: «A quien se protege con esta inscripción, no es a los terceros adquirentes, sino al propio incapacitado [...]. El que la incapacidad no conste inscrita, no impone la aplicación de la regla “lo no inscrito no perjudica a tercero” (art. 32 Lh) frente a quien contrata con el incapaz, porque esa regla se refiere a la titularidad sobre la finca, y no a las condiciones de capacidad de los contratantes. Quiere decirse que si alguien compra la finca a un loco incapacitado, cuya incapacitación no figura inscrita, celebra un contrato nulo o anulable, pues el registro le asegura que la finca es del loco, pero no que —a falta de inscripción— esté cuerdo. [...] El adquirente, pues, no recibe ningún beneficio de la falta de inscripción de la incapacidad. El asiento, para él, tiene sólo una eficacia *de facto*, de mera publicación (como si se hiciera en un periódico), al prevenirle para que contrate con el órgano tutelar competente, y no con el incapacitado». Sigue aquí LACRUZ muy de cerca lo dicho por ROCA SASTRE: *Imperfecciones hipotecarias*. «Información Jurídica» 1951 (julio-agosto), pp. 748-749, sobre la finalidad y efectos de las inscripciones de incapacidad.

<sup>315</sup> Vid. GONZÁLEZ MARTÍNEZ: *Principios Hipotecarios*, Madrid, 1931, pp. 347-348: «No es el Registro de la Propiedad el órgano de la publicidad del estado civil, ni por la distribución de las oficinas, ni por razón de la materia, ni por los principios fundamentales, ni por la reglamentación de las inscripciones, ni por la forma de las mismas, y aunque en un período en que el Registro del estado civil no se hallaba organizado ni tampoco existía gran precisión en materia de incapacidades, pudieron pasar inadvertidas diferencias tan esenciales como las que separan la capacidad de la facultad dispositiva, no tardó en aparecer la deficiencia del sistema.

Ningún autor discute en serio si las circunstancias de sexo, edad, enfermedad, matrimonio, familia, religión, pena, vecindad civil, ciudadanía, ausencia y fallecimiento han de recibir, para los efectos de la contratación sobre inmuebles, su eficacia jurídica de la inscripción, y su determinación legítima, de los datos del asiento.

La simple necesidad de practicar cientos de inscripciones para obtener un resultado positivo, el aborto hipotecario del “Libro de incapacitados” mandado abrir por una orden de la Dirección General de los Registros de 12 de agosto de 1863 y la imposibilidad de acoplar sus pronunciamientos a los cánones del sistema, serían razones para impugnar todo lo estatuido, si la práctica no hubiera seguido el buen camino, resolviendo los problemas con criterios más jurídicos».

<sup>316</sup> «Aplicando, por lo tanto, con todo rigor el primer párrafo del artículo 23 —reconocía don Jerónimo GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 347—, tanto las incapacidades como las prohibiciones, no pueden perjudicar a tercero, cuando no se hallen inscritas o anotadas».

dad y en sustancia, sólo una, aun cuando su formulación pueda hacerse discurrir por dos vías distintas: que la inscripción no sana los actos nulos (art. 33 LH)<sup>317</sup>, y que quien adquiere del incapaz, al ser «parte» en el contrato adquisitivo nulo, no puede ser el «tercero» a cuya protección se ordena el Registro<sup>318</sup>.

De suyo, y tomadas en sí mismas, ambas afirmaciones son ciertas; pero en cuanto a través de ellas se entra en contradicción con lo establecido, sin lugar a dudas, por la misma Ley Hipotecaria para la inscripción de la incapacidad y para su declarada eficacia, será menester, en lugar de exhibir la contradicción y concluir en la eliminación de uno de los dos elementos en conflicto, proceder al intento de su superación logrando dar explicación adecuada a lo que el legislador dejó consignado argumentando y razonando como su decisión deliberada y cierta. Y algo puede contribuir a tal superación y explicación sacar el efecto protector de las inscripciones de incapacidad —de su omisión, más propiamente hablando— del campo de la fe pública registral para situarlo en su terreno propio: el del principio de inoponibilidad de lo inscribible y no inscrito.

La fe pública registral exige indeclinablemente la aparición de un «tercero», sin duda alguna, ya que su presupuesto consiste en la inexistencia o inestabilidad del derecho del *tradens* por razón del contrato en el que el mismo lo adquirió (... *aunque después se anule o resuelva el [derecho] del otorgante por causas...*). Esta anulación o resolución es la que la fe pública impide que pueda propagarse a terceros. El problema es muy otro cuando de lo que se trata es de defender al adquirente contra la incapacidad de su transmitente. No hay ahora insuficiencia alguna de derecho en el *tradens*: el incapaz, por hipótesis, sería titular firme y estable del derecho que va a transmitir. Si en tal transmisión se pretende la protección del adquirente basta con impedir que el defecto de capacidad pueda serle opuesto o perjudicarle. La hipótesis transmisiva que el Registro se propone aquí asegurar no exige la aparición de un «tercero» (aunque de tercero hable la Ley cuando se refiere indiferenciadamente a ella —originario art. 23— y de tercero hable también la doctrina, sin entrar en mayores distinciones, cuando se

<sup>317</sup> GONZÁLEZ MARTÍNEZ: *op. cit.*, p. 349: «Frente al artículo 33 de la ley Hipotecaria, según el cual la inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes, se estrellarán las consecuencias que se quieran deducir de la confusión indicada».

<sup>318</sup> *Vid.*, e. c., ROCA SASTRE: *Imperfecciones hipotecarias*, cit., p. 749: «Por ejemplo, si uno compra una finca a una persona declarada incapaz por *prodigalidad*, es evidente que por más que el comprador ignore la existencia de esta declaración de incapacidad, no puede alegar nunca su condición de tercero protegido por la ley Hipotecaria, y, por tanto, perderá la adquisición, si el tutor del pródigo reclama la finca vendida».

refiere al adquirente directo del incapaz<sup>319</sup>), y en ella es particularmente absurdo tropezar en el artículo 33 de la Ley Hipotecaria. La exigencia de contrato válido —en él como en el art. 1953 CC para la usucapión ordinaria— se entiende bien como requisito de la adquisición *a non domino*, pero pierde todo su sentido cuando lo que la Ley se propone es precisamente poner a salvo un contrato de la impugnabilidad a que lo somete, de suyo, la incapacidad de uno de los contratantes (art. 1301 CC). No decimos con ello que la necesidad de contrato válido no sea condición general de protegibilidad registral, no ceñida a la adquisición *a non domino*; simplemente, nos limitamos a afirmar que no puede serlo cuando la Ley hace consistir la eficacia de su intervención protectora justamente en la inoponibilidad de la causa que provoca la nulidad (anulabilidad) de aquel mismo contrato. En una palabra: la protección dispensada por la fe pública registral exige un «tercero» respecto al contrato por el que adquirió su transmitente, y que dicho tercero, a su vez, adquiriera de éste por contrato válido. La protección registral contra la incapacidad del transmitente inscrito, en cambio (su inoponibilidad) no implica problema «de tercero», por una parte; y, por otra, no es sólo que no exija contrato adquisitivo válido, es que, por hipótesis, supone contrato adquisitivo anulable. El originario artículo 23 exigía —como hoy sigue exigiendo el 32 a pesar de su retoque redaccional<sup>320</sup>— excepcionar el artículo 33 cuando de lo que se trata es de evitar que perjudique al adquirente la incapacidad no inscrita de su transmitente. Todo lo que, no siendo eso, imponga la aparición del subadquirente para que la publicidad venga a suplir el defecto (remoto) de capacidad<sup>321</sup>, es tanto como desconocer lo que al respecto quiso y dispuso nuestro legislador, y, con el consiguiente perjuicio para el tráfico, equiparar nuestro sistema con los

---

<sup>319</sup> Sobre ello, su razón de ser y su significado, nos remitimos a lo dicho en *El objeto de la publicidad...*, cit., pp. 571-573.

<sup>320</sup> También aquí nos remitimos a lo dicho en *El objeto de la publicidad...*, cit., pp. 580-583, sobre la dificultad que a la pervivencia del régimen de 1861 en el actual Derecho podría suponer la nueva redacción del artículo 32, y sobre la posibilidad, no obstante ella, de reconocerle su amplitud originaria.

<sup>321</sup> ROCA SASTRE: *Imperfecciones hipotecarias*, cit., p. 749: «La inscripción de ejecutorias de incapacidad no tiene más transcendencia que esta dicha. Nada más que esta. Y esto es lógico; pues, como dijimos en otra ocasión, quien adquiere de un incapaz, no puede pretender protección alguna del Registro, ya que la incapacidad origina un vicio en el propio contrato adquisitivo, o sea un vicio que surge o nace de él, y el Registro no protege definitivamente a las partes, sino al subadquirente»; ídem., *ibid.*, p. 747, concretamente para la inscripción de la quiebra: «La protección derivada de la fe pública registral no defiende al adquirente de tales vicios que contaminan el acto adquisitivo en sí, y lo demuestra el propio artículo 33 de la Ley Hipotecaria [...]. Al artículo 34 de la Ley Hipotecaria no le preocupa el adquirente en el acto nulo "per se"; a él lo que le preocupa es defender al adquirente de este adquirente [...].»; LA-CRUZ-SANCHO: *op. cit.*, pp. 101-102: «En cambio, la falta de inscripción de incapacidad hace

germánicos o de fe pública que positivamente dejaron fuera de su acción protectora la adquisición de transmitente incapaz<sup>322</sup>.

Hicimos ya referencia muy de pasada a los problemas que en materia de quiebra, y especialmente de su retroacción, se han venido planteando en nuestro Derecho. Todos se podían haber evitado si a su solución se hubiera aplicado el criterio previsto en la Ley Hipotecaria. No ha sido así, y de poco vale decir hoy que con la aprobación de la Ley Concursal la cuestión ha pasado ya a ser historia. Triste historia por lo que fue en sí misma y por el lastre dejado en el Derecho naciente. Camuflada bajo el extraño disfraz de una acción rescisoria basada en el mero perjuicio a la masa, sin connivencia fraudulenta ni dato alguno que permita presumirla *juris et de jure* ni *juris tantum*, sigue en pie una cripto-retracción del concurso por plazo legal de dos años de antelación a su declaración (art. 71. 1 LC); y en ningún caso, ni antes (art. 72. 2 y 73. 2) ni después de la declaración (art. 206) del concurso, el que de buena fe adquiere del concursado logrará gozar de la protección registral, que siempre aparece entendida en clave de fe pública registral a favor del subadquirente. La declaración de concurso se inscribe, pero su efecto se limita a provocar el cierre del Registro a los actos del concursado mientras no sean confirmados o convalidados o se acredite la caducidad de la acción de anulación o su desestimación (40. 7). Quedamos muy lejos de lo que nuestro legislador hipotecario dispuso al admitir al Registro las resoluciones que limitan la capacidad dispositiva y de obrar del titular registral —entre ellas las de declaración de quiebra o concurso— con la laudable finalidad de cumplir su tarea de dar completa seguridad al adquirente<sup>323</sup>.

---

que ésta no perjudique al subadquirente; a quien compra al adquirente del incapacitado. Pues éste sí que podrá alegar que la persona que le vendió aparecía en el Registro como propietario de la finca: mientras que en la relación *incapaz-adquirente* media un defecto de capacidad que hace a la transmisión inválida, en la relación *adquirente-segundo adquirente* lo que hay es un defecto de titularidad en aquél, y eso sí lo compensa el Registro».

<sup>322</sup> En ellos, como en la interpretación que del nuestro hace la común doctrina, el subadquirente del incapaz queda registralmente protegido, no porque el Registro proteja contra la incapacidad, sino como puro efecto de la fe pública registral. Cfr. al respecto, NUS-SBAUM, A.: *Tratado...*, cit. p. 44: «Así, por ej., si un propietario, en estado de demencia, inscribiese una hipoteca sobre su finca a favor de X., éste, aun obrando de buena fe, no adquiriría (*sic*) derecho alguno; y lo mismo ocurriría si los bienes que se hipotecan estuviesen sujetos a embargo por efecto de algún delito. Únicamente cuando X. traspase la hipoteca a un tercero ignorante de aquellos hechos resultará éste amparado por el principio de fe pública».

<sup>323</sup> Para la argumentación y ampliación de este apunte, tenemos que remitirnos a nuestro trabajo: «Par conditio creditorum y protección del tráfico (*Un apunte en el paso de la retroacción de la quiebra a su supresión en la Ley Concursal*)», AC 2003 (núm. 17), pp. 413-432.

### 3. La inoponibilidad de los arrendamientos y derechos de retorno arrendaticio no inscritos

También en el tratamiento de este punto<sup>324</sup> vamos a proceder sucintamente, limitando la atención a lo que más directamente interesa al objeto de nuestro discurso y remitiéndonos, en ello y en lo que como complemento podría rodearlo, a lo ya escrito al tratar del objeto de la publicidad registral<sup>325</sup> y al comentar el artículo 13 de la Ley de Arrendamiento Urbanos<sup>326</sup>.

El dato legal básico, en lo específicamente hipotecario, vendría aquí ofrecido por los originarios artículos 2, 5.º y 6.º, y 23 de la Ley Hipotecaria. El primero de ellos incluía entre los títulos inscribibles los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles por más de seis años o en que se hubieran anticipado las rentas de tres o más años<sup>327</sup>, y el segundo establecía que tales contratos, en cuanto incluidos entre títulos mencionados en el artículo 2.º, si no están inscritos en el Registro, «no podrán perjudicar a tercero». En el actual Derecho este doble dato está accidentalmente modificado. A partir de la vigente LAU (Disp. ad. 2.<sup>a</sup>)<sup>328</sup>, por una parte, todos los arrendamientos inmobiliarios son inscribibles; y, por otra parte, su inoponibilidad si no están inscritos no se encuentra ya comprendida en el tenor literal del artículo 32 de la Ley Hipotecaria –limitada, como ya hemos visto, a la de «los títulos de dominio o de otros derechos reales»–, aunque haya de ser comprendida en su espíritu, aquí, por cierto, con el apoyo explícito del artículo 1549 del Código Civil. En cuanto al retorno arrendaticio el dato legal

<sup>324</sup> Sobre él, específicamente, PAU PEDRÓN: *La protección del Arrendamiento Urbano*, Madrid, 1995; DE LA PUENTE ALFARO: *El arrendamiento urbano frente a terceros. La oponibilidad del arrendamiento: los arts. 13, 14 y 29 LAU*, Barcelona, 1996; POVEDA BERNAL: *La inscripción del derecho de arrendamiento en el Registro de la Propiedad*, Madrid, 1997.

<sup>325</sup> GORDILLO: *El objeto* ..., cit., pp. 595-632.

<sup>326</sup> GORDILLO: *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, coord. C. Lasarte, Madrid, 1996, pp. 303-373.

<sup>327</sup> Decía el artículo 2 LH en su redacción originaria: «En el Registro expresado en el artículo anterior se inscribirán [...] 5.º Los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles por un período que exceda de seis años. 6.º Los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles en que se hayan anticipado las rentas de tres o más años». Ambos párrafos se refunden en la reforma de 1869, pasando a constituir el 5.º, a cuyo tenor se declaran inscribibles «Los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles por un período que exceda de seis años, o en los que se hayan anticipado las rentas de tres o más años, o cuando sin tener ninguna de estas condiciones hubiere convenio expreso de las partes para que se inscriban».

<sup>328</sup> La Disposición Adicional segunda de la LAU de 24 de noviembre de 1994, en su primer párrafo, dispone: «El artículo 2, núm. 5.º de la Ley Hipotecaria, aprobada por Decreto de 8 de febrero de 1946, tendrá la siguiente redacción: “5.º Los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles, y los subarrendos, cesiones y subrogaciones de los mismos”».



básico viene constituido por el artículo 15 del Reglamento Hipotecario: «Los inquilinos y arrendatarios que tengan derecho de retornar al piso o local arrendado [...] podrán hacerlo constar en el Registro de la Propiedad mediante nota al margen de la inscripción de dominio de la finca que se reedifique. Sin esta constancia no perjudicará a terceros adquirentes el expresado derecho [...]». En ambos casos se recurre a un mismo instrumento para lograr un mismo resultado: la admisión al Registro de la Propiedad de un derecho de naturaleza no real para permitirles traspasar el ámbito *inter partes* de su natural desenvolvimiento y revestirlos de oponibilidad *erga omnes*.

Siendo, ciertamente, el anterior el dato legal básico, su indicación no es suficiente para con ella sola justificar la inclusión de esta materia entre las que constituyen supuestos de aplicación exclusiva del principio de inoponibilidad registral. Pensando globalmente en el arrendamiento, la sobria nitidez del planteamiento legal originario ha resultado posteriormente muy enturbiada por las distintas formas en que la doctrina ha venido entendiéndolo e interpretándolo. Todo, inter-relacionado entre sí, ha influido en ello: desde la comprensión del arrendamiento y las diferentes concepciones de su naturaleza, hasta la distinta manera de entender los efectos de la publicidad registral. En medio de esta confusión, la inclusión, expresa o implícita, de los arrendamientos en el efecto previsto en el artículo 32 LH no puede bastar para dar por resuelto que el solo resultado de su admisión al Registro sea la negación de su oponibilidad a terceros cuando no se inscriben. Ese mismo efecto vale para los derechos reales que por natural vocación son admitidos a inscripción, y es obvio que de su publicación se sigue también como consecuencia la fe pública registral que nosotros no creemos aplicable a los arrendamientos inscritos, pero que en la concepción monista, como efecto principal de la publicidad y envolvente del de inoponibilidad, forma con éste bloque indivisible. De todas formas, debe advertirse, la posición monista o dualista de partida no impone aquí conclusiones necesarias. Dualista es García García, y sostiene que la inscripción del arrendamiento permite al arrendatario gozar la fe pública registral<sup>329</sup>; mientras que Roca Sastre, el principal de los monistas, limita a la inoponibilidad el efecto de la inscripción de los arrendamientos<sup>330</sup>. Nosotros, desde nuestro moderado dualismo, pensamos que en la admisión de los arrendamientos al Registro se produce uno de esos casos en que la publicidad se limita a actuar como condición de oponibili-

---

<sup>329</sup> GARCÍA GARCÍA: *Derecho Inmobiliario* ..., II, cit., pp. 408-410.

<sup>330</sup> ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, cit., III, pp. 502 ss. esp., pp. 528-530.

dad a terceros del derecho inscrito; y aquí, con fundamento distinto a como lo hace cuando se trata de los derechos reales: no removiendo a su natural oponibilidad el obstáculo que la protección del tráfico le opondría en su desconocimiento inculpable por los terceros, sino dándole, por razones de política económica y jurídica, una oponibilidad de la que, de suyo, como derecho de naturaleza personal que es, carece el arrendamiento. Tratemos de argumentarlo.

La inscripción de los arrendamientos es una inscripción especial. Lo fue inicialmente y continúa siéndolo hoy. Especial, por la naturaleza personal del derecho que publica, ajena a la precisa para entrar *jure proprio* en el Registro de la Propiedad. Los arrendamientos entran, así, excepcionalmente en el Registro: porque no son derechos reales, y porque –inicialmente– no todos los arrendamientos eran admitidos a inscripción. Podrá decirse que la Exposición de Motivos se creyó en el deber de reconocer que con tal admisión había convertido al arrendamiento en derecho real<sup>331</sup>; pero no podrá perderse de vista que la inclusión de éstos entre los títulos inscribibles se hace dejando constancia de que el arrendamiento es, de suyo, derecho de naturaleza personal<sup>332</sup>, y que el cauce para su inscripción –aunque, en su forma, tan inscripción como cualquier otra, incluso como las de incapacidad– es distinguible respecto del genéricamente dispuesto para la publicación de los derechos reales. Lo advierte expresamente Gómez de la Serna al indicar que los arrendamientos que históricamente tuvieron la consideración de derechos reales entrarían en el Registro por el núm. 2 del artículo 2 de la Ley, quedando por tanto reservado el núm. 5 a los que, sin tal consideración y excepcionalmente son ahora admitidos a inscripción<sup>333</sup>. Incluso la colocación de los arrendamientos en el núm. 5 del artículo 2 LH, después de las ins-

---

<sup>331</sup> E. M., p. 244: «La Comisión no debe ocultarlo: en ellos [en los arrendamientos inscribibles] ha establecido implícitamente un verdadero derecho real».

<sup>332</sup> E. M., pp. 243-244: «Ni los arrendamientos por largo espacio de años, ni aquellos en que se hayan hecho considerables anticipaciones, son generadores de un derecho real. De aquí ha dimanado la doctrina jurídica de que sólo el que adquiere el dominio en virtud de un título universal, está obligado a respetar el arrendamiento hecho por su antecesor, pero no el que lo hace por títulos singulares».

<sup>333</sup> SERNA: *op. cit.*, p. 303: «En estos dos casos [los excepcionados en P. 5. 8. 18 respecto de la regla *emptio tollit locatum*] no hay duda que existe también un verdadero derecho real, puesto que el arrendamiento va de tal manera adherido a la finca, que la sigue donde quiera que vaya, y el que la adquiere es siempre con la obligación de respetar el contrato como si fuera él mismo el que lo hubiera celebrado. No se hará en este caso la inscripción por lo que este artículo de la Ley Hipotecaria dice de los arrendamientos, sino por lo que antes deja establecido respecto a los contratos o actos en que se constituyen derechos reales. Y con razón, porque en tales casos existe una carga, y por lo tanto una disminución del valor que el adquirente o el prestamista deben conocer para no caer en engaño: la falta de expresión en este punto sería contraria al principio de publicidad que domina en toda la Ley Hipotecaria».

cripciones de incapacidad y separados por ellas respecto del contenido jurídico-real propio del Registro, muestra a las claras que su consideración registral es distinta a la de los derechos reales. Excepcionalmente admitidos a inscripción como extraños al objeto genuino de la publicidad registral, todo está diciendo que su inscripción es una inscripción peculiar: en su justificación y finalidad.

Efectivamente, así es, y también de ello tenemos expresa constancia. Lo que con la inscripción de los arrendamientos se pretende es proporcionar al arrendatario un instrumento al servicio de la continuidad y estabilidad de su derecho, compatible con las exigencias del tráfico. Se piensa principalmente en el caso de que el propietario-arrendador venda la finca arrendada. La *Lex Emptoris*, de acuerdo con la naturaleza personal del arrendamiento, dejó históricamente sentado el criterio contrario a dicha continuidad (*emptio tollit locatum*); pero las necesidades de la agricultura y de la industria venían recomendando una fórmula distinta de solución<sup>334</sup>. Un medio para lograrla podía ser el reforzamiento ortopédico del derecho del arrendatario mediante su inscripción en el Registro de la Propiedad: la publicidad lo haría registralmente oponible al comprador de la finca arrendada<sup>335</sup>; o supeditaría esa misma oponibilidad cuando, por razones de oportunidad, ya se la hubiera otorgado la legislación sustantiva<sup>336</sup>. En ambos casos, con diferen-

<sup>334</sup> Vid. GARCÍA GOYENA: *Concordancias...* (ed. Zaragoza 1974), p. 790, dando razón de lo establecido en el artículo 1502 del Proyecto Isabelino en contra del viejo criterio de la *Lex Emptoris*: «[...] Creyóse que dando al nuevo propietario la facultad de expulsar al arrendatario se prestaba favor a las ventas, y no se hizo más que desalentar los establecimientos de la agricultura y de la industria violando los principios. El interés del Estado, más que en los cambios frecuentes de la propiedad, consiste en el buen cultivo, en las grandes empresas, en el fomento de los canales, en la desecación de los pantanos, en la formación de prados artificiales y en el aumento de los rebaños: para esto son muy útiles los largos arriendos, y la seguridad de gozarlos, porque nadie hará en cosa ajena grandes anticipaciones sin la seguridad de reembolsarse de ellas con ventaja. La citada ley 19 de Partida reconoció la utilidad de los arriendos largos, y la favoreció en la segunda de sus excepciones: la reconocieron algunos de nuestros más respetables jurisconsultos, extendiendo el espíritu y favor de la ley a los arriendos de diez o más años: el progreso y prosperidad de la agricultura en algunas de nuestras provincias del norte se deben a esta causa: los arriendos pasan de generación en generación, y vienen a constituir como una segunda propiedad».

<sup>335</sup> Fórmula que, como veremos, resultará de la conjugación de lo dispuesto en el Código Civil (arts. 1549 y 1571) con lo establecido en la Ley Hipotecaria sobre la inscripción de los arrendamientos.

<sup>336</sup> Es lo que ocurriría en la conjugación de la Ley Hipotecaria con lo previsto en los artículos 1502 y 1831, 5.º del Proyecto Isabelino. Según el primero, «Aunque se enajene la finca, subsistirá el arrendamiento durante el plazo convenido, siempre que conste por escritura pública, o que su fecha sea legalmente cierta, a no ser que se hubiese estipulado lo contrario. Lo dispuesto en este artículo se entiende con sujeción a lo que se determina en el título XX de este libro»: a saber: artículo 1831: «También deben inscribirse los títulos en que se imponen sobre bienes inmuebles alguno de los derechos siguientes: [...] 5.º Los arrendamientos por seis años o más, y las anticipaciones de alquileres o rentas por más de un año».

cias sólo de detalles, se trata de lo mismo: de servir a la estabilidad del derecho del arrendatario, proporcionándole un medio de oponibilidad del que de suyo carece, o sometiendo dicha oponibilidad a las exigencias del tráfico. No se trata, pues, de asegurar al arrendatario la adquisición de su derecho; se pretende tan solo permitirle que lo pueda oponer sin sorpresa al tercero que adquiere la propiedad de la finca dentro del tiempo de duración del arrendamiento<sup>337</sup>.

Que ésa sea la finalidad de la inscripción de los arrendamientos y el efecto esperado de ella se confirma atendiendo a lo que al respecto resulta en el Derecho comparado. En realidad, la comparación sólo tiene completo sentido cuando se la establece con los sistemas de publicidad positiva en los que a los arrendamientos se extiende la publicidad del Registro de la Propiedad. Se trataría de ver si en tales sistemas la inscripción permite al arrendatario gozar los efectos de la fe pública registral, y la respuesta es nítida y tajantemente negativa<sup>338</sup>. Es verdad que fuera de esos sistemas —donde la inexistencia de fe pública impide distinguir entre inoponibilidad sustantiva y fe pública, con su consiguiente ingrediente de inoponibilidad—, en Francia, Troplong aplica al segundo arrendador que se adelanta a inscribir el mismo efecto sustantivo que de la prioridad en la inscripción obtiene el segundo comprador<sup>339</sup>. Pero esto, que

<sup>337</sup> Cfr. E. M., p. 244: «De este modo, sin perjuicio del dueño, que al enajenar y traspasar la finca no pretende burlarse de las obligaciones que contrajo con los arrendatarios, sin daño del comprador de buena fe que entra en el contrato con el conocimiento de una obligación de que es sucesor, se salvan los justos derechos de los arrendatarios en los casos que en el Proyecto se prefijan».

<sup>338</sup> Cfr. DESCHENAUX: *op. cit.*, p. 536: «L'annotation des baux à ferme et à loyer, spécialement mentionnés à l'art. 959 al. 1, a pour effet de rendre les droits personnels qui en dérivent "opposables à tout droit postérieurement acquis sur l'immeuble". L'art. 260 al. 2 CO précise cet effet en disant que l'annotation "oblige tout acquéreur à laisser au preneur, en conformité du bail, la jouissance de la chose louée"; le nouveau propriétaire doit souffrir l'utilisation de l'immeuble par le preneur ("die Benutzung gestatten")»; ID: pp. 630-631: «La foi publique ne profite pas à celui qui se fait promettre une prestation ou qui acquiert un droit personnel. Ainsi celui qui conclut un contrat de bail avec la personne indûment inscrite comme propriétaire au registre foncier, et qui entre même en possession de l'immeuble loué ou affermé, n'a pas l'assurance d'être protégé dans ses droits de locataire ou de fermier». En la doctrina alemana, sin una disposición semejante a la suiza sobre inscripción de arrendamientos, *vid.* WOLFF-RAISER: *op. cit.*, p. 271: «La fe pública sólo garantiza la validez de los negocios de disposición sobre derechos inscritos. En cambio, no alcanza a ningún *negocio obligatorio*: así el arrendamiento de una finca otorgado por el inscrito como propietario sin serlo, no surte efecto contra el verdadero dueño, aunque se haya dado al arrendatario la posesión de inmueble».

<sup>339</sup> TROPLONG: *op. cit.*, pp. 377-378: «Nous n'avons parlé de l'utilité de la transcription des baux que par rapport aux tiers acquéreurs et aux créanciers hypothécaires de l'immeuble objet de la location. Cette transcription a aussi de l'intérêt, dans le cas où le même immeuble serait loué successivement à deux personnes, pour plus de dix-huit années: c'est le bail transcrit le premier qui l'emportera sur l'autre. En effet, la loi admet à invoquer le défaut de transcription tous ceux qui ont des droits sur l'immeuble; elle ne fait aucune distinction entre les tiers. Or, nous avons démontré, dans notre Commentaire du *Louage*, qu'un locataire, surtout un locataire à longues années, a un droit réel sur la chose louée [...]».

obviamente no implica que el arrendatario goce los efectos de la fe pública<sup>340</sup>, significa tan solo que en Francia, donde la publicidad se limita a ser condición de oponibilidad, el arrendatario con contrato de duración superior a dieciocho años y en concurrencia con otro arrendatario por igual o superior duración, obtiene de la inscripción la misma protección que el propietario. Ahora bien, que esta regla –fundamentada, además, en el carácter real que se atribuye a estos arrendamientos en razón de su gran duración<sup>341</sup>– no significa nada parecido a una aplicación de la fe pública a favor del arrendatario se comprueba sin más atendiendo a que la misma deja de ser aplicable cuando el primer arrendatario que no inscribió lo es por duración inferior a la exigida para el acceso de su derecho al Registro. ¿Cómo va a reprochársele que no haya inscrito –se preguntaba Troplong– cuando su contrato no era inscribible? La inscripción, en tal caso, no puede decidir la incompatibilidad entre los arrendatarios a favor del segundo que inscribió<sup>342</sup>. Sobre él, a pesar de la inscripción, prevalecerá el primero en el tiempo. En todo caso, repetimos, la comparación que a nosotros más interesa es la establecida con los sistemas de fe pública, y en tales sistemas, según ya hemos visto, los arrendamientos inscritos no gozan de ella.

Avanzadas estas consideraciones generales, es el momento de pasar, aunque sea muy brevemente, al examen del problema en nuestro ordenamiento, y ceñido a su planteamiento estrictamente positivo. Atenderemos para ello a los cambios producidos en la normativa aplicable a los arrendamientos inmobiliarios y a su publicidad registral.

La primera época viene marcada por la aparición y entrada en vigor de la Ley Hipotecaria, y se extiende hasta la aparición del Código Civil. Con un retoque poco más que accidental en la redac-

---

<sup>340</sup> Lo advertimos así porque en nuestra doctrina se ha argumentado sobre esta idea, –tomada directamente de OLIVER, no de TROPLONG– para defender que la inscripción de los arrendamientos produce el efecto de la fe pública registral a favor del arrendatario. Cfr. al respecto PAU PEDRÓN: *La protección ...*, cit., p. 114.

<sup>341</sup> Cfr. TROPLONG: *op. cit.*, p. 378: «Or, nous avons démontré, dans notre Commentaire du *Louage*, qu'un locataire, surtout un locataire à longues années, a un droit réel sur la chose louée, et cette vérité est désormais évidente, en présence de la loi du 23 mars 1855, qui n'a soumis à la transcription les baux de plus de dix-huit ans que parce qu'elle les considère comme démembrements de la propriété».

<sup>342</sup> TROPLONG: *op. et loc. ant. cit.*: «Mais si le bail de plus dix-huit ans se trouvait en concours avec un bail de moins de dix-huit ans, on ne pourrait plus prendre la transcription comme règle de la préférence entre les deux. En effet, le bail de dix-huit ans et au-dessous n'étant pas assujéti à la transcription, on ne saurait lui opposer un bail de plus de dix-huit ans, par le motif que ce dernier a été transcrit: comment pourrait-on reprocher le défaut de transcription à un bail auquel cette formalité n'est pas imposée?».

ción del artículo 2 en la primera reforma de la Ley Hipotecaria<sup>343</sup>, los arrendamientos entran excepcionalmente en el Registro de la Propiedad –sólo los convenidos por duración superior a seis años, y aquellos en que se hubieren anticipado las rentas correspondientes a más de tres o cuya inscripción se hubiere pactado–, y la razón de ser de su inscripción, más que en la protección del arrendatario –a la continuidad de cuyo contrato en caso de venta de la finca arrendada proveía ya sustantivamente el artículo 1502 del Proyecto Isabelino<sup>344</sup>– residía principalmente en la tutela del eventual comprador de dicha finca, toda vez que a éste, sin la debida inscripción, el arrendamiento inscribible no podía perjudicarlo (art. 23 LH). Actuando, pues, a una, y cada uno en su terreno, Código Civil (Proyecto) y Ley Hipotecaria, velaban por la continuidad de los arrendamientos y por su logro sin perjuicio del tráfico inmobiliario. El Código, por sí mismo, velaba por la primera, y la Ley Hipotecaria se encargaba de hacerla compatible con las expectativas del adquirente de buena fe.

Algo varía el panorama con la aparición del Código Civil. Contra lo previsto en el artículo 1502 del Proyecto Isabelino, el artículo 1571 vuelve al viejo y tradicional criterio de la *Lex Emptoris*, pero contando el Código con las disposiciones al respecto de la Ley Hipotecaria, va a permitir que los arrendamientos admitidos a inscripción puedan, por la sola fuerza de su publicación, imponerse al tercero que entra en la propiedad de la finca pudiendo conocer su existencia (arts. 1549 y 1571 CC). Es muy claro que ahora lo que prepondera en la inscripción de los arrendamientos es el interés del arrendatario. Compatibilizado, desde luego, con el del adquirente, pero siempre destacado sobre éste, ya que es la inscripción la que proporciona al arrendamiento una estabilidad que el Código Civil –fuera de la limitada y excepcional prolongación de los arrendamientos de fincas rústicas hasta la finalización del año agrícola (art. 480)– no le da por sí mismo<sup>345</sup>.

<sup>343</sup> Cfr. *supra*, nota 327.

<sup>344</sup> *Vid.*, *supra*, nota 336, en la que hemos transcrito el texto del precepto.

<sup>345</sup> Para el valor de la inscripción de los arrendamientos en el régimen del Código Civil, *vid.* STS 28-7-1993: «Cuarto.–El quinto motivo versa sobre la infracción del artículo 606 del CC, y se funda esencialmente en que el arrendamiento de que se trata no se hallaba inscrito en el Registro de la Propiedad, por lo que, a juicio del recurrente, no le podía ser opuesto ni debe perjudicarlo. Así es, pero ha de señalarse que la situación jurídica a este respecto del comprador de la finca arrendada y los derechos del arrendatario, se hallan definidos en el artículo 1571 del CC, que es el especialmente aplicable al caso, conforme al cual, “lo dispuesto en la Ley Hipotecaria” –se refiere a los efectos de la inscripción practicada según lo prevenido en su artículo 2.º 5.º– puede impedir el ejercicio por el comprador del derecho a terminar el arriendo, por lo que, en el supuesto de no inscripción, como es el

Después vendría la legislación arrendaticia especial, de naturaleza imperativa y muy marcado carácter social. En interés del arrendatario, el contrato se prorroga forzosamente al vencimiento de su plazo, y el comprador de la finca arrendada queda legalmente subrogado en los derechos y obligaciones del arrendador (arts. 57 LAU, TR 1964, y artículo 74 LAR). La publicidad ahora no cuenta para nada. Con ella y sin ella, por disposición de la ley sustantiva, el arrendamiento se impone al adquirente de la finca arrendada.

Y así llegamos a la época actual. La vigente LAU (Ley 29/1994, de 24 de noviembre), pretendiendo compatibilizar la protección razonable del arrendatario con los intereses del propietario, ha reducido la antigua prórroga forzosa al periodo de cinco años de duración mínima y sólo en el arrendamiento para fines de vivienda, reintegrando en el resto la regulación del arrendamiento a los principios ordinarios del régimen de los contratos<sup>346</sup>. A partir de este dato, su publicidad recobra el sentido y valor que le habían asignado el Código Civil y la Ley Hipotecaria. ¿Se lo atribuye efectivamente el legislador de 1994? No es fácil responder exactamente y con seguridad a esta pregunta. Nosotros hemos tratado de hacerlo afirmativamente, atendiendo a la finalidad normalizadora de la disciplina de los arrendamientos urbanos que de sí misma predica la Ley, y a la necesidad de encontrar una interpretación que evite la contradicción entre sus artículos 13, de una parte, y 14 y 29, de otra.

Comienza la nueva LAU por reformar el artículo 2. 5.º de la Ley Hipotecaria para admitir al Registro, sin límites ni cortapisas, todos los arrendamientos inmobiliarios. Es algo que originariamente, como contrario a la naturaleza del arrendamiento y a la

---

que nos ocupa, el comprador puede ejercitar el derecho a poner fin al arrendamiento, de donde, en estos términos, procede la estimación del motivo. Quinto.—El motivo sexto denuncia infracción del artículo 1571 CC, en cuanto la sentencia impugnada condena al recurrente y su esposa “a indemnizar a los actores los daños y perjuicios que a los mismos se le hayan irrogado por el despojo y privación de los repetidos derechos arrendaticios”. Ciertamente corresponde al vendedor indemnizar los perjuicios causados al arrendatario cuando, como en este caso sucede, el comprador ejercita su derecho “a que termine el arrendamiento vigente al verificarse la venta”, y ello incluso si éste tenía conocimiento de la existencia del arrendamiento, siempre que no se pacte lo contrario por vendedor y comprador o se trate de un arrendamiento inscrito en el Registro de la Propiedad, casos ambos en que, conforme al artículo 1571, excepcionalmente no opera la regla *emptio tollit locatum*; ha de prosperar, por tanto, también este motivo [...].

<sup>346</sup> Cfr. E. M.: «[...] En este sentido, al mismo tiempo que se mantiene el carácter tuitivo de la regulación de los arrendamientos de vivienda, se opta en relación con los destinados a otros usos por una regulación basada de forma absoluta en el libre acuerdo de las partes [...]. Para ello, en la regulación de los arrendamientos para uso distinto al de vivienda, la ley opta por dejar al libre pacto de las partes todos los elementos del contrato, configurándose una regulación supletoria del libre pacto que también permite un amplio recurso al régimen del Código Civil».

intrínseca relatividad de su eficacia, Gómez de la Serna había estimado excesivo e injustificado<sup>347</sup>, pero que el legislador actual ha motivado atendiendo a finalidades bien ajenas a las propias del Registro de la Propiedad<sup>348</sup>. Si la lógica ha estado presente en la

---

<sup>347</sup> SERNA: *op. cit.*, pp. 304-305: «La primera objeción que puede hacerse a lo que aquí establece la Ley, es la de no haberse sujetado a la inscripción todos los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles, y sí sólo los que en este número y en el siguiente artículo se mencionan. La contestación es porque no constituyen un derecho *real*. Mas esta respuesta puede dar lugar a otro nuevo argumento, a saber porque no se han convertido en derechos *reales* todos los arrendamientos, como se ha hecho con los que exceden de seis años y los que tienen tres anualidades de rentas anticipadas. A esto contestaremos, que la declaración implícita de que todos los arrendamientos fueran derechos *reales* no estaría justificada. El arrendamiento, según hemos dicho, sólo da un derecho personal: esta es su índole y su naturaleza: para justificar su conversión en derecho *real*, es menester que haya circunstancias muy especiales que lo aconsejen [...]. La Ley, pues, debe arreglarse a las necesidades reconocidas, no ser pródiga en sacar las cosas de sus condiciones naturales y ordinarias, ni transformar los derechos de una clase en otra, mientras no esté reconocida la conveniencia de verificarlo» (cvas. del a.).

<sup>348</sup> E. M. LAU: «Al mismo tiempo, se consagra expresamente la posibilidad de todos los contratos de arrendamiento, cualquiera que sea su duración, de acceder al Registro de la Propiedad, intentando, por otro lado, potenciar esta posibilidad de acceso mediante la vinculación de determinadas medidas de fomento o beneficio al hecho de la inscripción. Este hecho no sólo contribuye a reforzar las garantías de las partes, sino que incrementa la información disponible para el Estado, permitiéndole el diseño y ejecución de aquellas medidas que puedan contribuir a la mejora de la ordenación normativa y de la práctica de los arrendamientos». Tiene sus precedentes en nuestra legislación esta espuria aplicación de la publicidad a los arrendamientos. Para un autorizado juicio sobre ellos, *vid.* SERNA: *op. cit.*, pp 299-301: «Apareció por primera vez entre nosotros la regla de que se inscribieran en el registro los contratos de que aquí se trata, en el Real decreto de 23 de mayo de 1846, al ordenar que en las provincias del reino e Islas adyacentes estuvieran sujetos al derecho de hipoteca todos los arriendos y subarriendos de bienes inmuebles. En él no se hizo distinción alguna entre las diferentes clases de arrendamiento, porque todos sin distinción alguna debían registrarse. Ni debe parecer esto extraño si se considera que el decreto se dio principalmente en interés fiscal, y que lo que a los arriendos y subarriendos se refería, tenía por objeto hacer efectivo el impuesto que establecía sobre ellos. Este impuesto, desfavorablemente acogido por la opinión pública, y disminuido poco después de creado, fue suprimido del todo por causas fiscales y aun económicas, como expresó el Gobierno en la Exposición que precede al real decreto de 26 de noviembre de 1852, al dar como fundamento para suprimirlo que los resultados no habían correspondido al objeto de la imposición, y que no podía menos de considerarse como un recargo sobre lo que pagaba el contribuyente por razón de las utilidades de las mismas fincas. El resultado fue que, suprimido el impuesto, causa principal de estar sujetos los arrendamientos y subarrendamientos de bienes inmuebles a la inscripción, se declaró que en cuanto a su toma de razón en las oficinas del registro se estuviera a lo que se dispusiese en la legislación común, a lo que era consiguiente que quedaran libres del registro, puesto que el derecho civil no les imponía la necesidad de la inscripción. No pasó mucho tiempo sin que de nuevo se exigiera la inscripción, si bien ya fue entonces por razones diferentes. Fueron estas, según decía el Gobierno, el tener un elemento para perfeccionar la estadística de la riqueza inmueble y conseguir un repartimiento más equitativo en la contribución, añadiendo, que sin ventaja para los particulares, se había privado a la Administración del medio de reunir datos muy importantes, absolutamente indispensables para la formación de la estadística, y que por lo tanto, era necesario restablecer lo que con tanta previsión había sido mandado en 1845. Por esto ordenó el Real decreto de 19 de agosto de 1853 que se presentaran a la toma de razón en las oficinas del registro de hipotecas todos los contratos de arriendo y subarriendo de bienes inmuebles, y que se pusieran de acuerdo los Ministros de Gracia y Justicia y Hacienda para que los derechos de inscripción se redujeran a la menor cantidad posible. No llegó a verificarse el concierto, porque esta disposición fue derogada como costosa y vejatoria tres me-



concepción de la nueva Ley, habrá que pensar que, aparte estos fines algo espurios, alguna consecuencia deberá seguirse de la inscripción de los arrendamientos, o de su omisión, en el terreno sustantivo civil. ¿Cuáles son estos efectos? Y, por lo que hace al objeto central de nuestro actual discurso: ¿se comprende entre ellos el resultado propio de la fe pública registral?

Los preceptos que principalmente cuentan en la respuesta a estas preguntas son los artículos 13, 14 y 29. Resumiendo al máximo en la indicación de sus disposiciones: Dentro del mínimo garantizado de los cinco años, la publicación del arrendamiento, y su omisión, no cuentan para nada: con inscripción o sin ella, el arrendatario lo tiene legalmente asegurado (arts. 13, 1, I y 14, I). Fuera de ellos, la «resolución del derecho del arrendador» provoca la del arrendamiento, a no ser que éste —con la excepción del otorgado por el usufructuario, superficiario o titular de derecho de goce análogo— hubiere accedido al Registro con anterioridad a los derechos determinantes de aquella resolución (art. 13, 1, II, y 2). Por más que este dato legal haya sido aducido como prueba de que el arrendatario goza de la fe pública registral por consecuencia de la inscripción de su derecho<sup>349</sup>, nosotros no vemos en él sino una manifestación del principio de oponibilidad de lo inscrito en favor del arrendatario. Porque éste ha inscrito su derecho puede oponerlo a los titulares de los que determinan la resolución o extinción de la titularidad del arrendador; de no haberlo inscrito, tendría que padecer las consecuencias de tales derechos sin poder hacer valer el suyo sobre ellos. Esto y no otra cosa, nos parece, es lo que dice la

---

ses después, según hemos dicho en la Introducción histórica, por otro Real decreto de 25 de noviembre de 1853. Basta lo dicho para comprender que las disposiciones emanadas del Ministerio de Hacienda respecto a la inscripción de los arrendamientos, no llevaban en sí ningún interés puramente civil, y que estaban dominadas exclusivamente por el interés fiscal. Muy diferente fue el aspecto bajo el que se consideró esta cuestión en el proyecto de Código civil, en que se adoptó la misma idea que ha prevalecido en la Ley hipotecaria, si bien con alguna diferencia en su aplicación; en él, como era natural, el interés civil fue el principalmente consultado».

<sup>349</sup> Vid. PAU PEDRÓN: *La protección ...*, cit., pp. 115-116: «La LAU (art. 13. 1. 2.º) ha venido a confirmar la protección del arrendatario por el principio de fe pública registral. Tras formular la regla general de resolución del arrendamiento al extinguirse el derecho del propietario-arrendador, añade: “se exceptúa el supuesto en que el contrato de arrendamiento haya accedido al Registro de la Propiedad con anterioridad a los derechos determinantes de la resolución del derecho del arrendador”. Luego si el retracto convencional, la sustitución fideicomisaria, la hipoteca, el embargo, la opción ... no han accedido al Registro, y el arrendamiento sí, aquellos derechos no perjudicarán al arrendatario. La fe pública protege por tanto al titular del arrendamiento, y lo hace frente a los títulos no inscritos, y frente a las causas de resolución o de nulidad del derecho del constituyente, que tampoco consten en el Registro. Naturalmente, ha de reunirse, a mi juicio en ambos casos, los requisitos enumerados en el artículo 34 LH». Contrario a esta opinión, PANTALEÓN: *Comentario a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, dir. Pantaleón, Madrid, 1995, p. 30.

Ley. Y algo similar deberá ocurrir cuando se produce la enajenación de la finca arrendada (arts. 14, II y 29). Transcurrido el mínimo legal asegurado de los cinco primeros años, el adquirente quedará subrogado por la totalidad de la duración pactada —dice la Ley— salvo que concurran en él los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Nosotros estamos con quienes entienden que la referencia al artículo 34 es aquí un craso error del texto de la Ley que debe ser corregido entendiéndola hecha al artículo 32<sup>350</sup>. En tal sentido, su significado no puede ser otro sino que el adquirente desconocedor del arrendamiento por la omisión de su inscripción, queda libre de la subrogación indicada en el precepto. Es lo que, conforme a la naturaleza del arrendamiento, impone la normalización de su régimen, la coherencia del artículo 14 con el 13, y la necesidad lógica de atribuir algún efecto al hecho, ahora más ampliamente admitido y renovadamente pretendido, de su inscripción en el Registro de la Propiedad. Nada de esto se consigue si la subrogación se entiende en los términos más abiertos que sugiere la redacción del artículo 14<sup>351</sup>. En todo caso, lo que aquí se ventila es una cuestión de oponibilidad. ¿Goza de la fe pública registral el arrendatario que inscribe? Basta leer el artículo 13, 3 de la LAU para poder responder negativamente: la extraña y limitada protección que en él la Ley otorga al arrendatario *a non domino* no exige haber arrendado a propietario o titular inscrito ni haber inscrito el arrendamiento<sup>352</sup>. A la vista de este dato se hace forzoso negar que a través de la publicidad la Ley aplique el principio de la seguridad del tráfico a favor de la adquisición del arrendamiento<sup>353</sup>; al igual

---

<sup>350</sup> Cfr. por todos, ALONSO PÉREZ, M.: *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, coord. Lasarte, cit., pp. 398-403.

<sup>351</sup> Vid., para su crítica, entre otros, DE LA PUENTE ALFARO: *El arrendamiento urbano frente a terceros. La oponibilidad del arrendamiento: los arts. 13, 14 y 29 LAU*, Barcelona, 1996, pp. 71-72 y POVEDA BERNAL: *op. cit.*, p. 402.

<sup>352</sup> Cfr. PANTALEÓN: *op. cit.*, pp. 30-31: «[...] su derecho [el del arrendatario] no es un derecho real que pueda adquirirse *a non domino*. Lo demuestra patentemente el apartado 3 del mismo artículo 13: no hay otra adquisición *a non domino* de derecho arrendaticio que la del arrendamiento de vivienda por el plazo de cinco años. La necesidad de una norma como la contenida en el artículo 13. 3 LAU surge precisamente de que el principio de fe pública registral no sirve para adquirir *a non domino* derechos arrendaticios. Y es obvio que la nueva Ley de Arrendamientos no ha pretendido cambiar eso». PAU PEDRÓN, en cambio, partidario de aplicar la fe pública al arrendamiento, tiene que hablar aquí —*op. cit.*, pp. 116-117— de una «adquisición *a non domino* civil sobre base registral».

<sup>353</sup> Al amparo de la legislación anterior, sostenía la aplicación de tal principio en favor del arrendatario GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, p. 409: «La seguridad del tráfico exige que el arrendatario y el optante que cumplen los requisitos del artículo 34 LH sean protegidos como cualquier subadquirente en base a dicho precepto. Por eso, consideramos que carece de consistencia la posición de ROCA SASTRE, cuando dice: “Los contratos de arrendamiento y de opción tienen acceso al Registro, pero a ellos no se extiende la fe pública del Registro, porque los efectos de su inscripción son los puramente negativos de ser oponibles a los

que en ninguna parte lo aplica a favor del cesionario o subarrendatario que traiga causa de arrendatario inscrito. En definitiva, pues, que en la vigente LAU, la inscripción de los arrendamientos sigue sirviendo a la misma finalidad que originariamente le asignó la Ley Hipotecaria: permite oponerlo, favoreciendo así su continuidad, pero no refuerza ni asegura su adquisición.

Muy débiles son, a nuestro juicio, los argumentos que en contra de esta conclusión se han esgrimido, antes y después de la vigente LAU, pretendiendo equiparar los efectos de la inscripción de los arrendamientos a los comunes u ordinarios de la de los derechos reales. Contrario a los principios recibidos es querer llegar a esa equiparación atribuyendo naturaleza jurídico-real al derecho del arrendatario, por sí mismo o por efecto de su inscripción<sup>354</sup>. Tampoco es fácilmente comprensible la tesis que sostiene que, sin tocar el carácter personal de su naturaleza, la admisión del arrendamiento al Registro de la Propiedad implique y signifique someterlo desde el punto de vista hipotecario al régimen propio de los derechos reales<sup>355</sup>: naturaleza y régimen de los derechos se reclaman y exigen mutuamente, y si en algún punto la ley entiende justificado atribuir a un derecho efectos ajenos a su naturaleza, a ese punto y limitadamente debe atenerse el intérprete en la explicación y aplicación del dato legal. En nuestro caso, consta suficientemente que con la inscripción sólo se pretende permitir que el arrendatario pueda oponer su derecho a quien, sin ser parte en el contrato, viene a suceder al arrendador en la titularidad de la finca arrendada. Tampoco es prueba suficiente que en nuestro Derecho, a diferencia de lo que ocurre en el suizo, del arrendamiento se tome razón no mediante anotación preventiva sino por inscripción<sup>356</sup>: la transitoriedad característica de la anotación preventiva en nuestro Derecho<sup>357</sup> es lo más

---

sucesivos adquirentes del inmueble arrendado, los cuales se subrogarán en los contratos con la posición de arrendador. Son los efectos propios de una subrogación legal por vía registral". No hay rastro alguno en la legislación vigente, de esa «discriminación» hacia los derechos personales inscribibles».

<sup>354</sup> Tesis, destacadamente, de VALLET DE GOYTISOLO: *Hipoteca del derecho arrendatario*, Madrid, 1951. Para su refutación, por todos, ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, III, cit., pp. 504-519.

<sup>355</sup> Es la opinión sostenida por PAU PEDRÓN: *op. cit.*, pp. 19-20; ID: *Comentarios a la LAU*, coord. Lasarte, cit., pp. 1052-1053.

<sup>356</sup> Argumento aducido por PAU PEDRÓN: *La protección...*, cit., p. 24.

<sup>357</sup> GALINDO y ESCOSURA: *Comentarios ...*, cit., II, p. 580: «Son las anotaciones preventivas, unos asientos de carácter provisional que se extienden en los libros del Registro [...]»; CAMPUZANO: *Elementos de Derecho Hipotecario*, II, Madrid, 1931, p. 8: «La inscripción y la cancelación son metas del camino hipotecario; la anotación es un puente que a veces hay que poner en el camino para llegar a su término»; LACRUZ-SANCHO: *op. cit.*, p. 215 «Transitoriedad y pendencia son los dos caracteres más salientes de la anotación preventiva en su contraste con la inscripción».

contrario a la duración que, a través de su publicación, quiere asegurarse al arrendamiento. Mucho menos, que en el comentario al originario artículo 27 de la Ley Hipotecaria, Gómez de la Serna no excluyera al arrendatario respecto de quienes para dicha Ley obtienen la consideración de «terceros»: la no referencia a él en dicho comentario no puede tener esa transcendencia, y, en cambio, en el mismo comentario es muy claro, por expresamente afirmado, que sólo puede ser tercero hipotecario el titular de un derecho real en conflicto con otro de igual naturaleza<sup>358</sup>. Queda, pues, en pie que la inscripción de los arrendamientos –lo mismo y con mayor razón vale para la del derecho de retorno arrendaticio<sup>359</sup>– es una inscripción especial y de efectos limitados: permite al arrendatario oponer su derecho, pero no se lo asegura si lo adquirió de quien no podía otorgárselo. Por ello ha podido decirse –a nuestro juicio, con razón– que el estudio de los efectos hipotecarios del arrendamiento inscrito puede constituir un nuevo argumento en favor de la tesis dualista o de la defensa del principio autónomo de inoponibilidad de lo no inscrito, consagrado en los artículos 32 de la Ley Hipotecaria y 606 del Código Civil<sup>360</sup>.

#### 4. ¿Inoponibilidad de derechos no inscritos al anotante del embargo?

Un problema actualmente suscitado y planteado en nuestra doctrina –a pesar de estar resuelto en la Ley Hipotecaria y razonada su solución en la Exposición de Motivos de 1861– es el de si la anotación de embargo podría permitir al acreedor anotante lucrar las ventajas que el Registro depara al tercero que inscribe. La cuestión se plantea a veces indistintamente, entendiendo las indicadas ventajas como una aplicación, sin más, del principio de publicidad; otras veces se afina algo más: aunque el acreedor embargante no fuera un tercero adquirente del artículo 34 de la Ley Hipotecaria,

<sup>358</sup> SERNA: *op. cit.*, p. 589, excluyendo de entre los «terceros» a los acreedores que no tengan un derecho real sobre la finca enajenada: «[...] no puede perderse de vista que todo lo que se establece en la Ley respecto al conflicto de derechos que puede haber entre varios, se refiere sólo a los derechos reales».

<sup>359</sup> Cfr., por todos, ROCA SASTRE: *op. cit.*, pp. 530-542. En nuestro trabajo *El objeto de la publicidad ...*, cit., pp. 630-632.

<sup>360</sup> POVEDA BERNAL: *op. cit.*, p. 371: «El estudio pormenorizado de los efectos hipotecarios del arrendamiento inscrito –en los mismos términos que otros derechos personales inscribibles, como la opción cuando se configura como derecho personal–; el cuidadoso deslinde de los efectos de la inscripción de un derecho personal, puede constituir un nuevo argumento, hasta ahora no considerado, en pro de la tesis dualista o de la defensa autónoma del principio de inoponibilidad de lo no inscrito, consagrado en los arts. 32 LH y 606 CC».

¿no podría ser un tercero del artículo 32? En cualquier caso, se pregunta: no favorecería nuestro sistema al acreedor anotante, impidiendo que anteriores derechos no inscritos puedan impedir el buen fin del embargo? Advertido, pues, que el problema planteado no se atiende estrictamente en los términos de su tratamiento a los de la exacta delimitación del ámbito de actuación del principio de inoponibilidad, en cuanto, no obstante, guarda efectivamente conexión con él, y desde tal punto de vista se le trata y propone en ocasiones, creemos justificado que nos ocupemos de él trayéndolo a este lugar y situándolo en este contexto.

Y hecha la anterior advertencia, debemos todavía añadir otra: el problema a estudiar, circunscrito a su núcleo es relativamente abaricable y sencillo, pero puede llegar a complicarse muy fatigosamente en la distinción separada de sus numerosas variaciones casuísticas<sup>361</sup>, y tampoco contribuye a la claridad de su solución la tan manoseada antinomia entre los artículos 1923. 4.º y 1927, II, 2.ª del Código Civil. Se comprenderá entonces que no podamos ni debemos entrar aquí en el detalle de todas estas cuestiones<sup>362</sup>. Ni es necesario: hace más a nuestro propósito en este trabajo —y a los efectos de su clarificación es, seguramente, más provechoso— encarar el problema del sentido y efectos de la anotación de embargo iluminándolo desde los principios del sistema y atendiendo a la naturaleza de las instituciones en él implicadas. Sin pretender, pues, su estudio analítico y completo, nos limitaremos a situarlo en el enclave de su solución, colocándonos nosotros en esa perspectiva en que la inmediatez de los árboles no impide la visión del bosque.

¿En qué consiste, propiamente, el problema? En determinar cuál es el efecto que para el embargo se sigue de su admisión a la publicidad del Registro. Como es sabido, la responsabilidad del deudor se cierne potencial e indistintamente sobre los bienes, presentes y futuros, del deudor (art. 1911 CC); el embargo tiende a concretar esa responsabilidad en alguno de tales bienes, sujetándolo a la satisfacción del acreedor; y, finalmente, la anotación preven-

<sup>361</sup> Cfr. PARDO NÚÑEZ, Celestino: *Anotaciones judiciales de embargo y demanda*, Madrid, 1997, pp. 97-98: «Esta materia es de difícil estudio, y la dificultad que arrastra se acentúa en función de la mayor o menor complejidad que pueda presentar el historial registral de la finca sujeta a ejecución. Variable que explica por qué no cabe un tratamiento unitario y que, por el contrario, el intérprete deba proceder a establecer continuas y engorrosas distinciones». Para una comprobación de esta advertencia, *vid.*, e.c., ERDOZÁIN LÓPEZ, José Carlos: *Anotaciones Preventivas de Embargo, Prelación de créditos y Transmisiones a Terceros*, 2.ª ed. 2000, pp. 157-180.

<sup>362</sup> Para una detallada exposición del tratamiento doctrinal del problema a partir de la reforma hipotecaria de 1944-46, *vid.*, PRADA ÁLVAREZ-BUYLLA, Plácido: «Registro de la Propiedad y anotaciones de embargo», en «La evolución del Derecho Registral Inmobiliario en los últimos cincuenta años», Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1997, pp. 329-380.

tiva publica tal sujeción, haciéndola cognoscible *erga omnes*. ¿Cómo actuará en el tráfico esa sujeción publicada? Es muy claro que, a través de la anotación preventiva del embargo, el Registro se pone al servicio del procedimiento de apremio, y, mediante él, al servicio del crédito. Pero, ¿en qué forma? Heredera la anotación de embargo de la antigua hipoteca judicial, ¿constituye el embargo anotado propia y verdadera hipoteca en favor del acreedor embargante?; ¿otorga preferencia a su crédito?; al igual que la anotación permite oponer el embargo a eventuales adquirentes del bien embargado, ¿provoca también la inoponibilidad al embargante de aquellos derechos que sobre el bien embargado pudieran existir sin estar publicados?

La respuesta a estas preguntas fue clara y coherente, sustancialmente al menos, en la Ley Hipotecaria de 1861<sup>363</sup>. Siendo la finalidad del Registro el aseguramiento del tráfico inmobiliario, queda fuera de su propósito central la protección del simple acreedor; y siendo materia ajena a la suya la de la clasificación y prelación de los créditos, queda fuera de su competencia la determinación del rango de aquel cuya reclamación se asegura mediante el embargo anotado. Ello no obstante, sujeto judicialmente el bien embargado a la satisfacción del crédito, y publicada por el Registro dicha sujeción, es lógico que tras la anotación nadie pueda pretextar su desconocimiento: el bien embargado podrá ser enajenado, pero sin perjuicio de la persona a cuyo favor se hizo la anotación (art. 71 LH). Ahí va a quedar casi todo. La anotación no convierte en hipotecario el crédito reclamado que, en la consideración que por razón de su clase le corresponde, no obtendrá del embargo y de su anotación más preferencia que la de la prioridad temporal en relación sólo con otros que eventualmente puedan ser contraídos posteriormente contra el mismo deudor (art. 44 LH)<sup>364</sup>. Mucho menos podrá la

---

<sup>363</sup> Crítico, no obstante, respecto a ella, RAMOS FOLQUÉS: «El precedente real en las anotaciones de embargo», *RDP* 1952, pp. 718-720: la Exposición de Motivos –dice–, conociendo la pluralidad de las antiguas hipotecas judiciales, se limita a pensar en la pretoria o asentamiento, y en los párrafos que dedica a la explicación de su adaptación al Derecho vigente son vulnerables, entre otros puntos, «la afirmación de que las anotaciones no declaran ningún derecho ni cambian la naturaleza de los constituidos, las relativas a la carrera de velocidad ni en fin aquellas relativas a que las hipotecas judiciales jamás crearon una acción hipotecaria a favor de quien las obtuvo» (p. 719). Mucho más ajustada y templada, la observación de REY PORTOLÉS, Juan M.: «Prelación de créditos con embargo anotado (Arts. 1923, 4.º y 1927, II, 2.ª del Código Civil)», *Centenario de la Ley del Notariado* (Ciclo de Conferencias), Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1989, pp. 361-365: no es la Exposición de Motivos la que incurre en motivo alguno de censura, sino la redacción dada por la Comisión al artículo 44 de la Ley traduciendo normativamente el pensamiento de aquélla.

<sup>364</sup> «El acreedor que obtenga anotación a su favor en los casos de los núms. segundo, tercero y cuarto del artículo 42, –decía el originario artículo 44 de la Ley Hipotecaria– será preferido en cuanto a los bienes anotados solamente, a los que tengan contra el mismo deudor

anotación poner al embargante a salvo respecto de anteriores derechos recayentes sobre la finca embargada y no inscritos. Si, aunque todavía inscrito a nombre del deudor, el bien embargado es ya propiedad de tercero, a pesar de la anotación del embargo, la tercería de dominio hará prevalecer los derechos del dueño sobre los del acreedor embargante.

En definitiva, que la anotación no permite al acreedor embargante acogerse a la fe pública registral; pero, al hacer cognoscible el embargo, impide a eventuales terceros adquirir como libre la finca trabada. La solución se queda más corta que la introducida en Francia –sin posibilidad de conectarla allí con la fe pública registral– por efecto las reformas de la Ley de Procedimiento Civil de 17 de junio de 1938 y de enero de 1959<sup>365</sup>; pero es sustancialmente igual a la adoptada –ahora sí, conectada *negativamente* con la fe pública a través de la *Vormerkung*– en el Derecho alemán (§ 883 BGB)<sup>366</sup>; es verdad que en este último, con mayores expectativas

---

otro crédito contraído con posterioridad a dicha anotación». En 1909, el mismo precepto se limitó a remitir en este punto al Código Civil: «... tendrá para el cobro de su crédito la preferencia establecida en los artículos 1923 y siguientes del Código Civil», con el acierto de poner de manifiesto la ajenidad de esta materia a la propiamente hipotecaria, pero con el inconveniente de arrojarla al problema interpretativo suscitado por los artículos 1932, 4 y 1927, 2.<sup>a</sup> Finalmente, el TR de 1946 volverá, aunque no a la letra, al sentido de la redacción originaria: «... tendrá para el cobro de su crédito la preferencia establecida en el artículo 1923 del Código Civil».

<sup>365</sup> Cfr. MAZEAUD: *Leçons de Droit Civil III*. 2.<sup>a</sup> ed. Paris 1963, p. 597: «Le créancier chirographaire “précise” son droit relativement à tel ou tel immeuble de son débiteur lorsqu’il procède à la saisie de cet immeuble. Mais il n’acquiert pas, pour autant, un véritable droit réel sur l’immeuble saisi. Aussi n’admettait-on pas que la saisie lui donnât la qualité de tiers du droit commun. La situation est autre depuis le décret du 17 juin 1938. Le législateur se contente de la “precision” du droit de créance qui résulte de la saisie; la publication de cet droit précisé fait du créancier saisissant un tiers du droit commun: *les aliénations publiées, après le dépôt du commandement valant saisi, ne sont pas opposables aux créancier saisissants* (art. 686 C. pr. civ. modifié par décret núm. 89 de 7 janv. 1959)»; THIÉRY: *Sûretés et publicité foncière*, 1988, p. 206: «L’article 686, alinéa 2, du Code de procédure civile, rend inopposables “aux créanciers saisissants, même non inscrits (...) les hypothèques judiciaires, conventionnelles ou légales et les privilèges inscrits” depuis le dépôt du commandement. Cette règle, introduit par le décret-loi du 17 juin 1938, vise à protéger le créancier chirographaire saisissant, en mettant fin aux controverses sur la nature de ses droits. A l’égard du saisissant, le créancier inscrit tardivement ne peut se prévaloir de son droit d’hypothèque» En nuestra doctrina, haciéndose eco de este régimen, indicando las condiciones y alcance de la inoponibilidad francesa, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: «El sistema registral francés», *RCDI*, 1963, pp. 770: «Y, además [juega tal inoponibilidad], en ciertos casos en que el acreedor originariamente quirografario deja de ser un simple acreedor: 1.º Por haber inscrito el embargo obtenido frente al deudor (art. 686, C. proc. civ.). En consecuencia, las transmisiones anteriores no inscritas no prevalecen frente al embargo, a diferencia de lo que ocurre en el Derecho español» (cvas. de los aa.).

<sup>366</sup> Cfr. WOLFF-RAISER, en ENNECCERUS, cit., pp. 271-272: «La fe pública del Registro inmobiliario sólo garantiza la validez de las disposiciones hechas *por negocio jurídico*. No se protege: a) Al que adquiere un derecho en base a una ejecución forzosa o por *remate de un embargo*. Si un acreedor de titular indebidamente inscrito como propietario logra inscribir una hipoteca forzosa, no adquiere hipoteca alguna, aunque confie en la exactitud del Registro» (cva. del a.). Recientemente y sobre esta materia, en nuestra doctrina, SÁNCHEZ JORDÁN, María Elena: *Las anotaciones preventivas (en particular, la de embargo) en los sistemas registrales alemán y español*, Madrid, 2002.

de seguridad y de éxito que en el nuestro, toda vez que en su sistema, el carácter constitutivo de la inscripción impide la posibilidad de recurrir a la tercería de dominio por consecuencia o efecto de adquisiciones *negociales* no inscritas. En todo caso es la solución que en nuestro Derecho se compadece con la finalidad aseguradora del tráfico que como propia asume el Registro de la Propiedad y con el respeto a la existencia y realidad de los derechos reales no inscritos. El recurso contra los actos y maquinaciones defraudatorias del deudor está en la acción revocatoria o pauliana.

Pues bien, esta solución, claramente establecida en la Ley Hipotecaria (arts. 42, 2.º, 3.º y 4.º; 44 y 71), diáfananamente explicada y razonada en su Exposición de Motivos <sup>367</sup>, aplicada como jurisprudencia consolidada por el Tribunal Supremo <sup>368</sup>, y sostenida por la común doctrina <sup>369</sup>, es la que, actualmente, sin poder recabar para sí la consideración de pacífica, tiene que contentarse con el calificativo de oficial o clásica. Es que, efectivamente, tras un primer ataque a comienzos de los pasados años cincuenta <sup>370</sup>, ha sido posteriormente objeto de «tres pronunciamientos o sublevaciones» <sup>371</sup> capitaneadas por Álvarez Caperochipi, Franco Arias y García García <sup>372</sup>, que, aunque no hayan logrado imponerse, pare-

<sup>367</sup> E. M., pp. 231-236.

<sup>368</sup> Como muestra, en la más reciente jurisprudencia, SS de 21-3-03: «La jurisprudencia de esta Sala admite reiteradamente que el embargante no está protegido contra actos dispositivos realizados con anterioridad al embargo, y que no goza tampoco de la protección del artículo 34 de la Ley Hipotecaria (SS 12-12-1988, 16-2-1990, y 18-2-2002, entre otras)» y 9-4-03: «... una cosa es los efectos con respecto a tercero de la cancelación de un asiento registral cancelado, y otra, la doctrina jurisprudencial que claramente establece que la anotación de embargo no inviste por sí de privilegio o de preferencia a los créditos que cubre cautelarmente respecto a los anteriores o preferentes, por lo que la “preferencia simple” entre créditos enfrentados no privilegiados ha de ser computada a tenor de la antigüedad de los títulos en colisión (por todas, la sentencia de 14 de noviembre de 1992)».

<sup>369</sup> Cfr. HERNÁNDEZ ARIZA: José: *Ley Hipotecaria comentada*, I, Madrid, 1861, pp. 52-55; GALINDO y ESCOSURA: *Comentarios ...*, cit., II, pp. esp., 639-642; MANRESA: *Comentarios al Código Civil español*, XII, 3.ª ed. Madrid, 1920, p. 738; ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, 8.ª ed., cit. VI, pp. 413-470; COSSÍO: *Instituciones ...*, cit., pp. 265-269; LA-CRUZ-SANCHO: *op. cit.*, pp. 224-229, GULLÓN BALLESTEROS: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, (dir. Albaladejo), XXIV, Madrid, 1984, pp. 742-744 y 783-788; Díez-Picazo: *Fundamentos ...*, cit., pp. 494-497; monográficamente, OSSORIO SERRANO: *La anotación preventiva de embargo*, Granada, 1986.

<sup>370</sup> RAMOS FOLQUÉS, Rafael: «La anotación preventiva de embargo en los casos de disconformidad entre realidad y Registro: sus efectos después de la reforma de 1944», *RDP*, 1951, pp. 553-568; ID: *El precedente real...*, cit., p. 703-724.

<sup>371</sup> La expresión es de REY PORTOLÉS: *op. cit.*, p. 347.

<sup>372</sup> ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, José A.: *Derecho Inmobiliario Registral*, Madrid, 1986, pp., esp., 155-163; FRANCO ARIAS, Just.: *El procedimiento de apremio*, Barcelona, 1987, pp. esp., 360 ss.; y GARCÍA GARCÍA: *El tópico de los efectos limitados de las anotaciones de embargo. Hacia una interpretación del efecto real absoluto de tales anotaciones en el sistema español*, en *Ponencias y Comunicaciones presentadas al VII Congreso Internacional de Derecho Registral*, Madrid, 1988, después matizado en *Derecho Inmobiliario ...*, II, cit. pp. 749-776. Posteriormente, ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ ha vuelto sobre el tema en *El Re-*



cen haber removido concepciones hasta entonces pacíficas llegando incluso a influir en la redacción dada al artículo 175, 2.º del Reglamento Hipotecario en su reforma de 1992, y en la del artículo 674. 2.º de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. La antinomia –real o aparente<sup>373</sup>– entre los artículos 1923, 4.º y 1927, II, 2.ª del Código Civil, ha sido el caldo de cultivo de la nueva tendencia, pero sus razones de fondo son de política jurídica: la solución clásica –se piensa– permitiendo la frustración del procedimiento de apremio, lleva a la desconfianza en el sistema y al descrédito de la administración de justicia. Sin tener que entrar en los detalles de la argumentación, nos limitaremos a ponderar seguidamente las razones que motivan y sustentan el «sublevamiento», frente a las que llevaron al legislador a adoptar el criterio ahora impugnado.

El descrédito de los procedimientos judiciales de ejecución, y de la misma administración de justicia<sup>374</sup>. No pasó inadvertido este

---

*gistro de la Propiedad y el sistema de preferencias crediticias*, Granada, 1995, y se ha unido a la nueva tesis MERINO GUTIÉRREZ, Arturo: «El tercero hipotecario y la anotación de embargo», *ADC*, 1994, pp. 91 ss.

<sup>373</sup> La afirma con énfasis y denunciando su desatención por la doctrina, GARCÍA GARCÍA: *El tópic de los efectos limitados ...*, cit., pp., esp., 245-246 y 275, conclusión tercera; salvada por la interpretación, la niegan, REY PORTOLÉS: *op. cit.*, p. 378, y los autores por él citados en dicho lugar; también, refiriendo el «entre sí» empleado por el artículo 1927 a la concurrencia de créditos de la misma clase, LACRUZ-SANCHO: *op. cit.*, p. 228, y GULLÓN: *Comentario del Código Civil*, II, Ministerio de Justicia, 1991, p. 2079: «La regla 2.ª del artículo 1926 [sic] que estamos comentando establece un criterio de colisión cuando los créditos que enumera colisionen “entre sí”, pero no se alude a créditos de distinta naturaleza, porque pugnaría con el artículo 1923». Por lo demás, para una sucinta referencia al tratamiento de dicha antinomia en la doctrina, *vid.* PRADA ALVAREZ-BUYLLA: *op. cit.*, pp. 375-376, nota 72. Singular en este punto, PARDO NÚÑEZ: *op. cit.*, pp. 91, 115, 116-118, para quien el artículo 71 LH es el eslabón de engarce que permite explicar sin contradicción los dos preceptos aparentemente contrarios.

<sup>374</sup> Cfr. ALVAREZ CAPEROCHIPI: *Derecho Inmobiliario Registral*, cit., p. 160. «Como consecuencia de esta doctrina pierden credibilidad los procedimientos judiciales de ejecución y la justicia misma, ¿saben los compradores en subastas judiciales la poca seguridad de su adquisición?, ¿tiene sentido perseguir a un deudor?, ¿cómo poderle explicar al ciudadano normal los importantes gastos, la lentitud de los procedimientos, y los disgustos consiguientes sin ofrecerle la seguridad como alternativa? Imaginemos el estado de ánimo del acreedor diligente tras el pago de abogados, procuradores, gastos judiciales, anotaciones preventivas, actos jurídicos documentados, recursos, etcétera ..., y finalmente, cuando se va a adjudicar el bien, es pospuesto a un acreedor escriturario o a un comprador en documento privado (o público), ¿le puede quedar alguna fe en los procedimientos judiciales?» Antes, y en la misma línea, RAMOS FOLQUÉS: *El precedente ...*, cit., p. 723. Responde bien a estos planteamientos SERRERA CONTRERAS, P. L.: «¿La imparable ascensión de la anotación preventiva de embargo?», *RCDI*, 1994, pp. 75-76: «Tampoco es convincente el argumento de que dar preferencia a la adquisición que se inscribe con retraso obstaculiza la realización de la justicia y la efectividad del procedimiento ejecutivo. En efecto, la anotación de embargo tiene sus propios límites institucionales queridos por el Ordenamiento jurídico; y esa limitación no puede verse como un obstáculo a la justicia, sino como un mero condicionamiento de los procedimientos ejecutivos».

problema a los autores de la Ley Hipotecaria<sup>375</sup>, quienes, teniéndolo presente, evitaron la fácil y falsa salida de sortearlo favoreciendo gratuita e injustamente al embargante a costa de derechos ajenos:

*... no sólo el que ha vencido en juicio y obtenido ya una ejecutoria que obliga a su contrario a entregarle alguna cosa o satisfacerle alguna cantidad determinada, sino también el que ha pedido y conseguido un embargo... pueden obtener la anotación preventiva que los ponga a salvo de todo peligro... Esto y sólo esto, es lo que exige la justicia, porque la autoridad de la cosa juzgada sólo consiste en que no encuentre obstáculos la ejecución de la sentencia, y en que se asegure su cumplimiento, sin perjuicio de otros que tengan igual o mejor derecho; no en dar al vendedor seguridad de pago que no estipuló, ni preferencia sobre otros acreedores dignos de igual protección que el que se anticipó a litigar, o que obtuvo antes una sentencia favorable<sup>376</sup>.*

El razonamiento es del todo convincente. Ni el efecto de la cosa juzgada permite, en absoluto, otra cosa (arts. 1252, derogado, del Código Civil, y 222 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil), ni la credibilidad de los procedimientos de apremio puede llevarse tan lejos que obligue a pasar adelante hasta terminar arrasando cuantos derechos, realmente existentes, resulten en pugna con el que se trata de ejecutar. La realidad jurídico-económica de nuestros días lo ha puesto tan hirientemente a la vista que García García, destacado partidario de la nueva tendencia, ha tenido que «matizar» su anterior pronunciamiento favorable a la protección a ultranza del acreedor embargante. Es práctica hoy muy frecuente en materia de adquisición de viviendas la que lleva a retrasar el otorgamiento de la escritura pública de transmisión –sin la cual, obviamente, es imposible que el comprador la inscriba a su favor– hasta el íntegro pago del precio debido por ella. ¿Cuál sería la suerte de tales compradores en caso de embargo dirigido contra el promotor vendedor y recayente sobre la vivienda adquirida y en vías de pago?<sup>377</sup> Porque repugna a la conciencia jurídica «hacer de

---

<sup>375</sup> Vid. E. M., p. 235: «No faltará tal vez quien, [...] invocando la santidad de la cosa juzgada, ponderando el escándalo que resulta de que cuando existe una condenación definitiva pueda el deudor vender los bienes inmuebles que posea y alzarse con su precio, o gravarlos con cargas que antes no tenían o con hipotecas convencionales, viniendo de este modo a burlarse de la ley y de la ejecutoria, pretenda que toda sentencia condenatoria debe llevar consigo irremediabilmente una hipoteca sobre los bienes del condenado, hipoteca que en el sistema de publicidad y especialidad adoptado por la Comisión, debería convertirse en una inscripción sobre bienes determinados».

<sup>376</sup> E. M. *ibid.*

<sup>377</sup> «Tiemblo de pensar en esos supuestos, de los que todos hemos sido testigos –dice REY PORTOLÉS: *op. cit.*, p. 395– de compras de pisos en documentos privados por

mejor condición a los “subasteros” que al modesto comprador de un piso»<sup>378</sup>, GARCÍA GARCÍA, se ha visto forzado a distinguir, dentro de su anterior planteamiento: la inoponibilidad de anteriores derechos no inscritos puede y debe mantenerse cuando los que entren en colisión son derechos de crédito; no, en cambio, cuando contra el acreedor embargante oponga un tercero su derecho de propiedad adquirido sobre la cosa embargada con anterioridad al embargo<sup>379</sup>. Pero, ¿cómo podrá explicarse técnicamente esta distinción? Simplemente, se responde, porque, no perteneciendo al deudor la finca trabada, es nulo el embargo, y, en razón de tal nulidad, ni siquiera se produce efectivamente el embargo que, por su anotación, habría de prevalecer sobre derechos preferentes o anteriores no inscritos<sup>380</sup>. Nada hay que objetar, desde luego, al reconocimiento del triunfo de la propiedad, aún no inscrita, sobre el embargo entablado en un bien que dejó de ser del deudor. Lo que ya no es tan claro es que tal reconocimiento encaje coherentemente en la explicación de quien sostiene, de una parte, que por el valor conformador o cuasi-constitutivo en cuanto a terceros de la inscripción registral, sólo a partir de ella, la propiedad o derecho real adquirido puede oponerse *erga omnes*<sup>381</sup>; y, de otra, que desde el específico punto de vista de la inoponibilidad que consagra el artículo 32 de la Ley Hipotecaria, tan «tercero» es el acreedor embargante como el adquirente de la propiedad o de cualquier otro derecho real<sup>382</sup>.

En el terreno de lo jurídico-positivo, es en la antinomia –real o aparente, insistimos– entre los artículos 1923, 4 y 1927, II, 2.<sup>a</sup> del Código Civil, donde la corriente innovadora pretende asentar su «mayor baluarte»<sup>383</sup>. El primero de estos preceptos vendría a cons-

---

parte de gran número de modestos ahorradores que se vieran sorprendidos por una oleada de anotaciones de embargos dirigidos contra la sociedad promotora [...] ¿qué ocurriría cuando la ley se vuelva en contra de esos colectivos mal asesorados y les sancione con la pérdida de su esforzado capital por no haber exigido escriturar e inscribir a tiempo su adquisición?»

<sup>378</sup> La expresión es de REY PORTOLÉS: *op. cit.*, p. 391.

<sup>379</sup> GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, pp. 768-774.

<sup>380</sup> «Es decir –explica GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, p. 768–, la realidad social actual marca dos supuestos diferentes: *el conflicto entre acreedores*, que ha de resolverse conforme al artículo 1927. 2 Cc (problema de prelación de créditos); y *el conflicto entre titularidades dominicales y anotaciones de embargo*, supuesto en que en realidad el embargo es nulo o inexistente, porque se ha embargado un bien que no es del deudor. Este segundo conflicto no es un mero problema de prelación de créditos solucionable a través del artículo 1927.2 Cc, sino un problema de «clasificación de créditos»: el crédito anotado, no es tal, pues el embargo que lo garantiza es inexistente al no pertenecer la finca embargada al deudor».

<sup>381</sup> *Vid.* GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, I, pp. 583-607.

<sup>382</sup> *Vid.* GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, II, pp. 51-53.

<sup>383</sup> La expresión es de REY PORTOLÉS: *op. cit.*, p. 378.

tituir el fundamento, «bien endeble» –se dice<sup>384</sup>–, de la concepción clásica; por el contrario, el 1927, en abierta y patente antinomia con él, sería el llamado a vencer y decidir en la pugna a favor de la nueva teoría<sup>385</sup>: el anotante, por efecto de la anotación, resulta inmune frente a la agresión de cualquier derecho anterior o preferente al suyo y no inscrito.

La tesis es tan forzada, que para ser mantenida exige sostener previamente que el Código Civil y la reforma de la Ley Hipotecaria en 1909 dejaron sin efecto la anterior concepción de la anotación preventiva de embargo tal como originariamente quedó plasmada y razonada, respectivamente, en la Ley de 1861 y en su Exposición de Motivos<sup>386</sup>. Tampoco este presupuesto resulta admisible<sup>387</sup>. Es muy claro que el artículo 1923. 4.º del Código Civil se redacta teniendo a la vista el artículo 44 de la Ley Hipotecaria, asumiendo e incorporando su contenido; y, tras su redacción de 1946, este mismo precepto, evitando las dudas que en su versión de 1909 podía suscitar, sigue remitiendo, en plena sintonía con su sentido originario, al 1923 del Código Civil<sup>388</sup>. Y, en cuanto a la antinomia entre los artículos 1923, 4.º y 1927, II, 2.ª del Código, si algo se impone con claridad y con fuerza, es que el primero de ellos, por su identidad con el 44 de la Ley Hipotecaria, es indiscutiblemente el que recoge el pensamiento del legislador sobre la preferencia del crédito preventivamente anotado en su concurrencia con otros. Esta razón basta por sí sola para obligar al intérprete a desechar toda interpretación del 1927 que lo ponga en contradic-

<sup>384</sup> ÁLVAREZ CAPEROCHIPI: *Derecho Inmobiliario Registral*, cit., p. 158: «El fundamento de esta línea jurisprudencial es, básicamente, el análisis literal del artículo 1923.4 del CC, que sólo reconoce preferencia sobre *los créditos posteriores*. [...] Se trata, a mi juicio, de argumentos bien endebles. Frente al artículo 1923.4 del CC puede alegarse todos los artículos que recojan el principio de la inoponibilidad de títulos no inscritos (artículos 606, 1473 del CC; 32 y 313 LH; etc) [...]».

<sup>385</sup> GARCÍA GARCÍA: *El tópico de los efectos de las anotaciones de embargo ...*, cit., pp. 262-269, y posteriormente, *Derecho Hipotecario*, cit., pp. 757-762.

<sup>386</sup> Así lo sostienen IPIENS LLORCA: *Anotaciones del embargo e hipotecas*, AAMN, T. XVIII, 1974, pp. esp. 43-44 y 64-65 (conclusión primera), y GARCÍA GARCÍA: *El tópico ...*, cit., pp. 238, 241-244, y 275, conclusión segunda; minimiza el mantenimiento de la concepción de 1861 en el régimen actual, ERDOZÁIN: *op. cit.*, pp. 33-35; contrarios, entre otros, REY PORTOLÉS: *op. cit.*, pp. 381-384, ROCA SASTRE: *op. cit.*, p. 442, SERRERA CONTRERAS: *¿La imparable ascensión...*, cit., pp. 60-61 y 65.

<sup>387</sup> No se le puede justificar –como de adverso se intenta (cfr. GARCÍA GARCÍA: *El tópico ...*, cit., pp. 238, 243, 246-250)– afirmando que la Ley Hipotecaria de 1861 negara a la anotación de embargo la eficacia real que después le reconocerían el Código Civil (art. 1927) y la reforma hipotecaria de 1909. Desde 1861, la Ley Hipotecaria, sin equiparar la anotación de embargo a la hipoteca, reconoció el carácter real que, como a carga de tal naturaleza corresponde a la primera; de ahí que, tras su anotación, el embargo perjudique al tercero que adquiera la finca trabada: artículo 71 LH.

<sup>388</sup> Cfr. REY PORTOLÉS: *op. cit.*, pp. 373-380.

ción con aquél<sup>389</sup>; aun cuando no faltan otras para tener que resolver en ese mismo sentido: entre ellas, la posibilidad de las tercerías, de mejor derecho o de dominio, según proceda, cuando tras la enajenación judicial de la finca o derecho embargado en virtud del procedimiento de apremio, se ordene la cancelación de las inscripciones y anotaciones posteriores en la forma hoy prevista por el artículo 175, 2.º del Reglamento Hipotecario y 674. 2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil<sup>390</sup>.

Aparte de la razón de política jurídica antes indicada, y del argumento positivo que acabamos de ver, pocas son las razones que en su favor puede esgrimir la corriente innovadora. Algunas ha propuesto, pero, a nuestro juicio, ninguna es sostenible en buena técnica jurídica e hipotecaria. Veamos las principales.

Distinguiendo entre el principio de inoponibilidad y el de publicidad, entendido éste como el de fe pública registral<sup>391</sup>, se

<sup>389</sup> Así, por todos, GULLÓN: *comentarios* ..., XXIV, cit., pp. 783-788; ídem.: «Proceso y Registro de la Propiedad, en *La evolución del Derecho Registral Inmobiliario en los últimos cincuenta años*», cit., pp. 294-299. En contra, GARCÍA GARCÍA: *El tópic...*, cit., pp. 253-254, negando autoridad al artículo 44 LH para decidir entre el 1923 y el 1927 CC al proceder aquél del Texto Refundido de 1946.

<sup>390</sup> Cfr. GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, p. 774, a propósito de la reforma del artículo 175, 2.º RH por el Real Decreto 1368/1992, de 13 de noviembre: «[...] resolviéndose ahora reglamentariamente en el sentido de que deben ser canceladas las inscripciones y anotaciones de tales derechos, aunque la fecha de la enajenación o gravamen sea anterior a la anotación de embargo, lo cual merece crítica favorable y constituye un paso más del legislador en pro de la eficacia de la fecha registral de la anotación de embargo, sin perjuicio de las tercerías correspondientes, pues la reforma no afecta al terreno sustantivo». Sobre esa misma reforma, además de ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, VI, 8.ª ed., cit., pp. 442-451, *vid. PRADA ÁLVAREZ-BUYLLA: op. cit.*, p. 361, destacando su carácter meramente formal que, como tal, no suponen cambio sustancial alguno en la doctrina tradicional ni fuerza a romper con «la tradición jurídica española». Sobre la subsistencia del sistema originariamente instaurado en la Ley Hipotecaria tras la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, SERRERA CONTRERAS, P. L.: «La anotación preventiva de embargo. ¿Aún en ascensión?», *RCDI*, 2000, pp. 1263-1279.

<sup>391</sup> ÁLVAREZ CAPEROCHIPI: *op. cit.*, pp., esp., 148-149: «La falta de una delimitación adecuada del principio de inoponibilidad de títulos no inscritos es una gran carencia del sistema hipotecario que lleva arrastrándose desde la Ley Hipotecaria de 1861, y que es, probablemente, responsable de los inadecuados planteamientos originarios del artículo 34 LH, y de la pérdida del sentido de la seguridad del crédito (frente a la seguridad de la adquisición). A mi juicio, el sistema de inoponibilidad de títulos no inscritos no significa que un título no inscrito no se pueda oponer al título inscrito—pues esto es, propiamente, publicidad registral—la inoponibilidad de títulos no inscritos significa que un título no inscrito proveniente de un titular registral, no puede prevalecer frente a un título inscrito proveniente del titular registral (o, en ocasiones titulares registrales anteriores). La inoponibilidad de títulos no inscritos no quiere decir que sólo valgan los títulos registrales, sino que frente a los asientos registrales no pueden oponerse títulos extrarregistrales otorgados por el titular registral. Es decir, el sistema de inoponibilidad de títulos pretende terminar con el *gravamen oculto*, no con la realidad extrarregistral. [...] La clave para comprender la distinción entre publicidad registral e inoponibilidad de títulos no inscritos está justamente en reconocer la validez del título y la realidad extrarregistral, cuando no haya sido originada por el titular registral. La publicidad postula que no se reconozca ningún título extrarregistral, mientras que la inoponibilidad de títulos no inscritos postula simplemente que no

insiste en que, a través del primero, el Registro de la Propiedad incorpora a su propio fin la tutela del crédito y del proceso<sup>392</sup>, terminando con las cargas ocultas e impidiendo las maquinaciones fraudulentas del deudor<sup>393</sup>.

Es verdad que a todo esto puede contribuir el Registro, y que tal contribución, en cuanto deliberadamente asumida por él, queda de alguna forma integrada en su finalidad. Pero, concedido esto, hay todavía que proseguir, situándolo precisa y exactamente en su debido lugar y dimensión adecuada dentro de las tareas que el Registro puede desempeñar y de los resultados que de su instauración deben esperarse. La afirmación de que el Registro de la Propiedad puede ponerse al servicio de la tutela del crédito nunca será separable de otra afirmación previa, central y más básica: que, como derecho de naturaleza personal que es, el crédito, en principio, es materia ajena a la que por derecho propio constituye el contenido u objeto del Registro inmobiliario: los títulos relativos a las vicisitudes del dominio y de los demás derechos reales (arts. 1, I y 2 LH). Si, ello no obstante, puede todavía decirse que, sin contradicción con la determinación de su objeto y fin propio, el Registro puede servir a la tutela del crédito, será porque dicho crédito, en cierta forma, se haya «realificado»; lo que, además de en el caso de

---

se reconozca ningún título extrarregistral que provenga de un titular registral. La publicidad pretende terminar con la realidad extrarregistral para el tercero hipotecario, mientras que la inoponibilidad de títulos no inscritos “sólo” pretende terminar con las *cargas ocultas*. Por otra parte, la publicidad garantiza derechos pero la inoponibilidad de títulos no inscritos sirve para garantizar también los créditos anotados o inscritos (pues no reconoce eficacia a las ventas, aún anteriores, no inscritas).

<sup>392</sup> ÁLVAREZ CAPEROCHIPI: *op. cit.*, pp. esp., 159-160: «Es, ni más ni menos, la vuelta al sistema de las cargas ocultas; hemos olvidado la razón por la cual se crearon los primeros registros: no la publicidad, sino la inoponibilidad de títulos no inscritos. ¿Por qué distinguir la seguridad del comprador de la del acreedor?, ambos participan del mismo interés: la garantía frente a la venta, o gravamen, o crédito anterior oculto [...]. La ciencia hipotecaria ha supervalorado la publicidad registral (art. 34 LH) como instrumento de tutela del comprador, y ha olvidado el significado que tiene el principio de inoponibilidad de títulos para la tutela del crédito»; ID: *El Registro de la Propiedad y el sistema ...*, cit., pp., esp. 60: «Las páginas que siguen pretenden mostrar que [...] la funcionalidad del registro no es ofrecer la prueba o la preferencia en la adquisición de la propiedad (tercero hipotecario, inoponibilidad de títulos o legitimación registral) sino la ordenación del crédito», y 163: «3.-La naturaleza del registro como instrumento general de ordenación del crédito [...]».

<sup>393</sup> ÁLVAREZ CAPEROCHIPI: *op. cit.*, pp. esp., 108-111: «[...] La Exposición de Motivos de la Ley de 1861 distingue primordialmente dos tipos de anotación preventiva: la de procesos judiciales y las de aseguramiento. Sin embargo, a mi juicio, la comisión no supo manejar adecuadamente el fenómeno subyacente tras la anotación preventiva porque no tenía una concepción coherente del registro [...] Es cierto que la anotación preventiva evita el juego de la publicidad registral, pero a la vez, está llamada a hacer algo más, algo positivo: *publicar el proceso*, y por esa vía salvaguardar los derechos desde la demanda, permitir la retroacción de la sentencia, y, en el juicio ejecutivo, limpiar los títulos de las cargas o gravámenes ocultos, evitando las maniobras defraudatorias del deudor y garantizando la efectividad del secuestro judicial o del proceso ejecutivo. El registro no sólo se organiza para la seguridad del adquirente, sino principalmente también para la *seguridad del crédito* [...]».

la hipoteca –por vía diferente y con efectos distintos– es lo que ocurre cuando para su satisfacción y ejecución se recurre al embargo: sujeta la cosa al cumplimiento de la obligación, deja de ser «libre» y pasa a estar afectada por carga que, por serle inherente, reviste la condición de real. Sólo a partir de su «realificación», el crédito, de la mano del proceso en el que se le reclama y a través de la cosa sujeta a su pago, entra en el ámbito del Registro y queda tangencialmente integrado en su función publicadora y en su finalidad aseguradora (arts. 98 LH y 9 RH). Tangencialmente, hemos dicho: porque su publicidad se obtiene a través de la anotación preventiva, y porque su función aseguradora no viene a integrarse en la que, como sustancial y propia, constituye la razón de ser del Registro: el aseguramiento del tráfico inmobiliario; la protección de adquirentes e imponentes de buena fe. Lo propio de la anotación de embargo es advertir al adquirente de la finca trabada la sujeción de la misma a la satisfacción del crédito. De esta forma, puesto el Registro al servicio inmediato del proceso<sup>394</sup>, simultáneamente protege, de forma indirecta o mediata, al crédito que en él se reclama, y, negativamente, al tráfico, en cuanto que hace saber la condición de la finca a su eventual adquirente (art. 71 LH). Todo ello así distinguido y advertido, puede ya igualmente perfilarse cuál es la función del Registro respecto a las cargas ocultas y a las maquinaciones fraudulentas del deudor: las cargas ocultas no perjudicarán a quienes son los genuinos beneficiarios de la publicidad registral: los terceros adquirentes e imponentes de buena fe<sup>395</sup>.

<sup>394</sup> Cfr. E. M. 1861, esp., p. 234: «Constituidas en nuestro estado actual las hipotecas judiciales, que en adelante, según el proyecto, llevarán el nombre de anotaciones preventivas, solamente para asegurar las consecuencias de un juicio ...» y 257: «Pero además de las anotaciones preventivas que exige el curso de los procedimientos judiciales, se necesitan otras que tiendan a asegurar ciertos derechos reales ya existentes, pero que no se hallan en el caso de ser inscritos [...]». Al respecto, en nuestros días, R de 7-5-99: «Siendo el embargo una afección real en virtud de la cual el bien trabado queda vinculado *erga omnes* al proceso en que se decreta –y no al crédito que lo motiva–, al efecto de facilitar la actuación de la Justicia y la efectividad de la ejecución (independientemente de cuál sea el crédito que, en definitiva, resulte satisfecho en ésta, ya el del actor, ya el de un tercerista triunfante), que atribuye al órgano jurisdiccional poderes inmediatos sobre el bien trabado que pueden ser actuados sin la mediación de su dueño [...]».

<sup>395</sup> Cfr. E. M. 1861, pp. 228-229: «Mas como es necesario fijar bien las palabras que pueden ser de distinto modo interpretadas, debe decir la Comisión cómo entiende la publicidad. Consiste ésta en que desaparezcan las hipotecas ocultas [...]; en que quien tenga derechos que haya descuidado inscribir, no perjudique por una falta que a él solo es imputable al que, sin haberla cometido, ni podido conocer, adquiera la finca gravada o la reciba como hipoteca en garantía de lo que se le debe. [...] Para conocer la importancia y necesidad del sistema adoptado por la Comisión, debe tenerse en cuenta que el fin de la legislación hipotecaria es asentar el crédito territorial en la base de la seguridad de la hipoteca y del pago de lo ofrecido. El que presta con hipoteca, más bien que a la persona, puede decirse que presta a la cosa [...] Su crédito no es un crédito *personal*, es un crédito *real*; no depende de la persona del deudor, no está sujeto a sus vicisitudes [...]. El crédito territorial queda así suficientemente garantido; cada uno sabe hasta dónde alcanza la preferencia que puede tener sobre los demás acreedores [...]» (cva. de la E. M.).

Como inmediatamente hemos de ver, el simple acreedor –ni siquiera el acreedor embargante y anotador del embargo– no es «tercero» desde el punto de vista de la eficacia protectora de la publicidad registral en ninguna de sus modalidades. Y en cuanto a las maniobras fraudulentas del deudor, lo único que, prolongando la línea marcada por el artículo 1927 II del Código Civil, puede hacer el Registro de la Propiedad –aparte lo dispuesto en el artículo 37, 4.º de la Ley Hipotecaria– es impedir de raíz que el tercero adquirente del bien embargado pueda pretextar y alegar su desconocimiento inculpable del embargo: conociéndolo o pudiéndolo conocer, tendrá que estar a su resultado (art. 71 LH).

Otra línea de argumentación emprendida por la tendencia innovadora es la que apunta a la naturaleza jurídico-real del embargo<sup>396</sup>, y a su igualación en rango con la hipoteca<sup>397</sup>. De este

---

<sup>396</sup> Respecto al carácter jurídico-real del embargo las opiniones de los innovadores se producen con diferencias de matices y convicción. La propugnan decididamente, e.c., RAMOS FOLQUÉS: *La anotación preventiva de embargo* ..., cit., p. 567, IPIENS LLORCA: *op. cit.*, p. 44, y GARCÍA GARCÍA: «El tópico de los efectos limitados de las anotaciones de embargo en el sistema español», en *Ponencias y Comunicaciones presentadas al VI Congreso Internacional de Derecho registral*, Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1988, pp. 233 ss. ERDOZÁIN: *op. cit.*, p. 48, la considera indiferente en cuanto a la explicación de los efectos de su anotación: «[...] lo relevante es que se trata de un asiento [dice, refiriéndose a su anotación] que publica un acto de transcendencia registral, es decir, que, como consecuencia del principio de publicidad inherente al Registro de la Propiedad, el acto del embargo adquiere de cara a terceros un especial conocimiento o, mejor dicho, posibilidad de conocimiento, que traspasa la esfera meramente personal o crediticia que pueda haber entre acreedor y deudor, para ingresar en la esfera de lo registral, de las relaciones entre terceros, presididas por los sagrados principios de seguridad del tráfico y de buena fe en la contratación» (cva. del a.). Por su parte, ÁLVAREZ CAPEROCHIPI: *El Registro de la Propiedad y el sistema* ..., cit., afirma, p. 270, que el embargo y su anotación preventiva «no producen la vinculación del bien embargado al crédito que lo determina (la anotación preventiva carece de eficacia ofensiva)», aunque añade, p. 272, que «la anotación preventiva [...] permite la afección de bienes concretos en responsabilidad».

<sup>397</sup> Así, ÁLVAREZ CAPEROCHIPI: *Derecho Inmobiliario* ..., cit., p. 110: «[...] el registro garantiza la seguridad del adquirente, pero también al acreedor anotante frente a las cargas o gravámenes ocultos, y, en contra de lo que afirma la doctrina y la jurisprudencia [...], la anotación preventiva de un crédito le otorga rango similar al hipotecario (art. 44 LH), que debe poder hacerse efectivo no sólo frente a las cargas o enajenaciones posteriores, sino también por la inoponibilidad de títulos no inscritos, frente a las anteriores no inscritas»; ID: *El Registro de la Propiedad y el sistema* ..., cit., pp. 161: «Otorga la anotación preventiva rango crediticio, distinto del rango ordinario del crédito reclamado, al reconocerle, en consonancia con la eficacia de las antiguas hipotecas judiciales, una preferencia similar a la de la hipoteca en función de la fecha de su inscripción (art. 1927.2 CC)» y 163-164, argumentando la tesis: «[...] a mi juicio la eficacia ofensiva de la anotación preventiva y su rango hipotecario se funda en las siguientes razones: 1. En sus orígenes históricos como heredera directa de las antiguas Hipotecas Judiciales; 2. En la identidad de naturaleza entre la inscripción de hipoteca voluntaria y la anotación preventiva (art. 1927.2, CC) [...]; 3. La naturaleza del registro como instrumento general de ordenación del crédito, evitando maniobras fraudulentas, dando seguridad a las relaciones patrimoniales, y limpiando las cargas ocultas de la titulación (sistema de inoponibilidad de títulos no inscritos: arts. 32, LH y 1473, CC) [...]. Además, 4.- Tiene una mayor verosimilitud la causa del crédito reclamado judicialmente por el acreedor diligente, pues ante la facilidad de crear titulación



último punto, en cuanto apoyado en una interpretación literal del artículo 1927, 2.º del Código Civil, inadmisibles, según ya indicamos, por ponerlo en contradicción con el 1923, 4.º, no vamos a ocuparnos ahora. Algo, en cambio, sí que será oportuno comentar acerca del primero. A nuestro juicio, puede convenirse que el embargo, una vez trabado, al sujetar concretamente la cosa a la satisfacción del crédito reclamado con independencia de las vicisitudes que afecten a la titularidad de aquélla, llega a obtener la consideración de carga real, inviscerada en la cosa o hecha inherente a la misma<sup>398</sup>. Al admitirlo así, tenemos también que aceptar —ello, por otra parte, resulta evidente— que en su condición de carga real tendente a la satisfacción del crédito, recuerda a la hipoteca y a su figura se aproxima y asemeja. Pero de ahí no se puede pasar: se asemeja a la hipoteca, pero no llega a identificarse ni puede confundirse con ella. Mientras en la hipoteca, el carácter real de la figura se extiende hasta contagiar al crédito, que de simple pasa a ser crédito hipotecario, revestido, como tal, de su especial preferencia; en el embargo, el crédito reclamado conserva su propia naturaleza: el embargo, de suyo, no le da preferencia en el concurso o la quiebra, y la que de la anotación parece derivar respecto a créditos posteriores el artículo 1923, 4.º del Código Civil, más que preferencia especial, propiamente dicha, es puro efecto de su prioridad temporal<sup>399</sup>.

---

privada o pública entre particulares, debe preferirse al reclamante que al tercero que sin asumir los importantes gastos de la anotación y del proceso ejecutivo aparece en el momento final aprovechando la actividad procesal ajena». Sostiene también la equiparación de la anotación de embargo a la hipoteca, GARCÍA GARCÍA: *El tópicus* ..., cit., pp. 269 y 276, conclusión 10.ª Para IPIENS LLORCA: *op. cit.*, p. 65 (conclusión segunda): «La tajante separación que entre hipotecas y embargos quiso establecer la Ley de 1861, aparece muy mitigada. En las sucesivas reformas hipotecarias, cada vez se han ido aproximando más las segundas a las primeras en su forma de regularse».

<sup>398</sup> Para la distinción, aunque a propósito de la hipoteca, entre derecho real y simple carga real, *vid.* la obra de CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo: *Derecho o carga real: naturaleza jurídica de la hipoteca*, Barcelona 1998.

<sup>399</sup> Cfr. REY PORTOLÉS: *op. cit.*, pp. 361 ss. y 397, en conclusiones: «6.ª El Código Civil ya si apreció el ligero efecto prelativo que la Ley Hipotecaria de 1861-69 anudó al asiento de anotación, y lo consagró —y resucitó para el concurso de acreedores— en el núm. 4 del artículo 1923, que, de acuerdo con sus antecedentes (y con lo que también hace el núm. 5 siguiente), debe interpretarse como establecedor de una preferencia condicionada a que se haga valer de modo exclusivo frente a créditos nacidos con posterioridad a la anotación preventiva, inteligencia desde la cual no resulta antinómico del artículo 1927, II, 2.ª del propio Código». Para el mismo punto, antes de la Ley Hipotecaria, en el Proyecto de 1851, *vid.* CÁRDENAS: «De los vicios y defectos más notables de la legislación civil de España, y de las reformas que para subsanarlas se proponen en el Proyecto de Código Civil», *El Derecho Moderno*, núm. 11 (1851), p. 414: «... y si se toma razón de los mandatos de embargo, es para evitar que los bienes que tienen por objeto sirvan para engañar al tercero que ignore la ejecución. Si esto no obstante contrae nuevas deudas el ejecutado, éstas no tendrán preferencia sobre las anteriores, pero no por causa del embargo, sino por razón de su posterioridad».

La Exposición de Motivos de 1861 es clara y terminante en este punto<sup>400</sup>:

*Constituidas en nuestro estado actual las hipotecas judiciales, que en adelante, según el proyecto, llevarán el nombre de anotaciones preventivas, solamente para asegurar las consecuencias de un juicio, no declaran ningún derecho, ni menos convierten en real [cva. de la E. M.] el que no tenía antes semejante carácter [...]: no modifican el carácter de las obligaciones, cambiando las simples en hipotecarias, ni hacen al Juez agente de los litigantes, compeliéndolo a que supla la negligencia del acreedor y le otorgue garantías que tal vez el deudor mismo al tiempo de obligarse no habría constituido. La hipoteca judicial [...] nunca ha tenido este carácter en España: no ha creado desde luego una acción hipotecaria [...] el derecho del acreedor por la hipoteca judicial no se ha modificado, no ha cambiado de carácter [...]. Por eso, en un curso de acreedores o en una quiebra, los que han obtenido a su favor hipotecas judiciales de la clase de las a que aquí nos referimos, no han tenido nunca, no tienen ahora por esta consideración un título de preferencia sobre los demás acreedores de su especie, ni son calificados entre los hipotecarios.*

*Adoptando el proyecto estos mismos principios, da nueva vida a nuestro Derecho antiguo, proclamando otra vez que el acreedor que obtiene a su favor una anotación preventiva, cuyo objeto sea garantir las consecuencias de un fallo, sólo gozará de preferencia sobre los que tengan contra el mismo deudor otro crédito contraído con posterioridad a la anotación. Ni podía ser de otra manera sin violar los principios de justicia. El que contrata y no exige hipoteca, se contenta con la garantía que le da el crédito personal del deudor, y no debe tener preferencia alguna sobre los que se hallan en el mismo caso. Si el deudor deja de cumplir lo pactado al tiempo convenido, podrá el acreedor compelerlo al pago acudiendo a la vía judicial; pero esta demanda no cambia ni la naturaleza del crédito ni la fuerza del título [...].*

Desde otra perspectiva, atendiendo ahora no al embargo anotado sino al acreedor anotante, la corriente innovadora trata de fundamentarse atribuyendo a dicho acreedor la condición de «tercero hipotecario». Algunas veces se ha dicho que lo es a tenor del

---

<sup>400</sup> E. M., pp. 234-235; también en p. 258, donde se aplica la misma doctrina a la anotación del legado de género o cantidad: «Mas esto debe entenderse sin perjuicio del que tenga un derecho preferente sobre cosa determinada: por esto ha añadido la comisión que el legatario de género o cantidad no pueda exigir anotación sobre bienes inmuebles legados especialmente a otro, lo que equivaldría a anular la transmisión en estos del dominio que la ley establece a su favor, y que después de obtenida la anotación tampoco tengan derecho a impedir que otro legatario obtenga igual beneficio dentro del plazo concedido a todos. Tiene aquí aplicación lo que respecto a la concurrencia de las anotaciones preventivas, llamadas hasta ahora hipotecas judiciales, queda expuesto anteriormente». Sin poder detenernos ahora en el tema, en general, sobre la anotación preventiva a favor de legatarios, *vid.* GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen: «Las garantías hipotecarias del legado», *Revista Jurídica de Cataluña*, 1981, pp. 327 ss.

artículo 34 de la Ley Hipotecaria<sup>401</sup>, pero, más moderadamente, otras se le ha reducido a los términos del 32, que, no exigiendo la nota de ser «adquirente», bastaría a protegerlo mediante el principio de inoponibilidad<sup>402</sup>; poniéndolo registralmente a salvo, además –según se ha apuntado por algún autor<sup>403</sup>–, de la nulidad que al embargo advendría cuando la cosa inscrita a nombre del deudor y trabada, fuera ya propiedad de otro: la fe pública registral tropezaría en este caso con la tajante disposición del artículo 33 LH, pero el funcionamiento del principio de inoponibilidad al margen de este precepto, evitaría al tercero anotante las consecuencias de aquella nulidad.

En nuestra opinión, tampoco por esta vía se acierta a tratar el problema de la anotación de embargo con fidelidad a la Ley Hipotecaria y al pensamiento de sus autores. Para éstos, el acreedor embargante no es «tercero hipotecario»; lo cual no hace absurda la admisión del embargo a la publicidad del Registro. También respecto al embargo anotado sigue siendo «tercero» el eventual tercero adquirente de la finca embargada: si la adquiere de su titular inscrito sin que el Registro le dé noticia del embargo, la adquirirá como libre y sin sujeción a la traba; si la anotación le permite conocerlo, tendrá que padecerlo y estar a sus consecuencias. La anotación, como referida a una titularidad inscrita, no actúa en el ámbito

---

<sup>401</sup> Apunta ya en esta línea, aunque sin incluir al acreedor anotante en la previsión del artículo 34, RAMOS FOLQUÉS: *La anotación preventiva de embargo...*, cit., para quien, tras la reforma hipotecaria de los años cuarenta, la fe pública registral actúa, sin distinción, a todos los efectos legales (art. 38), tanto a favor del adquirente que inscribe (art. 34) como del acreedor que anota (art. 40, *l. f.*). Posteriormente, aplicarán ya el artículo 34 al acreedor anotante, GARCÍA GARCÍA: *El tópico...*, cit., pp. 274-275: «Sería incluso aplicable el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, pues se trataría de un adquirente de un derecho real por vía onerosa y basándose en los datos del Registro que “anota”, estando comprendido en la frase amplia “una vez que haya inscrito su derecho”, pues la forma de “inscribir el derecho” es en este caso la anotación preventiva de embargo»; FRANCO ARIAS: *op. cit.*, pp. 226-228 y 360 ss., esp., 365.

<sup>402</sup> ÁLVAREZ CAPEROCHIPI: *Derecho Inmobiliario...*, cit., pp. 110: «El registro no sólo se organiza para la seguridad del adquirente, sino principalmente también para la *seguridad del crédito*» (cva. del a.) y 149: «Por otra parte, la publicidad garantiza derechos pero la inoponibilidad de títulos no inscritos sirve para garantizar también los créditos anotados o inscritos (pues no reconoce eficacia a las ventas, aun anteriores, no inscritas)»; MERINO GUTIÉRREZ: *El tercero hipotecario...*, cit., p. 115: «En definitiva, la inoponibilidad no requiere como presupuesto, que se trate de un tercer adquirente de un derecho real (como sí hemos visto es normal que se exija para la protección de la fe pública registral)». Con matices propios, aplica al acreedor anotante la protección registral dispensada por el artículo 32, BUSTOS PUECHE, J. E.: «El sujeto beneficiario de la protección registral», *RCDI*, 2003, p. 2649: «[...] a mi modo de ver, habría que dar todo su valor al artículo 32 LH y negar amparo jurídico al adquirente que no inscribe su título, frente al acreedor que embarga, anota y sigue el procedimiento de realización de la cosa. Este acreedor [...] puede invocar en su abono la inoponibilidad del título no inscrito, y si además concurren todos los demás requisitos de la apariencia jurídica, debe ser mantenido en su posición».

<sup>403</sup> MERINO GUTIÉRREZ: *El tercero hipotecario...*, cit., pp. 119-120.

de la inoponibilidad autónoma, sino en el de la inoponibilidad que es contenido parcial y reflejo negativo de la fe pública registral, sometiendo la oponibilidad a terceros del embargo anotable a la ley de la oponibilidad de las circunstancias y condiciones del derecho inscrito: su cognoscibilidad registral. Siendo ello así, el acreedor embargante, aunque beneficiado por la anotación que le permite oponer su derecho a eventuales terceros que puedan entrar en la propiedad de la finca embargada, no resulta favorecido por los efectos que de la publicidad obtiene el adquirente que inscribe<sup>404</sup>. Utilizando la expresión legal de 1861, y de acuerdo con su interpretación y explicación por Gómez de la Serna en el comentario al artículo 27<sup>405</sup>, el acreedor embargante, por no ser

<sup>404</sup> Así, MIQUEL: *El Registro inmobiliario y la adquisición de la propiedad*, Revista de Derecho Patrimonial, 1998, núm. 1, p. 49: «[...] pero el Registro no protege a los acreedores, sino a los terceros adquirentes de derechos reales». Contrario a esta idea, el precursor de la corriente crítica, RAMOS FOLQUÉS: *El precedente real...*, cit., p. 724: «[...] para el hombre de la calle, para quien necesite conocer la solvencia inmobiliaria de una persona, no hay más fuente legal, con efectos jurídicos inmediatos, que los Registros de la Propiedad; para el hombre de la calle el único dueño de una finca inmueble es el que así figura en el Registro, y no los compradores no inscritos de tal dueño. [...] ¿Qué culpa cabe al hombre de la calle, que fiado en una ley muy reciente, como la Hipotecaria, acude a un Centro oficial del Estado, en donde se le asegura que para la ley, es decir, para el Derecho, su deudor es propietario de determinadas fincas, y fiado en ello, y cumpliendo los mandamientos procesales y los mandatos de un Tribunal, anota unos embargos que luego, por la ignorancia de aquella oficina y de aquel Tribunal respecto de unos desconocidos y ocultos derechos, se declaran nulos? ¿Qué culpa cabe a ese hombre de la calle, crédulo, y por añadidura inocente, para que se le castigue a tanto desengaño, a tanto gasto y a la postración del escepticismo?». Posteriormente, GARCÍA GARCÍA: *El tópico...*, cit., pp. 274-275: «Efectivamente, sería aplicable a las anotaciones preventivas de embargo el principio de legitimación registral [...]. Sería igualmente aplicable a las anotaciones de embargo el principio de inoponibilidad del artículo 32 de la Ley Hipotecaria [...]. Sería incluso aplicable el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, pues se trataría de un adquirente de un derecho real por vía onerosa y basándose en los datos del Registro que “anota”, estando comprendido en la frase amplia “una vez que haya inscrito su derecho”, pues la forma de “inscribir el derecho” es en este caso la anotación preventiva de embargo».

<sup>405</sup> SERNA: *op. cit.*, p. 589. Otros textos del mismo DE LA SERNA y en la misma obra, en p. 524, comentando el artículo 17: «[...] es una consecuencia necesaria y una explicación [sic] práctica del principio general que domina en la Ley de que sólo pueden perjudicar al adquirente o al prestamista los actos y contratos, derechos y gravámenes que estén en el Registro antes de hacer éste su inscripción»; y 575, comentando el artículo 24: «[...] no podía ser de otra manera si no había de anularse en algunas ocasiones el principio dominante en la Ley de dar plena seguridad a los adquirentes del dominio y de los demás derechos en la cosa» (cva. del a.). Por lo demás, para poder calificar como común esta doctrina, basten los siguientes testimonios: GALINDO y ESCOSURA: *op. cit.*, p. 428: «Dilucidan los Expositores otra cuestión a que puede dar lugar el artículo 27 de la Ley, a saber; si se consideran terceros los acreedores que no tengan un derecho real sobre la finca enajenada, gravada o hipotecada. Respondemos negativamente, a pesar de que no han intervenido en el acto o contrato no inscrito, porque no gozando esos acreedores de ningún derecho real, no pueden invocar en su apoyo la LH, que tiene por objeto asegurar el dominio sobre bienes inmuebles y los derechos reales impuestos sobre los mismos. En su virtud, el acreedor que obtenga anotación de embargo sobre finca que, según el Registro, es del deudor, no será preferido al que tuviese una hipoteca sobre la misma finca, aunque no

tercero adquirente de derecho real, no es tercero «para los efectos de esta Ley»:

*4.ª cuestión. ¿Se considerarán como terceros los acreedores que no tengan un derecho real sobre la finca enajenada, gravada o hipotecada?, o lo que es lo mismo, ¿podrán los acreedores quirografarios, por ejemplo, y garantidos de cualquier manera que no sea con hipoteca, pretender que la enajenación o gravamen que no está inscrito no pueda perjudicarles, y que deben ser reputados como terceros para los efectos de la Ley? Nuestra opinión es que no deben ser considerados terceros. Verdad es que no han intervenido en el acto o contrato; pero no debe perderse de vista que todo lo que se establece en la Ley respecto al conflicto de derechos que puede haber entre varios, se refiere sólo a los derechos reales. La omisión en inscribir un derecho de esta clase en que incurre el adquirente, no induce a error a los acreedores que no han creído que debían exigir hipotecas, o que no han sido bastante previsores para buscar su seguridad y completa garantía en<sup>406</sup> las cosas en lugar de confiar en las personas. No pueden, pues, convertir la*

---

hubiera inscrito su derecho [...]»; MANRESA: *op. cit.*, p. 738: «[...] porque, aparte de que la anotación no puede sobreponerse al dominio adquirido con anterioridad, no tiene aplicación en dicho caso la doctrina referente a terceros que establece la Ley Hipotecaria»; LACRUZ-SANCHO: *op. cit.*, p. 180: «Y como el Registro protege, en principio, adquirentes (de propiedad o de derecho real limitado), no puede ser *tercero* un simple acreedor» (cva. del a.); GULLÓN: *Comentarios...*, cit., p. 742: «El anotante no adquiere por la anotación ningún derecho real y por ello, entre otras razones, no está protegido por el artículo 34 de la Ley hipotecaria»; Díez-PICAZO: *Fundamentos...*, cit., p. 471: «[...] la cuestión estriba en saber si, a los efectos del artículo 32, pueden considerarse como terceros a los puros terceros contractuales, a los simples terceros civiles o a los adquirentes de derechos de crédito o de derechos obligacionales. A nosotros nos parece que el tercero del artículo 32 debe ser, como el del artículo 34, un tercero hipotecario, es decir, un adquirente del dominio o una persona a cuyo favor se constituya un derecho *in re aliena*. Esta idea encuentra su fundamento en la finalidad misma del Registro, puesto que el Registro sirve precisamente para eso: para proteger a los adquirentes y evitar que sean defraudados. El Registro no protege a los acreedores o a los titulares de derechos personales más que en el momento en que se han transformado en titulares de una situación jurídico-real protegida por él. Un acreedor que pretende embargar no puede considerarse tercero [...]». El mismo ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, innovador en cuanto a la eficacia de la anotación preventiva, admite en *El Registro de la propiedad y el sistema...*, pp. 166-167, que la extensión de la eficacia ofensiva de la publicidad registral a dicha anotación «no significa que el anotante haya de ser considerado un tercero hipotecario o que a favor del anotante deba jugar la publicidad registral, pues en todo caso —dice— la tutela del anotante es exclusivamente crediticia y no otorga derechos efectivos sobre la cosa objeto de la anotación distinta de la preferencia en el concurso o la ejecución», advirtiendo que el reconocimiento de una tal eficacia ofensiva «supondría desde luego una auténtica revolución en el régimen de los privilegios crediticios» y «podría suponer en ocasiones un doloroso sacrificio de la justicia material (el mejor derecho), a favor de la justicia formal (el crédito ejercido con anterioridad), pero ello no es sino la consecuencia general de la aceptación de un sistema de derecho que hace del registro un orden general de liberación de cargas, y del carácter dispositivo del proceso». En la reciente jurisprudencia, *vid.* S. 5-7-2000: «[...] es de aplicación la reiterada doctrina de esta Sala que niega al acreedor embargante la posibilidad de beneficiarse con la fe pública registral porque no es un tercero protegido (sentencia de 19 de mayo de 1977 y las que cita)».

<sup>406</sup> La cursiva es del texto reproducido.

*omisión en su provecho, ni pretender que no se anteponga a ellos el acreedor hipotecario que dejó de inscribir, si realmente puede probar la autenticidad de su crédito real. Por la misma razón no podrá el que entabla un juicio ejecutivo en virtud de alguna deuda simple, y obtiene embargo de una finca que había sido vendida por su acreedor a otro, aunque no haya inscrito su dominio, pretender que el derecho de éste legítimamente probado sea pospuesto al suyo que no tiene el carácter de crédito real, sino el de personal.*

Negado que el acreedor embargante pueda quedar protegido por el principio de inoponibilidad una vez que se anota el embargo, cabría todavía preguntarse si no resultaría favorecido por el de prioridad registral. En la doctrina de los autores<sup>407</sup> y en las Resoluciones de la Dirección General de los Registros<sup>408</sup> no es infrecuente la invocación de este principio en la argumentación de la prevalencia del embargo anotado sobre derechos anteriores no inscritos. La reforma del artículo 175, 2.<sup>a</sup> del Reglamento Hipotecario y, tras ella, el artículo 674.2 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, pasando por el 1518 de la anterior, modificado por la Ley de 30 de abril de 1994, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, permiten resolver claramente en la cuestión planteada: la posibilidad de cancelar, tras la enajenación judicial de la finca o derecho embargado, las inscripciones y anotaciones posteriores a la correspondiente anotación de embargo, aunque se refiera a enajenaciones o gravámenes anteriores, manifiesta a las claras la intervención de la prioridad registral en beneficio e interés del embargo anotado. Ahora bien, el carácter meramente provisional y librario de tal protección salta a la vista apenas se atiende a la posibilidad de reacción de los

---

<sup>407</sup> En la obra de GARCÍA GARCÍA, *Derecho Inmobiliario...*, II, cit., el problema de la eficacia de la anotación preventiva de embargo se trata como un problema de rango, en el estudio del principio de prioridad registral (pp. 749-776); en ERDOZÁIN: *op. cit.*, *vid.* p. 145: «Así pues, y teniendo en cuenta el aspecto estrictamente formal, la anotación preventiva de embargo, en cuanto situación jurídica registrable, debe beneficiarse de los efectos del principio de prioridad en el sentido previsto en el artículo 32 LH».

<sup>408</sup> *Vid.*, e. c., RR 23-3-93: «La consideración de que el proceso de ejecución y su resultado —el remate— han de verse inutilizados por el solo juego registral, en beneficio de una adquisición que, aun siendo anterior al embargo e incompatible con él, accede al Registro después, resulta absolutamente incompatible con uno de los postulados básicos que rigen esta institución, cual es el de la prioridad (art. 17 de la Ley Hipotecaria). [...] Contra lo anterior no cabe invocar que el embargo no goza de la protección por la fe pública registral. Como se ha señalado, el principio de prioridad es independiente en su esencia y alcance respecto del principio de fe pública; el título que se anticipa en el acceso registral produce por esta sola razón el cierre registral a cualquier otro incompatible, y ello aun cuando aquél no reúna los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria»; 5-5-93, que repite literalmente esta misma doctrina, y 7-5-99: «[...] resulta evidente que la colisión entre embargos debe resolverse por el criterio del "prior tempore", que es el criterio de solución de conflictos que rige en el ámbito de los derechos reales [...]». Con anterioridad a ellas, la de 6-9-1988.

titulares de los asientos cancelables según las normas ahora indicadas: la tercería de dominio o de mejor derecho, según proceda, en un primer momento, y, transcurrido éste, el juicio declarativo ordinario correspondiente en que podrán hacer valer la preferencia sustantiva de su derecho <sup>409</sup>. Ni podía ser de otra forma si, como doctrinalmente se entiende y estas normas demuestran, la prioridad registral puede actuar separadamente en el orden estrictamente librario y en el sustantivo, y cuando lo hace en este segundo plano o terreno, viene a identificarse con el principio de inoponibilidad, del cual sería mera manifestación o consecuencia <sup>410</sup>. Excluido, entonces, que la inoponibilidad pueda amparar al acreedor anotante, queda también descartado que la prioridad sustantiva pueda ampararle. Tienen razón, a nuestro juicio, quienes afirman que ninguno de los grandes principios hipotecarios son de aplicación a la anotación de embargo <sup>411</sup>.

En definitiva, pues, que tras los pronunciamientos innovadores queda en pie la originaria concepción de la Ley Hipotecaria acerca de la anotación de embargo y la axiología que la sustenta <sup>412</sup>. Aunque heredero de la antigua hipoteca judicial, el embargo y su anotación no se confunden con la hipoteca; no mejora ni refuerza el crédito, alterando su naturaleza personal para convertirlo en real, ni otorgándole preferencia en caso de quiebra o concurso:

*... Por esto la Comisión, dando a la nomenclatura una importancia que no debe parecer excesiva cuando se trata de materias tan técnicas, ha creído que a la denominación antigua de hipoteca judicial, debía sustituir la de anotación preventiva, para indicar aquellas prohibiciones de enajenar cuyo objeto es que en su día las sentencias tengan ejecución cumplida...* <sup>413</sup>

*... lo mismo sucede en lo concerniente a los efectos de la hipoteca judicial. No debió buscarse el ejemplo de los pueblos en*

<sup>409</sup> Por todos, ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, VI, 8.ª ed., cit., pp. 447-460.

<sup>410</sup> Cfr., aplicado expresamente al problema que aquí tratamos, REY PORTOLÉS: *op. cit.*, p. 398.

<sup>411</sup> REY PORTOLÉS: *op. cit.*, pp. 391-394 y, en conclusiones, p. 398: «Consecuentemente con la naturaleza procesal del embargo (y aún de su anotación), y no pasando de ser éste, desde el punto de vista del Derecho civil e inmobiliario registral, sino una medida equivalente a un semiderecho real, con efectos *erga omnes* sólo hacia el futuro y no hacia el pasado, no es difícil concluir que no puede aprovecharse de los beneficios del sistema que proporcionan las normas en que se condensan los principios de legitimación, prioridad sustantiva (o definitiva), inoponibilidad y fe pública registral». En general, para la anotación preventiva, Cfr. DíEZ-PICAZO: «Las anotaciones preventivas», *RDN*, 1964, p. 28: «[...] en términos generales, la anotación preventiva no produce los efectos generales de orden registral (legitimidad, fe pública, rango, cierre del Registro). El efecto esencial de la anotación preventiva –lo hemos dicho ya– es simplemente enervar la protección de la fe pública que normalmente favorece al tercer adquirente de buena fe».

<sup>412</sup> Así, ROCA SASTRE: *op. ant. cit.*, pp. 434-435; REY PORTOLÉS: *op. cit.*, pp. 381-384.

<sup>413</sup> E. M. 1861, p. 233.

que, prevaleciendo el principio de que las sentencias constituyen de derecho una hipoteca sobre todos los bienes del condenado, cambian el crédito personal en un crédito real. Este principio ni ha estado nunca escrito en nuestras leyes, ni ha sido introducido por la práctica.

Constituidas en nuestro estado actual las hipotecas judiciales, que en adelante, según el proyecto, llevarán el nombre de anotaciones preventivas, solamente para asegurar las consecuencias de un juicio, no declaran ningún derecho, ni menos convierten en real el que no tenía antes semejante carácter [...]. La hipoteca judicial, que sólo tiene por objeto asegurar las consecuencias de un juicio, nunca ha tenido este carácter en España: no ha creado desde luego una acción hipotecaria a favor de aquel que había obtenido la retención, el embargo o la providencia de que no pudiera enajenarse la cosa mientras estaba pendiente el litigio: el derecho del acreedor por la hipoteca judicial no se ha modificado, no ha cambiado de carácter: sólo ha adquirido mayor seguridad bajo el punto de vista de quitar al deudor los medios de destruir la cosa, de enajenarla o de constituirse él mismo en insolvencia. Por esto, en un concurso de acreedores o en una quiebra, los que han obtenido a su favor hipotecas judiciales de la clase de las a que aquí nos referimos, no han tenido nunca, no tienen ahora por esta consideración un título de preferencia sobre los demás acreedores de su especie, ni son calificados entre los hipotecarios <sup>414</sup>.

Y todo ello, por una razón también perfectamente explicada: porque no es función de la ley sustituir al acreedor constituyendo en su favor una garantía de la que él prescindió, y porque en la colisión de créditos concurrentes, el adelantamiento en la exigencia no debe convertirse en causa de preferencia:

... ni hacen [las anotaciones que sustituyen a las antiguas hipotecas judiciales] al Juez agente de los litigantes, compeliéndolo a que supla la negligencia del acreedor y le otorgue garantía que tal vez el deudor mismo al tiempo de obligarse no habría constituido <sup>415</sup>.

... el que contrata y no exige hipoteca, se contenta con la garantía que le da el crédito personal del deudor, y no debe tener preferencia alguna sobre los que se hallan en su mismo caso... <sup>416</sup>.

... no puede decirse de ellas [de las anotaciones que sustituyen a las antiguas hipotecas judiciales] que son el premio de la carrera, como en otra nación se ha dicho, asimilando el empeño de los acreedores para anticiparse a obtener la anotación al afán con

<sup>414</sup> E. M. 1861, p. 234.

<sup>415</sup> E. M. 1861, p. 234. En el mismo sentido, CÁRDENAS: *op. cit.*, p. 414: «Además se convertiría en hipotecario el título meramente quirografario contra lo estipulado en el contrato y traspasando para ello la autoridad judicial el límite justo de sus atribuciones; pues cuando las partes han convenido en no otorgar hipoteca, la ley no debe constituirla por sí, ni menos por la voluntad de uno solo de los contrayentes».

<sup>416</sup> E. M. 1861, p. 235.



*que se disputa la llegada al término en las carreras de caballos: no son un premio inmerecido al acreedor más exigente...*<sup>417</sup>.

*Si se estableciera otra regla, resultaría que entre diversos acreedores de un mismo deudor que se hallaran en idéntico caso, sería de mejor condición el más exigente, el que guarda menos consideraciones, el que por mejores o peores medios adquiriera noticias más exactas del verdadero estado en que se hallara la fortuna del deudor, el que tuviera un procurador más diligente. La Comisión, atemperándose al antiguo derecho, ha creído que ninguna de estas causas debía serlo de preferencia*<sup>418</sup>.

Quizá sea conveniente resaltar y explicar la distinta reacción de la Ley Hipotecaria entre la diligencia en la inscripción del derecho inscribible y el adelanto en la exigencia del crédito<sup>419</sup>. En la primera, la inscripción decide a favor de quien primero inscribió (arts. 1473 CC; 17 y 32 LH). Es lógico que así sea: la seguridad del tráfico inmobiliario reclama la publicidad de los derechos reales, y el adquirente que reúna las condiciones de protegibilidad requeridas por el ordenamiento no puede quedar a merced de reclamaciones basadas en derechos no inscritos. Con razón el artículo 17 de la Ley Hipotecaria limita los beneficios de la prioridad a quienes inscriben o anotan preventivamente en el Registro «cualquier título traslativo o declarativo del *dominio* de los inmuebles o de los *derechos reales* impuestos sobre los mismos». Distintas son las cosas cuando de lo que se trata es de asegurar la reclamación de un crédito o la efectividad de las medidas judiciales tendentes a su satisfacción y ejecución. En estos casos, de una parte, no hay derecho real cuya adquisición originaria y directamente esté en juego, ni acto del tráfico, por tanto, comprendido en el campo de acción de la protección registral; y, de otra, lo que mediante la anotación preventiva se pretende asegurar no es tanto el crédito reclamado cuanto la efectividad de la condena que imponga su cumplimiento. Lo primero basta para entender que el acreedor embargante tenga que padecer la transmisión no inscrita por la que el bien embargado salió del patrimonio de deudor. Pero hemos dicho además que

<sup>417</sup> E. M. 1861, p. 234.

<sup>418</sup> E. M. 1861, p. 235. En el mismo sentido, CÁRDENAS: *op. et loc. ant. cit.*: «Si el haber obtenido un mandamiento de ejecución fuese un título para excluir a los demás acreedores del deudor en el caso de no tener éste bienes bastantes para pagar todas sus deudas, resultaría injustamente favorecido y preferido el acreedor más desconfiado y exigente sobre el que fuese más tolerante, el que estuviese cerca de su deudor sobre el que se hallare lejos, y el que obtuviese más pronto justicia sobre el que más tardase en hacer valer su derecho».

<sup>419</sup> Manifiesta extrañarse por ella GARCÍA GARCÍA: *El tópico...*, cit., p. 244: «Extraña que un legislador como el de 1861, que implanta por primera vez el principio de prioridad y el de publicidad, pueda aludir en este campo concreto a las carreras de caballos».

mediante la anotación preventiva el Registro de la Propiedad se pone al servicio del procedimiento judicial, y sólo a través de éste su acción de refuerzo llega hasta el crédito. Es importante reparar en este segundo punto. El procedimiento judicial pertenece al mundo del Derecho adjetivo: en él se comprueba la existencia del derecho reclamado y se impone su cumplimiento, pero no se le mejora ni altera en su naturaleza. El crédito no se hace de mejor condición por efecto o consecuencia de haber sido judicialmente reclamado; y la reclamación no asegura al actor su triunfo si en ella interfieren otras fundadas en mejor derecho. Siendo ello así, porque la reclamación no mejora la condición del crédito, se entiende muy bien que lo que el embargo y su anotación aseguran es, más que el derecho del actor reclamante, la efectividad de la medida judicial que lo ordena; y, porque la condición del crédito resulta del crédito mismo y no del momento de su reclamación, se entiende muy bien que ni el embargo por sí mismo ni la fecha de su anotación den prioridad al derecho del acreedor reclamante frente a otros que les sean anteriores (art. 1923.4 CC). Por todo lo dicho, y volviendo a nuestra indicación anterior sobre el distinto significado de la prioridad en la inscripción de los derechos reales y en la reclamación o exigencia del crédito, podemos ahora concluir que no hay incoherencia legal en el hecho de que la misma ley que hace prevalecer el derecho real inscrito sobre el anterior no inscrito que se oponga a él o le sea incompatible, niegue las ventajas de la prioridad sustantiva al crédito preventivamente anotado frente a derechos y créditos anteriores de los que no dé noticia el Registro <sup>420</sup>.

¿Cuál es entonces la utilidad de la anotación preventiva de embargo, y cómo se la puede incardinar y explicar en el conjunto de efectos pretendidos por la ley para la publicidad registral? La respuesta es muy fácil y su coherencia en el sistema resulta patente: la anotación sirve para asegurar la efectividad del proceso, y a ello es bastante que permita la oponibilidad del embargo —sea quien fuere definitiva y finalmente el acreedor que sobre la cosa embargada deberá quedar satisfecho— al eventual adquirente de la finca trabada (art. 71 LH), impidiendo la posibilidad de que éste alegue su desconocimiento inculpaible <sup>421</sup>. No es función de la

---

<sup>420</sup> Cfr. GALINDO y ESCOSURA: *op. cit.*, pp. 640-641; COSSÍO: *op. cit.*, pp. 267-268; LACRUZ-SANCHO: *op. cit.* (ed. 1984), pp. 226-229; GULLÓN: *Comentarios...*, XXIV, *cit.*, pp. 741-744.

<sup>421</sup> E. M. 1861, p. 233: «Mas a poco que se consideren los distintos casos en que puede haber lugar a la hipoteca judicial, se observa que [...] casi siempre se constituye para que sea respetada la administración de justicia, para evitar que se eludan las sentencias haciendo el demandado con actos propios imposible la ejecución del fallo». *Ad rem*,

anotación mejorar ni alterar la naturaleza del crédito en vías de ejecución, ni convertir en acreedor hipotecario al que es simple acreedor, con el conjunto de consecuencias que de ahí se seguirían <sup>422</sup>. Le basta con impedir el juego del principio de fe pública registral en favor del adquirente de la finca embargada. Por eso la inoponibilidad que contra el embargo no anotado podría esgrimirse es la inoponibilidad que, en general, remueve la anotación preventiva: la inoponibilidad embebida en la fe pública registral, y no la inoponibilidad autónoma que en este trabajo venimos tratando. También en el embargo la anotación funciona –en palabras de Luzuriaga <sup>423</sup>– como «complemento del sistema alemán»: adherida a la fe pública registral e impidiendo su juego respecto al dato anotado que, al ser puesto en conocimiento del tercero que para adquirir se atiende al Registro, deberá ser soportado y padecido por el mismo.

---

ROCA SASTRE: *op. cit.*, p. 421: «La anotación preventiva de embargo *surte los efectos propios de la hipoteca en trance de ejecución* respecto de los *posteriores adquirentes* de la finca o derecho real anotado o de cargas o gravámenes sobre ellos, los cuales tienen, según los casos, la consideración o tratamiento de *terceros poseedores* de bienes anotados a realizar o de *titulares de cargas o gravámenes* a extinguir. Esta situación de los bienes inmuebles o derechos reales que, a pesar de ser objeto de anotación preventiva de embargo, hubieren sido objeto posteriormente de enajenación o gravamen la hace posible el artículo 71 de la Ley Hipotecaria, al permitirlo por regla general, pero siempre “*sin perjuicio* del derecho (o interés) de la persona a cuyo favor se haya hecho la anotación” [...]» (cvas. del a.); DÍEZ PICAZO: *Las anotaciones* ..., cit., p. 25: «Esta eficacia, la eficacia esencial de las anotaciones preventivas, es puramente negativa. Consiste en enervar el posible juego de la fe pública del Registro por el adquirente de buena fe. La anotación preventiva impide que el tercero de buena fe alegue a su favor la eficacia de la fe pública. La anotación preventiva se presenta así como una circunstancia impeditiva u obstativa de la fe pública registral».

<sup>422</sup> MANRESA: *op. cit.*, p. 738: «Ante todo debemos exponer que la anotación preventiva, hecha en el Registro, no varía la naturaleza jurídica de la obligación para cuya seguridad se lleva a efecto, ni puede, por lo tanto, convertir en real e hipotecaria la acción derivada de dicha obligación»; NÚÑEZ LAGOS: *Tercero y fraude*..., cit., p. 591: «[...] los créditos preventivamente anotados en el Registro tienen preferencia únicamente sobre los créditos de fecha auténtica posterior a la de la anotación (o a la suya: litigio exclusivamente civil). Por tanto, en este caso la anotación en el Registro no señala por sí sola la prioridad [...]. El fundamento de esta doctrina legal no es otro, según el Tribunal Supremo, que la anotación preventiva no varía la naturaleza personal del derecho ni confiere derecho real alguno [...]»; DÍEZ-PICAZO: *Las anotaciones*..., cit., p. 25: «Ante todo creo que debemos sostener que la anotación preventiva otorga una especial protección registral al derecho anotado, pero no altera la naturaleza de este derecho, ni lo convierte en otro más fuerte». Sobre las semejanzas y diferencias entre la anotación preventiva de embargo y la hipoteca, OSSORIO SERRANO: *op. cit.*, pp. 121-126.

<sup>423</sup> LUZURIAGA, en las *Concordancias*..., de GARCÍA GOYENA, cit., p. 954. Posteriormente repetirá esta misma expresión DÍEZ-PICAZO: *Las anotaciones preventivas*, cit., p. 19: «[...] las anotaciones preventivas no son más que un complemento de un buen sistema registral».

## V. ALGUNAS INDICACIONES FINALES SOBRE EL PRINCIPIO DE INOPONIBILIDAD: SU RELACIÓN CON OTROS PRINCIPIOS, SU SIGNIFICACIÓN ACTUAL Y SU ESPECÍFICO FUNDAMENTO

Justificada la autonomía del principio de inoponibilidad en nuestro ordenamiento de la publicidad registral inmobiliaria, expuestos los requisitos exigidos al «tercero» que lucra sus beneficios efectos, y determinado su ámbito de aplicación, sólo nos queda cerrar este trabajo dedicando sus últimas páginas al estudio –ya necesariamente muy compendiado– de su relación con otros principios hipotecarios y a la precisa indicación de su específico fundamento. Nada de esto sería necesario si nuestro sistema registral fuera un sistema puro; esto es, un sistema atenido, en todo y sólo, a uno de los alternativos modelos latino o germánico. Sobradamente sabemos ya que no es ese el caso. Nuestro Derecho Registral constituye un sistema «mixto» en cuyo conjunto se integran elementos latinos (inscripción no constitutiva) y elementos germánicos (principalmente, adquisición registral *a non domino*, como natural consecuencia de la fe pública registral); lo que vendrá a provocar una cierta dificultad en la tarea que ahora nos proponemos esbozar. ¿Cómo pueden relacionarse entre sí, en la unidad de un mismo ordenamiento, principios de tan dispar procedencia como el de inoponibilidad y el de fe pública? ¿Es pura y diferenciada relación la que entre ellos se va a producir, o habrá más bien implicación por absorción de uno en el otro? ¿Y en cuanto al principio de prioridad? La prioridad, quintaesencia de la publicidad latina, termina por sustanciarse y agotarse en la inoponibilidad del derecho no inscrito tal como efectivamente la sancionan los ordenamientos atenedos a dicho modelo ¿Ocurre lo mismo en nuestro Derecho, o actúa también, en él, fuera del ámbito de la inoponibilidad, llegando incluso a incrustarse en el mecanismo de la fe pública registral? Finalmente, ¿cuál es el fundamento y la última justificación del principio de inoponibilidad: se la podrá explicar, según se propone con cierta frecuencia, como una aplicación de la teoría de la apariencia jurídica: concretamente, como un supuesto de protección de la confianza en la apariencia registral negativa? Es la peculiaridad de nuestro sistema registral la que plantea para nuestro Derecho esta peculiar problemática; y la que obliga a entrar en ella con especial atención e interés, por un lado, y, por otro, con la dosis de autonomía necesaria para poder resolver en materias donde no es posible contar con la inspiración procedente de la doctrina extranjera.

1. Atendamos, en primer lugar, a la relación que, por su convivencia en un mismo ordenamiento, se produce en nuestro Derecho entre el principio de inoponibilidad y el de fe pública registral; cuestión que inevitablemente derivará en la de la significación del artículo 32 de la Ley Hipotecaria en su condición de continuador del originario 23, precepto del que se dijo –recordémoslo– que él solo contenía toda la Ley, dando lugar tal diagnóstico a la calificación del sistema como fundamentalmente latino en su origen.

a) ¿Relación entre el principio de inoponibilidad y el de fe pública registral? La respuesta, en abstracto, es sencilla: son principios independientes el uno del otro y que poco tienen que ver entre sí. Distintos en su presupuesto, requisitos y efecto, el primero señorea los sistemas atenuados al modelo latino, mientras que el segundo inspira y sintetiza o condensa los de obediencia germánica. Referida concretamente a nuestro ordenamiento, y en lo sustancial, sigue valiendo esta misma respuesta. Inoponibilidad y fe pública son principios distintos, dependientes de filosofías diferentes; aun cuando su convivencia en un mismo ordenamiento y su común condición de instrumentos de protección registral de adquisiciones irregulares, de suyo, según el mecanismo ordinario de la adquisición derivativa, imponga el sometimiento de ambos a iguales requisitos, exceptuado el que impone la distinción entre ellos: el de la previa inscripción. Sin ella, el principio de inoponibilidad protege contra el primer comprador, que no inscribe, al segundo, que lleva su adquisición al Registro, premiando así –en sí misma y por sí sola– su mayor diligencia: la que le lleva a acogerse al Registro y a colaborar de tal forma con su función aseguradora del tráfico. El de fe pública, en cambio, partiendo de la inscripción anterior, protege a quien, confiando en dicha inscripción, adquiere de titular registral.

Ahora bien, esto supuesto y tratando de determinar la relación entre inoponibilidad y fe pública en la unidad de nuestro ordenamiento, hay todavía que añadir que el dato de la previa inscripción, justo el que nos sitúa en el campo de la fe pública, no impide que, dentro ya del juego de ésta, aparezca interfiriendo una inoponibilidad de lo inscribible y no inscrito que, admitida en Alemania como el aspecto negativo de la fe pública registral, juega también en nuestro Derecho, como mayor extensión pero con el mismo efecto que se le reconoce en los sistemas germánicos. Con mayor extensión, hemos dicho: porque en Alemania sólo se produce respecto de lo anotable no anotado y respecto de las adquisiciones no negociales, sustraídas, como se sabe, al mecanismo de la adquisición mediante acuerdo e inscripción; en nuestro Derecho, en cambio, al

no ser constitutiva la inscripción, esta inoponibilidad de la que ahora hablamos se extiende también a las adquisiciones negociales o del tráfico: concretamente, entre otras, a compraventas anteriores no inscritas. Pero con igual efecto, añadíamos, que en el sistema alemán; efecto, naturalmente, más intenso que el que se sigue de la aplicación del artículo 32, o de la inoponibilidad latina. La razón es clara: habiendo previa inscripción en la que poder confiar, el adquirente gozará de la protección absoluta que la fe pública asegura a quienes a ella se atienen; mientras que no habiendo previa inscripción, la que ahora practica el primer comprador que en ella se adelanta inmatriculando la finca, sólo protegerá a éste frente a la reclamación del comprador anterior que no inscribió, pero no frente a la reivindicación del *verus dominus* si no lo era en realidad el vendedor del que ambos compradores pretenden traer causa.

Interesaba volver sobre esta otra forma de inoponibilidad cuando tratamos de terminar concluyendo acerca del principio autónomo de inoponibilidad, de su significación en nuestro sistema, y de su relación con otros principios que, juntamente con él, contribuyen a la conformación del mismo. Es muy claro que ambas formas de inoponibilidad, por las diferencias de su presupuesto y efecto, no pueden confundirse entre sí; y que, también por efecto de tales diferencias, no se excluyen la una a la otra como incompatibles. Ello admitido, no queda sino concluir afirmando que cuando se habla de inoponibilidad de lo inscribible no inscrito, en tanto que constitutiva de un principio registral autónomo, la referencia debe entenderse hecha a la inoponibilidad latina y de efecto protector más limitado, que, derivada del valor meramente declarativo o publicador de la inscripción, exige en nuestro Derecho un espacio que no le es posible en los ordenamientos germánicos de inscripción constitutiva.

b) Diferenciadas así inoponibilidades diferentes, ¿cuál es la relación entre los artículos 32 (originario 23) y 34 de la Ley Hipotecaria, y cuál de ellos es el que mejor sintetiza el efecto asegurador y protector de la publicidad registral en nuestro Derecho? Sabido es, y muy repetido, el dato indicado por Gómez de la Serna al comienzo de su comentario al artículo 23: «El Ministro de Gracia y Justicia, al sostener el Proyecto de Ley Hipotecaria en el Congreso de los Diputados dijo, que si se analizaba, si se condensaba la Ley, este artículo era solo la Ley, y recargando la frase añadía que se podía decir sin exageración que la Ley no era más que el artículo 23...»<sup>424</sup>. Quien se atenga, sin más, a estas palabras creará de inmediato poder

---

<sup>424</sup> SERNA: *op. cit.*, p. 562.

concluir que la Ley Hipotecaria, en tanto que presidida por el artículo 23 y concebida desde el principio de inoponibilidad de lo inscribible no inscrito al tercero que inscribe, nació adscrita al sistema latino. Precipitado diagnóstico, sin duda alguna, si se tiene presente que, desde el primer momento, el artículo 23 no se lee separadamente del 34, y que la inoponibilidad que en el primero se decreta —como ya sobradamente hemos visto— se entiende confusamente extendida hasta la que implícitamente supone el segundo, según con evidencia se observa en el comentario del mismo De la Serna, quien, por ello, transigiendo con las palabras del Ministro, se ve en la necesidad de añadir que, aunque el más importante, el artículo 23 no es el único fundamental de la Ley <sup>425</sup>. La principalidad que el Ministro atribuía al artículo 23 llegaba a éste no por la inoponibilidad peculiar de dicho precepto, sino de prestado y por confusión, del alargamiento de ésta a la implícitamente comprendida en el efecto protector dispensado por el artículo 34 al tercero que adquiere de titular inscrito.

Claro está que advertimos que al explicar nosotros así el protagonismo inicialmente atribuido al artículo 23 —mejor habría que decir: al desplazar el protagonismo del art. 23 hacia el 34— se podrá pensar que nos situamos en la dirección que conduce como necesaria llegada al monismo hipotecario. Pero tampoco es eso. A estas alturas podemos ya distinguir y sucintamente indicar que nuestro sistema nació como hoy sigue siendo: como un sistema mixto, peculiarmente configurado por su integración de la inscripción no constitutiva sino condición de oponibilidad —de reconocida y confesada ascendencia latina— con el principio de protección del tercero que adquiere confiando en la titularidad de su transmitente inscrito o principio de fe pública, principio, como se sabe, netamente germánico, cuya implantación en nuestro sistema hace a éste deliberada y declaradamente germánico.

Pues bien, de estos dos elementos, en la peculiar y coherente mixtura de nuestro sistema: ¿cuál es el que mejor condensa el espíritu y finalidad de nuestra Ley Hipotecaria y el que más adecuadamente expresa el valor en ella atribuido a la publicidad registral? Aquí es donde hay que corregir, o al menos contextualizar el diagnóstico del Ministro de Gracia y Justicia. El originario artículo 23 no puede, él solo, ser toda la Ley, porque su materia es la indicación del valor de la *práctica de la inscripción* en sí misma y aisladamente considerada, y porque el efecto de inoponibilidad que en ella se le atribuye va a resultar muy ampliamente sobrepasado por

---

<sup>425</sup> SERNA: *op. et loc. ant. cit.*

el que el artículo 34 asigna a la *publicidad ya practicada* en cuanto soporte de la confianza de ulteriores terceros llevados a adquirir de quien en el Registro aparece como dueño, precisamente porque el Registro ha dado por buena su titularidad y la ha publicado. Por obvio y por ya dicho resulta ocioso repetir de nuevo que, una vez practicada la primera inscripción –justo aquella cuyo valor sólo puede ser determinado por el originario artículo 23–, la protección que del Registro obtendrá el adquirente que inscribe ajustándose a su mecánica (art. 20 LH), la que de verdad interesa, además, y la única que evita que su confianza en el Registro se pueda ver defraudada, es la protección dispensada en términos absolutos por la fe pública registral.

Las cosas, a veces, no se plantean de este modo. El artículo 23 –se dirá–, o el vigente artículo 32, no tiene por qué ser leído aisladamente y en oposición o contraste con el 34; cabe también una lectura del artículo 32 superpuesta al 34 y dirigida a determinar y explicar el valor de la segunda inscripción que en tal caso podría distinguirse: la inscripción, queremos decir, por la que el tercero que adquiere de titular inscrito, lleva su adquisición al Registro; no la que en él publicaba la titularidad de su transmitente. En esa lectura superpuesta, los artículos 32 y 34 actuarían simultánea pero no coextensamente: la inoponibilidad consagrada en el artículo 32 jugaría en interés de quien adquiere de acuerdo con el 34, protegiéndole, por el hecho de haber inscrito su adquisición, contra anteriores derechohabientes de su mismo transmitente inscrito que no inscribieron su adquisición. He aquí, entonces, cómo el artículo 32 resulta ser la norma que, al expresar el valor universal de la inscripción, sobrepasa o excede al artículo 34: mientras la inoponibilidad de lo no inscrito juega en el 32 y en el 34, la fe pública registral, no habiendo previa inscripción, no puede jugar en el ámbito del 32, que de tal forma queda exclusivamente reservado a este precepto. El tercero del artículo 34 es también –y necesariamente tiene que serlo, dirá Núñez Lagos<sup>426</sup>– tercero del 32,

---

<sup>426</sup> NÚÑEZ LAGOS: *Tercero y fraude...*, cit., p. 593: «El titular registral puede ser nada más que titular de un asiento. Pero puede, sin dejar de ser titular, tener la cualidad de tercero del artículo 32 y, además, la cualidad de tercero del artículo 34. O dicho en otras palabras, todo tercero del 34 es necesariamente tercero del 32, y, por descontado, titular. Pero, a la inversa, no todo tercero del 32 alcanza la cualidad de tercero del 34, como no todo titular la de tercero del artículo 32». También, VILLARES PICÓ: *La inscripción en nuestro sistema...*, cit., p. 291: «El concepto de tercero hipotecario es más amplio que el tercero que resulta del artículo 34 de la Ley: éste es sólo una modalidad del tercero protegido por la Ley, como consecuencia de la inmunidad que produce el principio de fe pública registral contra la acción de nulidad emanada de causas que no constan en el Registro. El artículo 32 (antes el 23) de la Ley tiene un contenido más genérico para determinar el tercero en su concepto más amplio [...]».



mientras que el del 32 no tiene que ser tercero del 34. El originario artículo 23 era, él solo, toda la Ley, había dicho el Ministro de Gracia y Justicia.

Nosotros –por más que sea cierto que todo tercero del artículo 34 tiene que ser tercero inscrito, mientras que no todo tercero inscrito tiene que ser tercero del artículo 34– no podemos considerar acertado este planteamiento. Primero, porque la inoponibilidad latina que sintetiza y expresa en nuestro Derecho las consecuencias que se siguen de no practicar la inscripción, en su dimensión puramente negativa no implica por sí misma el efecto positivo de la fe pública registral; y una norma que no abarque este efecto no puede dar idea cabal del valor atribuido a la publicidad en nuestro Derecho. Y segundo, porque lo que en el anterior planteamiento se engloba como una misma forma de inoponibilidad, son en realidad inoponibilidades distintas, insusceptibles por ello de ser adecuadamente reducidas a unidad bajo un mismo concepto. La propia del artículo 32, ya lo hemos dicho, es una inoponibilidad relativa, en tanto que llamada a jugar sólo entre los sucesivos adquirentes de un mismo causante; la del 34, en cambio, en tanto que conectada a la presunción de exactitud (e integridad, por tanto) del dato registral anterior, es una inoponibilidad absoluta: nadie podrá invocar derecho alguno sobre lo que el tercero adquirió de quien, según el Registro, era su dueño y se lo podía transmitir. Distintas, pues, en su presupuesto (primera inscripción, una; inscripción engarzada y derivada, la otra) y efecto (relativo, una; absoluto, la otra), una y otra inoponibilidad no pueden ser confundidas; y ambas tienen su razón de ser y su campo propio en nuestro sistema registral de fe pública registral sin inscripción constitutiva. Pero de ellas, por ser el nuestro un sistema mixto donde se da acogida a la fe pública registral, no puede ser la primera la que exprese y simbolice el efecto completo de la publicidad; tampoco, rigurosamente, la segunda, al dejar fuera de sí el valor de la primera inscripción. Pero advertida esta insuficiencia y dada la mayor intensidad y significación de la fe pública registral, así como la adscripción global de nuestro sistema al modelo germánico, es sin duda la segunda la que, como expresión negativa de la fe pública, mejor alcanza a sintetizar el efecto protector de la publicidad registral en nuestro Derecho. En el artículo 34, pues, no en el 32, se resumiría la Ley Hipotecaria, aunque fuera de él quede el espacio cubierto por el 32: esa otra forma menor de protección relativa contra derechos no inscritos que la primera inscripción otorga a quien, sin derivar su derecho de titular inscrito, inscribe su adquisición.

2. ¿Y por lo que hace a la relación entre el principio de inoponibilidad con el de prioridad registral? También aquí las cosas tienen que producirse de modo peculiar y propio en nuestro sistema hipotecario.

En el modelo latino, como es bien sabido, la prioridad viene a confundirse con la inoponibilidad: una y otra se reclaman mutuamente y terminan por revelarse como dos formas distintas de expresar un mismo fenómeno y resultado: la inscripción pone a salvo la adquisición del comprador posterior que la practica respecto a la de cualquier otro comprador anterior no inscrita; o, lo que es lo mismo: el derecho anterior no inscrito, no perjudica al adquirente posterior que se adelanta en inscribir el suyo. Ahí, en esa inoponibilidad sustantiva, y coincidiendo sustancialmente con ella <sup>427</sup>, se agota la prioridad latina <sup>428</sup>. Es muy claro que en nuestro Derecho el artículo 1473.II CC hace aplicación de esta forma de inoponibilidad-prioridad cuando proclama propietario a aquel de los sucesivos compradores de una misma cosa inmueble que antes la haya inscrito en el Registro; pero hasta aquí, la prioridad, en nuestro Derecho como en el francés, no es más que la inoponibilidad típicamente latina, respecto a la cual no se la podría distinguir como constitutiva de un principio registral diferente y autónomo.

Distintas son las cosas si la prioridad registral, sustraída de su matriz latina (arts. 32 LH y 606 CC), se la implanta en el mecanismo de la adquisición registral *a non domino* por efecto o consecuencia del principio de fe pública registral. Sin salir del arquetípico supuesto de la doble venta, y al no ser constitutiva la inscripción en nuestro ordenamiento, el adquirente de titular inscrito que no inscriba su adquisición tendrá que soportar el sacrificio de su derecho en aras del adquirente posterior que, trayendo causa también de su mismo transmitente inscrito, se adelante en inscribir la suya. Aquí sigue jugando la prioridad registral, y su resultado sigue siendo el

---

<sup>427</sup> Cfr. THÉRY: *Sûreté et publicité foncière*, cit., p. 402: «Traditionnellement, l'inopposabilité doit permettre de trancher un conflit entre personnes tenant leur droit du même auteur. L'inopposabilité joue toutefois aujourd'hui dans des cas où ce type de conflit n'existe pas, lorsque, par exemple, une clause de résolution conventionnellement stipulée n'ont pas été publiées. Sous cette réserve, les explications qui vont suivre, et qui seront consacrées exclusivement au conflit entre ayant cause du même auteur, sont transposables».

<sup>428</sup> Cfr. artículo 30. 1 del décret 4 janvier 1955: «Les actes et décisions judiciaires soumis à publicité par application du 1.º de l'article 28 sont, s'ils n'ont pas été publiés, inopposables aux tiers qui, sur le même immeuble, ont acquis, du même auteur, des droits concurrents en vertu d'actes ou de décisions soumis à la même obligation de publicité et publiés, ou ont fait inscrire des privilèges ou des hypothèques. Ils sont également inopposables, s'ils ont été publiés, lorsque les actes, décisions, privilèges ou hypothèques, invoqués par ces tiers, ont été antérieurement publiés».

de la inoponibilidad del derecho anterior no inscrito, pero el carácter absoluto que ahora obtiene tal inoponibilidad permite distinguirla de la típicamente latina que en Francia equivale a la prioridad registral. La incrustación de la inoponibilidad latina en el mecanismo de la fe pública registral, por consecuencia del valor no constitutivo de la inscripción en nuestro Derecho <sup>429</sup>, hace que aquella prioridad obtenga entre nosotros un efecto distinto y más amplio que el de la sola inoponibilidad latina. He aquí por qué en nuestro sistema hipotecario la prioridad registral no puede ser encerrada y terminar confundiendo con el principio neto y autónomo de inoponibilidad: injertada en el juego de la fe pública, contribuye a la adquisición registral *a non domino* también cuando los adquirentes en liza traen causa del mismo vendedor inscrito <sup>430</sup>.

De todas formas, esta segunda manifestación de la prioridad, al igual que la anteriormente vista, se mueve en el terreno de los efectos sustantivos de la inscripción registral (de la practicada en conexión con otra anterior, o de la primera inscripción). No es éste el único campo donde la prioridad registral actúa en nuestro Derecho. La adopción del folio real y las exigencias del tracto sucesivo imponen el cierre del Registro a cualquier título anterior al ya inscrito y que sea incompatible con él (art. 17 LH). Estamos ahora en terrenos de lo procedimental y librario <sup>431</sup>. La inscripción no da razón, por ella misma y necesariamente de la existencia y validez del derecho inscrito (art. 33 LH), pero, mientras no se la impugne y combata, fundamenta una presunción (arts. 1.III y 38.I y II LH) a la cual necesariamente ha de estarse. Los artículos 175.2 RH y 674.2 LEC hacen aplicación de esta idea a la prioridad libraria de inscripciones y anotaciones posteriores a la anotación de embargo

<sup>429</sup> GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, M.: «Momento en que es exigida la buena fe en la fe pública registral y otros problemas», *ADC*, 1949, p. 1240: «A nuestro juicio, esta inscripción del adquirente debe ser relacionada no con la fe pública, sino con la prioridad».

<sup>430</sup> Por la razón indicada, si no se distinguen los efectos derivados de la prioridad según ésta actúe en el ámbito de la mera inoponibilidad o en el de la fe pública, resultarán ambiguas y equívocas las palabras de VILLARES PICÓ: *La inscripción en nuestro sistema* ..., cit., p. 291, cuando afirma que «en la expresión genérica del artículo 32 cabe todo tercero amparado por el principio de prioridad».

<sup>431</sup> Cfr. NÚÑEZ LAGOS: *El Registro de la Propiedad español*, cit., p. 160: «GÓMEZ DE LA SERNA creo que es el primero que en España ve la diferencia entre uno y otro precepto [el actual art. 1473 CC y el art. 17 LH]. Es decir, el CC contiene una regla *de fondo*, sustantiva; la Ley Hipotecaria, una norma procesal; el CC en la colisión produce una decadencia del dominio; la Ley Hipotecaria, una preclusión del título. Frente a la pretensión del primer adquirente que no inscribe, el segundo inscrito opone, con arreglo al CC, una excepción, o *fin de non proceder*, con arreglo a la Ley Hipotecaria, una inadmisión, *une fin de non recevoir*. La primera no actúa más que alegada por la parte; la segunda, de oficio, automáticamente, por el Registrador».

al permitir, en principio, una cancelación contra la cual podrá reaccionarse en el terreno de lo sustantivo y final.

En conclusión, pues: que el estudio del principio autónomo de inoponibilidad permite, en contraste con él, perfilar y distinguir las distintas manifestaciones del principio de prioridad registral en nuestro Derecho. Nuestra prioridad no se ciñe a la inoponibilidad latina, con la que forma unidad en el modelo francés; actúa también, reclamada por el carácter no constitutivo de la inscripción, en el ámbito de la fe pública registral, coadyuvando entonces a esa otra inoponibilidad de carácter absoluto por la que se garantiza al adquirente registral *a non domino* el mantenimiento en su adquisición. Finalmente, por ser el nuestro un Registro de desenvolvimiento técnico y folio real, se traduce librariamente en el cierre registral, y –a salvo las tercerías o el declarativo pertinente– en la cancelación de las inscripciones y anotaciones posteriores a la anotación de embargo cuando en virtud del procedimiento de apremio se enajene judicialmente la finca o derecho embargado.

3. Como último punto a tratar nos queda tan sólo el del fundamento o razón justificadora del principio de inoponibilidad registral. Nos decidimos a hacer una breve referencia a él porque, con cierta frecuencia, se le sustenta en el principio de protección de la apariencia jurídica, viendo en la inoponibilidad de lo inscribible no inscrito una aplicación de tal principio en la variante de su manifestación negativa<sup>432</sup>. En nuestra opinión es claro que esta explicación, comprensible en la perspectiva del pensamiento monista, no puede dar razón suficiente, desde la tesis dualista, de la inoponibilidad registral en todas sus formas; de ahí que debamos proceder a introducir en ella los pertinentes distingos y limitaciones, debiendo advertir desde ahora que también éstos necesitarán ser cuidadosamente matizados.

Que la inoponibilidad registral responda a la protección de la confianza en la apariencia jurídica negativa sólo puede admitirse

---

<sup>432</sup> Cfr., por todos, entre los monistas, DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: *Apariencia jurídica, posesión y publicidad inmobiliaria registral*, Bilbao, 1975, p. 127: «A través de él [del art. 32] se consagra una regla elemental en todo sistema publicitario registral: *los terceros no deben verse afectados por aquellos actos jurídicos que, pudiendo haber sido inscritos en el Registro, no obstante no lo han sido*. Es la manera más simple, como decimos, de otorgar relevancia a la apariencia resultante de los asientos registrales. [...] Lo que sucede, y es lo que el artículo 32 trata de sentar, es que uno de esos derechos, aun válidamente constituido, si no está inscrito no puede ser invocado y ejercitado por su titular en perjuicio de tercero que confió en lo que el Registro decía, o más exactamente en este caso, que confió en lo que el Registro *silenciaba*» (cvas. del a.); entre los dualistas, AMORÓS: *Comentarios...*, cit., p. 25: «b) El fundamento de la solución legal: en el 32 [...] se protege la apariencia negativa creada por la falta de publicidad [...]».

cuando se trata de la inoponibilidad que actúa incrustada en la fe pública registral. Entonces sí, tomando por exponente de la realidad lo que el Registro publica, puede aplicarse a la justificación de la inoponibilidad el viejo brocardo: *de his quae non sunt et quae non apparent, idem est iudicium*. Que así lo haga Hernández de Ariza<sup>433</sup>, viene de nuevo a poner de manifiesto cómo en el arranque de nuestro sistema registral, el originario artículo 23, y la inoponibilidad en él consagrada, se entiende actuando en la situación de su normal concurrencia con el 34, una vez puesto en marcha el mecanismo de la publicidad. En tal perspectiva es muy cierto que para el tercero que confía en el Registro la información registral debe funcionar como el exponente exacto e íntegro de la realidad<sup>434</sup>: lo no inscrito, en tal caso, no cuenta para quien adquiere de titular inscrito e inscribe su adquisición.

Pero esa explicación ya no vale cuando se trata de justificar la inoponibilidad propia y autónoma: la que —obviamente, sin previa inscripción en la que poder confiar— obtiene el adquirente que inscribe inmatriculando; justo porque no es lo mismo el efecto negativo de la publicidad efectivamente producida que el efecto de no haberse producido la publicidad<sup>435</sup>. Lo que ahora inclina la balanza legal a favor del comprador que se adelanta a inscribir es la diligencia puesta en la publicación de su adquisición: la misma que omitió el comprador anterior, dando ocasión con ello a que el pos-

---

<sup>433</sup> HERNÁNDEZ DE ARIZA: *Ley Hipotecaria comentada*, I, Madrid, 1861, p. 63: «Pero según el nuevo principio el comprador y el acreedor serán los causa-habientes de la finca, y no responderán sino de los gravámenes que con relación a ella consten en su registro particular, pudiendo oponer a los demás la regla *de his quae non sunt et quae non apparent, idem est iudicium*».

<sup>434</sup> STAUDINGER-GURSKY: § 892, Rz 4: «§ 892 Abs 1 gewährleistet dabei den Vertrauensschutz sowohl in positiver wie in negativer Hinsicht: Der Erwerbwr darf sich sowohl darauf verlassen, daß die eingetragenen dinglichen Rechte mit dem gebuchten Inhalt besthen und dem in Grundbuch als Rechtsträger Ausgewiesenen zustehen (Richtigkeitsfiktion, positive Publizität) wie auch darauf, daß nicht gebuchte bzw im Grundbuch bereits wieder gelöschte dingliche Rechte nicht bestehen (Vollständigkeitsfiktion, negative Publizität)».

<sup>435</sup> Cfr. PUGLIATTI: *La trascrizione*, Tratt. Cicu-Messineo XIV, I (1957), p. 463. En nuestra doctrina parece no atender a esta diferencia MERINO GUTIÉRREZ: *El tercero hipotecario...*, cit., pp. 110-111: «Es cierto que el inmatriculante no confió en la titularidad que proclamaba el Registro, no adquirió confiado en que el transferente era propietario porque así lo proclamaba el Registro; pero este razonamiento sólo contempla la protección de la fe pública. Ahora pensemos en la inoponibilidad: se protege la apariencia negativa. El comprador sí pudo confiar en que el vendedor no había vendido antes la finca que aquél iba a comprar y si el Registro no le decía que el vendedor era propietario sí le revelaba que no había habido alguna transmisión, sencillamente porque no había ninguna inscripción»; tampoco, BUSTOS PUECHE: *op. cit.*, p., entre otras, 2648: «En mi opinión, uno y otro [los artículos 32 y 34 LH] vienen a integrar el presupuesto fáctico u objetivo de la apariencia: el 32, en su modalidad negativa, de no inscripción; y el 34, en la positiva de inscripción. Pero ambas son realidades en que puede apoyarse el tercer adquirente: la ausencia de inscripción puede ser tan significativa como su existencia».

terior pudiera todavía adquirir de buena fe (desconociendo la venta anterior) del transmitente común, siendo él el primero que, al publicar su adquisición, evitará que se prolongue una apariencia jurídica contraria a la misma y en la que eventuales terceros puedan confiar. La prioridad en la inscripción, en lo que implica de mayor diligencia en la comparación del adquirente que inscribe frente al que no lo hace, es ahora el dato decisivo. De todas formas, esto dicho acerca del fundamento específico y próximo de la protección del que sin previa inscripción en la que poder confiar se adelanta a inscribir, es necesario añadir todavía que, en cuanto esta misma protección aparece supeditada en nuestro Derecho a la buena fe del adquirente protegido, también el supuesto adquisitivo que en ella se sanciona viene remota y finalmente a entroncar con el principio protector de los terceros adquirentes confiando en una previa situación de apariencia jurídica <sup>436</sup>. Lo que de peculiar aquí ocurre es que la tal apariencia no viene ahora constituida ni configurada por el Registro de la Propiedad; y que la confianza en ella sustentada ni decide por sí sola en favor de quien a ella se acoge, ni lo hace absolutamente o *erga omnes*.

De entre los sucesivos compradores que hayan adquirido de buena fe, sólo será protegido el que, además de haber procedido en tal forma, se haya adelantado –inscribiendo– a evitar la prolongación de una apariencia contraria a su adquisición; y su inscripción le pondrá a salvo sólo frente a la reclamación de los compradores anteriores que no inscribieron: no frente a la del *verus dominus*, si en realidad no lo era el transmitente común <sup>437</sup>.

---

<sup>436</sup> Convenimos gustosamente en este punto con BUSTOS PUECHE: *op. cit.*, p., entre otras, 2619: «Junto al Registro pueden existir escrituras públicas, documentos privados, estados posesorios, etc., y todo ello contribuye a integrar el presupuesto de hecho» [de la apariencia jurídica].

<sup>437</sup> Tenemos que remitirnos aquí a lo dicho supra (II.3) sobre el valor de la primera inscripción y disentir de BUSTOS PUECHE: *op. cit.*, *passim*, sobre la indiferencia de la distinción entre los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria y entre la forma de protección dispensada al tercero por cada uno de ellos: *non ex regula jus sumatur, sed ex jure quod est regula fiat*.



# Las anomalías del contrato: invalidez e ineficacia en el anteproyecto de Código Europeo de Contratos. Estudio comparado con el Derecho español. (Aproximación a la sección 1 del Título XI de la Parte General del Código Europeo de Contratos)\*

MARÍA DE LOS ÁNGELES PARRA LUCÁN

Catedrática de Derecho civil  
Universidad de La Laguna

SUMARIO: I. *Las anomalías del contrato, invalidez e ineficacia:*  
1. Consideración general. 2. «Anomalías» del contrato, irregularidades, ineficacia e invalidez: precisiones conceptuales.—II. *Inexistencia contractual:* 1. Inexistencia e invalidez. 2. Inexistencia contractual: A. La categoría de la inexistencia. Casos. B. Régimen jurídico. 3. No incorporación al contrato.—III. *Tipos de invalidez:* 1. Modalidades de invalidez. 2. Nulidad: A. Las causas de nulidad del contrato. B. Las consecuencias de la nulidad del contrato. C. Nulidad sobrevenida. D. La confirmación del contrato. E. La conversión del contrato nulo: a) Admisibilidad de la conversión. b) Conversión y autonomía de la voluntad. c) Ámbito de aplicación de la conversión. d) Cómo opera la conversión. F. Ámbito de la nulidad: a) Propagación de la ineficacia. La nulidad parcial. b) Nulidad parcial. c) Propagación de la invalidez. d) Lo decisivo es la voluntad de las partes. e) Cómo se hace valer la nulidad parcial. f) La nulidad parcial sólo es posible en defecto de la sustitución de cláusulas ordenada por la ley y de la conversión. 3. Anulabilidad: A. La anulabilidad de los contratos. B. Causas de anulabilidad: a) Consideración general. b) Contrato celebrado por un incapaz: i) Es necesario que se haya producido una lesión. ii) Contratos celebrados por menores. iii) Falta

---

\* Trabajo realizado en el marco del Proyecto BJU2000-1021, del Ministerio de Educación y Ciencia, dirigido por el Profesor Gabriel García Cantero, titulado *Ante la unificación europea del Derecho contractual: Incidencia en España del Grupo de Pavia*.



de consentimiento. Contratos celebrados por incapaces e incapacitados: i') Distinción de supuestos. ii') Necesidad de que la falta de capacidad sea aparente. iii') ¿Realización de actos corrientes de la vida por los incapaces? iv) La restitución en los contratos celebrados por incapaces. v) Situación de los terceros que han garantizado el contrato celebrado por un incapaz. c) Contrato viciado por un error: i) Consideración general. ii) Error de una de las partes. i') Error vicio del consentimiento: i'') Error esencial («dolo», en Derecho español). ii'') Engaño procedente de un tercero («dolo de tercero»). iii'') Error provocado que afecta a un elemento no esencial («dolo no esencial»). iv'') Error no provocado («error» en Derecho español). v'') Error y buena fe. ii') Error obstativo. iii) Error común de los dos contratantes. d) Contrato viciado por intimidación: i) Intimidación. ii) La amenaza de ejercitar un derecho. iii) Temor reverencial. e) Supuestos previstos en los artículos 67 y 68. C. Las consecuencias de la anulación del contrato. D. Las excepciones a la regla de la restitución en los casos de imposibilidad o excesiva onerosidad. E. La indemnización de daños a cargo de quien provocó la causa de anulación. F. Legitimación para hacer valer la anulabilidad: a) La anulabilidad es una nulidad relativa. b) La interpelación al legitimado para que declare si pretende solicitar la anulación. G. Privación de la legitimación a quien no puede restituir. H. Cómo se hace valer la anulabilidad: a) No es necesario el ejercicio de la acción. El acuerdo extrajudicial. b) La acción de anulación. c) La anulación como excepción. I. Plazo de ejercicio de la acción de anulabilidad: a) El plazo es de prescripción. b) ¿Qué prescribe? c) *Dies a quo*. J. Conservación del contrato. K. La confirmación del contrato. L. La anulabilidad parcial.—IV. *La ineficacia contractual*: 1. Consideración general: concepto, clases y modo de operar. A. Concepto. B. Clases: a) Ineficacia «por voluntad de las partes o por disposición legal»: i) Ineficaz por voluntad de las partes. ii) Ineficacia por disposición legal. b) Ineficacia temporal o definitiva. C. Modo de operar. 2. La inoponibilidad como tipo de ineficacia: A. Concepto y clases. B. Modo de operar de la inoponibilidad. 3. Especial referencia a la simulación y a la reserva mental: A. Simulación: a) Efectos de la simulación. b) La simulación y los terceros. B. Reserva mental.—Anexo: *Traducción de la sección 1 del título XI de la Parte General del Código Europeo de Contratos*.

## I. LAS ANOMALÍAS DEL CONTRATO, INVALIDEZ E INEFICACIA

### 1. CONSIDERACIÓN GENERAL

Para poner de relieve la dificultad de esta materia conviene recordar que en Derecho español las opiniones doctrinales sobre las cuestiones de invalidez e ineficacia no son uniformes. Por el contrario, existen diversas posturas para explicar los confusos

datos legales del Código Civil sobre nulidad e ineficacia de los contratos <sup>1</sup>.

En este comentario voy a ocuparme de la regulación de la invalidez y la ineficacia proyectada en el anteproyecto de Código Europeo de contratos <sup>2</sup>. La perspectiva desde la que se aborda esta materia es la del Derecho español. De lo que se trata es de exponer el régimen del anteproyecto de Código Europeo comparando los supuestos de los que se ocupa y las consecuencias previstas para cada uno de ellos confrontando las soluciones con las que, de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia, pueden calificarse como propias de nuestro Derecho vigente. El comentario que aquí se lleva a cabo presupone que el lector conoce los términos en los que habitualmente se plantean las polémicas o existen discrepancias, así como el sentido de las principales opiniones en materia de nulidad. La falta de uniformidad doctrinal lleva consigo la imposibilidad de confrontar el contenido del anteproyecto de Código Europeo con un sistema monolítico en el que las soluciones aparezcan con seguridad. En consecuencia, a lo largo de este comentario, se va apuntando cómo la regulación proyectada, o bien inclina en ocasiones a favor de una u otra postura doctrinal o bien introduce categorías o soluciones desconocidas para la doctrina española.

## 2. «ANOMALÍAS» DEL CONTRATO, IRREGULARIDADES, INEFICACIA E INVALIDEZ: PRECISIONES CONCEPTUALES

El Código Europeo se refiere a las «anomalías» del contrato y considera como tales a la nulidad, la anulabilidad, la ineficacia, la nulidad parcial y la inoponibilidad. En la doctrina española, al

---

<sup>1</sup> En general, en todo el trabajo sigo, respecto del Derecho español, las ideas de *Las nulidades de los contratos*, de DELGADO, J. y PARRA, M. A., Zaragoza, 2003 (<http://www.unizar.es/derecho/nulidad> y <http://www.codigo-civil.net/nulidad>). La redacción de este Manual y su publicación en la red forma parte de las acciones del Proyecto de investigación «Ineficacia e invalidez de los actos jurídicos», BJU2002-01178, financiado por la CICYT (2002-2005), dirigido por Jesús Delgado, y de cuya obra anterior (desde «La anulabilidad», *ADC*, 1974; hasta la 2.ª ed. de su comentario a los artículos 1.300-1.314 CC. en Edersa, Madrid, 1995; pasando por sucesivas ediciones de los *Elementos de Derecho civil* de J. L. LACRUZ BERDEJO) han partido los autores.

<sup>2</sup> En general, sobre el anteproyecto, *vid.*, GARCÍA CANTERO, G., «El anteproyecto de Código Europeo de contratos –Proyecto Gandolfi o del Grupo de Pavía», en *Derecho Privado Europeo* (S. Cámara, coordinador), Colex, Madrid, 2003. pp. 205 ss. *Id.*, además, «La traducción española de la Parte General del Código Europeo de contratos», *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 44, 2002, realizada por un grupo de profesores bajo la dirección de G. García Cantero (pp. 299 a 396).

hablar de anomalías del contrato no se trata de los temas de invalidez e ineficacia sino de la deformación del tipo contractual por voluntad de los sujetos para escapar de la regulación legal. En particular, se incluyen dentro de las anomalías los negocios fiduciarios, simulados, indirectos y en fraude<sup>3</sup>. Pero, puesto que no se trata de explicar las categorías del proyecto de una manera sistemática desde su exclusiva contemplación, parece preferible tratar de aproximarse a la regulación del proyecto desde una perspectiva conocida para el jurista español, donde la materia de la que me ocupo suele analizarse, precisamente, bajo la rúbrica de nulidad e ineficacia. De esta manera pueden valorarse y apreciarse las innovaciones que el anteproyecto de Código Europeo supone respecto de nuestro sistema jurídico.

En particular, el anteproyecto de Código Europeo dedica el título XI de la Parte General a «Otras anomalías del contrato y sus remedios». No es fácil explicar que el título IX se refiera a «otras» anomalías, aunque cabe aventurar que se considera anómala toda vicisitud o extinción de la obligación que no sea su cumplimiento. Al cumplimiento del contrato se refiere el título VII, al incumplimiento, el título VIII, a la cesión del contrato el título IX y, como he dicho, a «otras» anomalías, el título IX. Es como si, además de la nulidad, la anulabilidad, la ineficacia, la nulidad parcial y la inoponibilidad, que son «otras anomalías» de las que se ocupa el título IX, también se consideraran como anomalías el incumplimiento o la cesión del contrato. No parece muy exacto calificar de anomalías supuestos tan heterogéneos. La sistemática del título XI tampoco es perfecta. De las anomalías se ocupa en su primera sección y de los remedios en la segunda. No existe, sin embargo, coherencia lógica entre ambas secciones, porque los «remedios» no lo son de las «anomalías». En efecto, la sección 1 («Anomalías»), comprende los artículos 137 a 155 y, aunque en ninguno de ellos se define qué debe entenderse por anomalías del contrato, se ocupa expresamente de la inexistencia, la no incorporación, la nulidad, la anulabilidad, la nulidad parcial, la ineficacia y la inoponibilidad. La sección 2 («Remedios»), comprende los artículos 156 a 172, que no se ocupan exclusivamente de las consecuencias de las anomalías del contrato. Tan sólo en los artículos 160 y 161 se atiende a la restitución de las prestaciones, que es una de las consecuencias de la invalidez, pero no sólo para los casos de «contrato inexistente, nulo, anulado, ineficaz»,

<sup>3</sup> Por todos, por su autoridad, De Castro, F., *El negocio jurídico*, edición facsímil de la edición original de 1971, Civitas, Madrid, 1985, pp. 329 ss.

sino también para cuando el contrato sea «resuelto o rescindido». Otros contenidos de la sección 2 son: la manera en que puede producirse o evitarse la ineficacia sobrevenida del contrato en relación con diversos supuestos que el propio Código ha previsto en otros títulos y secciones (así, la rescisión por lesión –arts. 30.3 y 156–, la renegociación del contrato por modificación sobrevenida de las circunstancias en las que se celebró –arts. 97 y 151–, la resolución del contrato por incumplimiento –arts. 107, 114 y 158–, la resolución por el consumidor del contrato celebrado fuera de establecimiento mercantil –arts. 9 y 159–), el contenido de la responsabilidad contractual por incumplimiento o defectuoso cumplimiento (así como el daño indemnizable, la valoración del daño, la posibilidad de que las partes hayan anticipado su fijación mediante cláusula penal, medidas cautelares, arbitraje).

Fundamentalmente, el objeto de análisis y exposición de este trabajo es la sección 1 del título XI, «Anomalías» que, como he dicho, se ocupa tanto de la inexistencia, la nulidad o la anulabilidad como de la ineficacia. También al referirse a la restitución en la sección 2 el anteproyecto de Código Europeo utiliza los términos «ineficaz» –artículo 160: junto a los de inexistente, nulo, anulado, resuelto o rescindido– e «ineficacia» –artículo 161: junto a los de inexistencia, nulidad, anulabilidad, inoponibilidad, rescisión y resolución–.

Para el Derecho español, es seguro que no toda irregularidad (o anomalía, o defecto) del contrato da lugar a su invalidez <sup>4</sup> y que no existe una absoluta correlación entre irregularidad del contrato e ineficacia <sup>5</sup>: no sólo existen irregularidades contractuales absolutamente irrelevantes (el miedo reverencial, el error en la persona que no haya sido la causa principal de la celebración del contrato), sino que existen irregularidades que llevan aparejada una sanción diferente de la invalidez (por ejemplo, una sanción administrativa o penal). Pero la doctrina, en cambio, no está de acuerdo acerca de la distinción entre nulidad e ineficacia: junto a quienes niegan la utilidad de la distinción <sup>6</sup>, otros autores parten de ella para desig-

---

<sup>4</sup> V. LACRUZ, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, II-1, nueva edición revisada por Rivero Hernández, Dykinson, Madrid, 1999, p. 540.

<sup>5</sup> V. Díez-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, I, 5.ª ed., Civitas, Madrid, 1996, p. 453.

<sup>6</sup> Díez-PICAZO, que en 1970 afirmaba que «la distinción entre invalidez e ineficacia no me parece admisible», en 1993 sustituye este calificativo por el de «útil» (cfr. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, I, 1970, p. 289 y 4.ª ed., 1993, p. 431 y lo mantiene en la 5.ª ed., 1996, p. 457). VÁZQUEZ DE CASTRO, E. (*Illicitud contractual. Supuestos y Efectos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 322 ss.) siguiendo a Díez-Picazo, niega la utilidad de la distinción entre invalidez e ineficacia; la invalidez le parece una categoría artificial, de carácter lógico-dogmática que se mueve sólo en el plano teórico; dice que las

nar, con el término ineficacia la ausencia de producción de los efectos del contrato y con el de invalidez a la sanción que resulta de la negación de la fuerza jurídica vinculante de un contrato por defectos en sus elementos constitutivos o ilicitud en su contenido <sup>7</sup>. De esta forma, creo que debe sostenerse que, en Derecho español, los contratos inválidos son ineficaces, pero también hay contratos válidos ineficaces. Esta última postura me parece preferible porque así pueden explicarse algunos fenómenos del Derecho Patrimonial, como la usucapión ordinaria, que requiere título válido pero ineficaz (art. 1.953 del Código Civil), o los efectos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, que requiere la validez del acto adquisitivo del tercero protegido, o la situación de los contratos celebrados sin el poder de disposición exigible (venta de cosa ajena, venta por uno solo de los comuneros...). Ahora bien, aun admitiendo la categoría de la ineficacia como algo distinto de la invalidez, la ineficacia carece en Derecho español de un tratamiento unitario, si bien la expresión «no surtirá efectos», «ineficaz» o equivalentes son utilizadas en supuestos en los que se excluye la invalidez (arts. 1.230 o 1.334 del Código Civil) <sup>8</sup>. De forma parecida, en el anteproyecto de Código Europeo la ineficacia se configura como un tipo de anomalía del contrato previsto para contratos válidamente celebrados pero que no producen los efectos jurídicos que pretendían alcanzar. Lo que sucede es que la delimitación de los supuestos que el Código califica como de ineficacia incluye algunos que, en nuestro Ordenamiento, llevan aparejada la invalidez (así, para los casos de simulación).

---

nuevas formas de sanción previstas para los contratos ilegales en las leyes especiales hacen que se resienta la categoría de la invalidez (posibilidades de rescisión, renuncia o desistimiento unilateral como remedio frente a la ilegalidad). Es cierto que estas consecuencias suponen una revisión de la teoría general del contrato pero, en mi opinión, por lo que aquí interesa, sólo ponen de relieve que las categorías son móviles, es decir, que ni su contenido ni sus presupuestos vienen fijados de antemano y el legislador puede establecer formas de invalidez dirigidas a proteger a una sola de las partes (al consumidor, por ejemplo), aunque no haya falta de capacidad o vicio del consentimiento, sino incumplimiento de una exigencia legal (forma escrita, por ejemplo). Es un error pensar que el legislador está atado, a la hora de establecer un sistema de invalidez, por el contenido de las categorías que de invalidez recoge el Código Civil. Al mismo tiempo, la posibilidad de que una de las partes, sin que exista invalidez (por ejemplo, para las ventas fuera de establecimiento), pueda «resolver» unilateralmente el contrato (o «desistir» del contrato) no debe explicarse en términos de invalidez sino, precisamente como un tipo de ineficacia o, en todo caso, como un fenómeno de «temporización» en el proceso de formación del contrato, de tal manera que el contrato no despliega toda su eficacia contractual sino cuando ha pasado el plazo durante el que puede desistir (García Cantero, G., «Integración del Derecho del consumo en el Derecho de Obligaciones», en *Revista Jurídica de Navarra*, 13, 1992, pp. 37 ss.).

<sup>7</sup> Por todos, LACRUZ, J. L., *Elementos*, II-1, 1999, p. 537.

<sup>8</sup> Lo pone de relieve LACRUZ, J. L., *Elementos*, II-1, 1999, p. 538.

## II. INEXISTENCIA CONTRACTUAL

### 1. INEXISTENCIA E INVALIDEZ

El panorama doctrinal y jurisprudencial es especialmente problemático a la hora de pronunciarse sobre la admisión de la inexistencia como categoría. El Tribunal Supremo español utiliza habitualmente el término «inexistencia» referido a contratos que no reúnen los requisitos del artículo 1.261 (especialmente para los casos de simulación), reservando el de nulidad de pleno derecho para aquellos contrarios a las leyes, en el sentido del artículo 6.3 del Código Civil, pero no pretende luego extraer consecuencias de esta distinción terminológica, que resulta así poco relevante<sup>9</sup>. Los planteamientos de la doctrina francesa e italiana acerca de la inexistencia del contrato tuvieron algún eco en España, si bien, suele advertirse que el concepto de inexistencia carece de entidad suficiente como para formar una categoría independiente, dentro de la teoría de las nulidades<sup>10</sup>. Delgado ha defendido que la «inexistencia» no es una categoría dogmática distinta de la de nulidad, sino un simple instrumento dialéctico, útil en algún caso para forzar los límites, verdaderos o supuestos, de una regulación dada sobre la nulidad<sup>11</sup>. Para Díez-Picazo, desde este punto de vista, la categoría de la inexistencia tal vez pueda ser mantenida<sup>12</sup>.

La revalorización de la inexistencia se ha planteado por Gordillo, no como tipo de ineficacia, sino como una posible situación o calificación peculiar del supuesto de hecho negocial, concretamente como «inexistencia racional o lógica», por defecto de los

---

<sup>9</sup> Lo explica así DELGADO ECHEVERRÍA («Comentario a los artículos 1.300 a 1.314 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, dirigidos por M. Albaladejo y S. Díaz Alabart*, 2.ª ed., Edersa, t. XVII, vol. 2, 2.ª edición, Madrid, 1995, p. 306), a quien sigo en el texto.

<sup>10</sup> DE LOS MOZOS, J. L., «La inexistencia del negocio jurídico», *RGLJ*, 1960-1, pp. 486 ss. y, más tarde, del mismo autor, «La nulidad de los actos jurídicos», en *Libro-homenaje al profesor Luis Martín-Ballesteros*, Zaragoza, 1983, pp. 481 ss.; también en *El negocio jurídico*, Montecorvo, Madrid, 1987, pp. 570-572. Con posterioridad, Pasquau Liaño, M., ha insistido en que la nulidad, como sanción jurídica, presupone la existencia, mientras que la inexistencia debe restituirse al plano estricto del supuesto de hecho (*Nulidad y anulabilidad del contrato*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 161 ss.).

<sup>11</sup> Aclara, por ejemplo, que puede entenderse que es precisamente para evitar esta utilización por lo que el artículo 34.2 de la Ley de Sociedades Anónimas incluye el término «inexistencia» junto a los de «nulidad» y «anulación», del siguiente modo: «Fuera de los casos enunciados en el apartado anterior no podrá declararse la inexistencia ni la nulidad ni tampoco acordarse su anulación». No consagra con ello la «inexistencia» como una categoría de ineficacia o invalidez, sino que establece una cláusula de cierre para evitar que en la práctica se salten los límites del artículo 34-1 que, en cumplimiento de las Directivas Europeas, establece un *numerus clausus* muy rígido de causas de nulidad.

<sup>12</sup> *Fundamentos*, I, 1996, p. 456.

elementos genéricos del negocio jurídico (consentimiento, objeto y causa) <sup>13</sup>.

La confusión en torno a la categoría de la inexistencia en Derecho español se extiende a los supuestos que se incluyen en la misma y en los efectos <sup>14</sup>. La jurisprudencia ha tratado como casos de inexistencia: la simulación absoluta, la falta de objeto (por falta de determinación suficiente, art. 1.273 del Código Civil, o de imposibilidad, art. 1.272 del Código Civil), la falta de voluntad o consentimiento <sup>15</sup>. Por lo que se refiere a los efectos, se ha defendido que los supuestos de inexistencia no admiten un mismo criterio de tratamiento o cauce de ineficacia <sup>16</sup>, pero también que la inexistencia es sólo una de las posibles causas de nulidad <sup>17</sup>. La jurisprudencia, por su parte, tiende a equipararla a la nulidad absoluta <sup>18</sup>.

Frente a esta situación, el anteproyecto de Código Europeo de Contratos contiene una regulación expresa de la inexistencia en los artículos 137 y 138. La inexistencia se configura como un tipo de anomalía contractual consistente en la ausencia de un mínimo esencial que pueda ser identificado como contrato. Aunque, al igual que sucede con la nulidad, la inexistencia determina la ausencia de efectos, hay algunas diferencias de régimen jurídico entre la inexistencia y la nulidad, a las que me refiero a continuación

<sup>13</sup> GORDILLO CAÑAS, A., «Nulidad, anulabilidad e inexistencia (El sistema de las nulidades en un Código latino situado entre la primera y la segunda Codificación)», en *Centenario del Código Civil*, t. I, Madrid, 1990, en particular pp. 957-960 y 970. También, Carrasco Perera, A., en «Comentario al artículo 6.3 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, dirigidos por M. Albaladejo y S. Díaz Alabart*, 2.ª ed., Edersa, t. I, vol. 1.º, p. 782, nota 26. También recoge su teorización Morales Moreno, A. M., «Comentario al artículo 1.265 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, dirigidos por M. Albaladejo y S. Díaz Alabart*, 2.ª ed., Edersa, t. XVII, vol. 1.º B, p. 218 y nota 16.

<sup>14</sup> Aun admitiendo la distinción entre inexistencia y nulidad la doctrina señala que es difícil encontrar casos claros de contratos inexistentes (Vázquez de Castro, *Ilicitud contractual*, p. 342).

<sup>15</sup> VÁZQUEZ DE CASTRO, *Ilicitud contractual*, p. 343.

<sup>16</sup> Algunos encajan perfectamente en el de la nulidad; otros se adaptan al de la anulabilidad; algún otro tiene legalmente previsto régimen específico y singular; finalmente, en ocasiones, el legislador... adopta medidas y ofrece criterios para evitar la inexistencia, y con ella la ineficacia que de la misma debería seguirse» (Gordillo Cañas, A., loc. cit.).

<sup>17</sup> VÁZQUEZ DE CASTRO, E. (*Ilicitud contractual*, pp. 44 y 45 y 326 a 347), habla de la acción de nulidad por inexistencia cuando el contrato carece de uno de sus elementos esenciales, conforme al artículo 1.261 del Código Civil o alguna norma distinta para contratos especiales; distingue el supuesto de inexistencia de nulidad radical de la siguiente manera: la nulidad radical es un efecto que puede proceder tanto por causa de inexistencia como de ilegalidad del contrato pero, así como la consecuencia necesaria de la inexistencia siempre es la nulidad radical o de pleno derecho, la ilegalidad de un contrato, es decir, la contravención de una norma imperativa puede llevar aparejada como sanción la nulidad de pleno derecho o bien otras sanciones distintas y más flexibles (la nulidad parcial, o una sanción administrativa, por ejemplo).

<sup>18</sup> Un análisis jurisprudencial en PASQUAU LIAÑO, M., «Artículo 1.261», en «Jurisprudencia civil comentada», t. II, dirección M. Pasquau, Comares, Granada, 2000, pp. 2160 ss.

con más detalle pero que, en definitiva, se relacionan con la idea de que la inexistencia, más que constituir un tipo de invalidez o de ineficacia hace referencia a la formación (frustrada) del supuesto de hecho.

## 2. INEXISTENCIA CONTRACTUAL

### A. *La categoría de la inexistencia. Casos*

El artículo 137.1 del Código Europeo contiene una descripción general del supuesto y el artículo 137.2 una enumeración de casos que, en particular, se consideran como inexistencia.

La descripción del artículo 137.1 parece tener que ver con la apariencia, con la existencia de un mínimo esencial que permita hablar de un cierto acontecimiento como contrato: «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». Quizás, puesto que la noción de contrato es legal<sup>19</sup>, no sea muy acertada la referencia a la «noción social de contrato», que deberá interpretarse en el sentido de que socialmente, la mayoría de las personas que observaran el hecho, el acto, o la situación, entenderían que no había llegado a producirse el acuerdo en que consiste el contrato para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica, de la que pueden derivarse obligaciones. Ahora bien, parece seguro que la discusión no se producirá cuando no exista una apariencia en absoluto.

Puesto que, de acuerdo con el artículo 140.1.c) del anteproyecto de Código Europeo, es nulo el contrato cuando falte alguno de los elementos esenciales (acuerdo, contenido, forma), puede resultar difícil determinar si debe apreciarse inexistencia o nulidad. Para los casos de duda el artículo 137.3 establece que se entenderá que hay nulidad y no inexistencia.

La enumeración del artículo 137.2, de carácter ejemplificativo, incluye los siguientes supuestos:

– «a) si no existe o carece de capacidad jurídica el destinatario de una oferta o de una declaración dirigida a producir efectos como acto de autonomía privada, salvo que exista el sustrato de lo que pueda llegar a ser el sujeto –como un concebido o una sociedad

---

<sup>19</sup> Conforme al artículo 1 del Código Europeo, «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» (traducción de G. García Cantero, en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 44, 2002).



anónima antes de su inscripción— y mientras llega a existir»<sup>20</sup>; la regla se refiere a la falta de capacidad del destinatario de la oferta, aun antes de que se produzca una apariencia de aceptación pero, en realidad, si el contrato es un acuerdo entre las partes, en ausencia de aceptación no hay contrato, por lo que, si se quiere reconocer sentido a la regla hay que entender que, en estos casos, aun de haber aceptación, no habrá contrato;

La referencia a la ausencia de capacidad debe ponerse en relación con los artículos 146 y 150, que sancionan con anulabilidad los casos de «incapacidad de una parte» (menores e incapaces): la inexistencia queda reservada a la falta de personalidad jurídica o capacidad jurídica, y la anulabilidad a los casos de capacidad de obrar limitada;

Si el destinatario de la oferta lleva a adquirir personalidad jurídica (el concebido nace, la sociedad se inscribe) desaparece el obstáculo de la falta de capacidad jurídica y, producida aceptación (por sus representantes u órganos) se entenderá que el contrato existe: si esa aceptación se produjo antes de que adquiriera personalidad jurídica por las personas que luego los llegan a representar habrá que entender que el contrato existe desde que se produjo la aceptación (de forma parecida a lo previsto en el Derecho español en el artículo 627 del Código Civil);

– «b) si carece de objeto la oferta o la declaración dirigida a producir efectos como acto de autonomía de la voluntad»; al igual que el apartado anterior, la regla sólo contempla la declaración de una de las partes, centrándose en este caso en la falta de objeto de la oferta: si no hay contenido de la oferta no podrá haber contrato, aunque haya aceptación; en realidad, si la oferta carece de objeto será una declaración de voluntad que no valdrá como verdadera oferta y será irrelevante para la conclusión de un contrato;

– «c) si la aceptación —con independencia de lo previsto en el artículo 16, apartados 6 y 7— no se corresponde con la oferta, como consecuencia del carácter equívoco de esta última»; la falta de concordancia entre la oferta y la aceptación excluye que haya contrato, salvo, como recoge el artículo 16 al que se remite este precepto, que la aceptación constituya una nueva oferta que sea aceptada por el inicial oferente o que la aceptación contenga una modificación de aspectos no sustanciales de la oferta sin que el autor de ésta comunique su desacuerdo y, en consecuencia, pueda entenderse que las acepta;

---

<sup>20</sup> Para el Derecho italiano, sobre este supuesto, Galgano, F., *El negocio jurídico*, trad. española, 1992, p. 261.

– «d) si el hecho, o el acto, o la declaración, o la situación, aun existiendo, son incompletos, sin que pueda atribuírseles valor jurídico como tipo contractual diferente y más reducido, ni en espera de la producción sobrevenida de otros elementos que podrían añadirseles»; también se refiere literalmente el precepto a una sola de las declaraciones, pero como el contrato es un acuerdo hay que entender que la inexistencia se refiere en este apartado al carácter incompleto del contrato porque se produce la aceptación de una oferta que no reúne los elementos esenciales (por ejemplo, venta sin precio o sin identificación del objeto vendido).

## B. Régimen jurídico

En principio, la situación de «inexistencia» es la misma que la del contrato nulo. En efecto, bajo el título de «situación derivada de la inexistencia», el artículo 138 del anteproyecto de Código Europeo prevé que: «la inexistencia determina la ausencia total de cualquier efecto en el ámbito contractual, con independencia de las obligaciones de restitución previstas en el artículo 160 <sup>21</sup> y de la responsabilidad por daños prevista en

<sup>21</sup> «Artículo 160. *Restitución.*

1. Al margen de lo previsto en el apartado 9, las partes a cuyo favor se hayan realizado prestaciones en relación con un contrato inexistente, nulo, anulado, ineficaz, resuelto o rescindido están obligadas a restituirse recíprocamente lo que han recibido, como prevé este artículo. Pueden negarse a la restitución si la contraparte no ha adoptado medidas en este sentido o no ha ofrecido hacerlo.

2. La solicitud de restitución debe efectuarse enviando a la contraparte legitimada una declaración que contenga las indicaciones necesarias, a la que se aplican los artículos 21 y 36.2. Pero, con el fin de dar posibilidad a las partes de resolver extrajudicialmente la cuestión, ninguna acción debe interponerse antes de que hayan transcurrido seis (tres) meses desde la recepción de la mencionada declaración. Para los casos urgentes, queda a salvo la facultad de solicitar al Juez la adopción de las medidas previstas en el artículo 172.

3. En principio la restitución debe efectuarse en forma específica, a menos que sea material o jurídicamente imposible o excesivamente onerosa para el sujeto que debe realizarla, o bien cuando, teniendo en cuenta el interés de la contraparte, no es beneficioso para ésta a la vista del estado de conservación de la cosa objeto de la restitución. En situaciones similares a las descritas, la restitución debe efectuarse pagando a la contraparte una suma de dinero razonablemente equivalente, cuya cuantía, en defecto de acuerdo entre las partes, será fijado por el Juez como deuda de valor, conservándose la posibilidad de proceder a un cálculo equitativo compensatorio de las restituciones que recíprocamente se deben las partes.

4. El sujeto que tiene derecho a la restitución, aun siendo posible en forma específica, puede optar entre ésta y una suma de dinero, fijada conforme establece el apartado 3.º, a menos que la primera opción sea contraria a la buena fe.

5. Si se trata de restituir una suma de dinero, deben añadirse los intereses, y, cuando proceda, una suma suplementaria en concepto de la actualización: a contar desde el día en que la prestación en dinero ha tenido lugar si quien la ha recibido procedía de mala fe y, a contar desde que la restitución ha sido solicitada, si estaba de buena fe. Si se trata de la restitución de una cosa, se deberá una cantidad de dinero por su uso y depreciación –a la

el artículo 161»<sup>22</sup>. No puede afirmarse, sin embargo que la inexistencia sea una causa de nulidad referida al supuesto de hecho contractual y a la que le es aplicable el mismo régimen jurídico porque en el Código se ha querido configurar la inexistencia como una categoría distinta de la nulidad.

¿Qué utilidad tiene entonces mantener la distinción entre inexistencia y nulidad? A la vista del texto del anteproyecto de Código Europeo me parece que hay dos diferencias:

– En primer lugar, que los contratos nulos serían susceptibles de conversión y los inexistentes en cambio no: cfr. artículo 145, que regula la conversión del contrato nulo con el artículo 137.2.d), que contempla como un supuesto de inexistencia como contrato al hecho, acto, declaración o situación que, existiendo, son incompletos, sin que pueda atribuirseles valor jurídico a las declaraciones como tipo contractual diferente y más reducido; si pudiera hacerse esto último, el contrato no sería inexistente sino nulo y procedería la conversión<sup>23</sup>; además, el artículo 138.2 establece que la inexistencia «no es susceptible de ninguna regularización o

que hay que añadir los intereses y, cuando proceda, la actualización— suma que, en defecto de acuerdo entre las partes, fijará el Juez.

6. Los intereses se deben conforme dispone el artículo 169.3. El cálculo de la actualización se efectuará como prevé el artículo 169.4.

7. Si la prestación cumplida en plazo consistía en una actividad lícita realizada en provecho de la contraparte, el prestador del servicio tiene derecho a una remuneración equitativa, que, en ausencia de acuerdo entre las partes, fijará el Juez; queda a salvo la posibilidad de proceder a un cálculo compensatorio en la forma prevista en el apartado 3 *in fine* de este mismo artículo.

8. El incapaz debe restituir la prestación efectuada en su favor dentro de los límites previstos en el artículo 150.4.

9. No tienen derecho a las restituciones previstas en este artículo quienes hayan realizado prestaciones en cumplimiento de contratos que constituyen delitos que originen diligencias penales o contrarios a las buenas costumbres o al orden público —pero no en el caso de ser contrarios al orden público económico— ni, tampoco, la parte que ha efectuado una prestación que, tanto en sí misma considerada, como en atención al fin que persigue, presenta los mismos caracteres. Esta norma no se aplica a las prestaciones efectuadas por el incapaz, que desconoce sin culpa alguna haber cometido un acto inmoral o que presenta los mencionados caracteres, o a las que haya realizado bajo coacción. Quedan a salvo las disposiciones comunitarias, o de los Estados miembros de la Unión Europea, que dispongan en casos similares la confiscación de las mencionadas prestaciones» (traducción de M.<sup>a</sup> T. Alonso Pérez, en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 44, 2002).

<sup>22</sup> «Artículo 161. *Protección de terceros*.

1. En todos los supuestos de inexistencia, nulidad, anulación, ineficacia, inoponibilidad, rescisión, resolución, cada parte es responsable de los daños que, a causa de su comportamiento, sufran los terceros por haber confiado de buena fe en la apariencia del contrato, si el acto en cuestión ha tenido un efecto diferente o ningún efecto.

2. «La reparación del daño se regula por los artículos 162 ss., en cuanto sean compatibles» (traducción de M.<sup>a</sup> T. Alonso Pérez, en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 44, 2002).

<sup>23</sup> Sobre la conversión y la inexistencia v. Díez Soto, C. M., *La conversión del contrato nulo*, Barcelona, Bosch, 1993, p. 124.

corrección», mientras que para algunas hipótesis de contrato nulo, además de la conversión, el Código recoge la posibilidad de confirmación (art. 143).

– En segundo lugar, la declaración de inexistencia no está sujeta a plazo de prescripción, a diferencia de la declaración de nulidad; es cierto que la situación de inexistencia se produce, al igual que la nulidad «por el solo hecho de concurrir esas circunstancias», pero así como para hacer valer la nulidad hay un plazo de prescripción de diez años desde la celebración del contrato (art. 141.2: aunque ya veremos que este plazo se refiere, en realidad, a la acción de restitución), el artículo 138.2 establece para los casos de inexistencia que «cualquier interesado puede actuar como si no existiera el contrato en cualquier momento, sin que haya plazo de prescripción, pero puede igualmente hacer constatar la inexistencia mediante la emisión de una declaración que contenga las indicaciones necesarias y vaya dirigida a quien deba constarle, y puede también solicitar una declaración judicial de la inexistencia del contrato».

Puesto que, como he advertido, a pesar del tenor literal del artículo 137.1, no se plantearán problemas cuando no exista en absoluto apariencia de contrato, la declaración judicial de inexistencia del contrato puede ser conveniente en los casos en que exista una apariencia mínima de contrato que se quiere destruir o, sobre todo, para oponerse a una pretensión de cumplimiento de la otra parte, o para lograr la restitución de cosa que se entregó en virtud de contrato inexistente. La declaración judicial sólo será una constatación oficial, frente a todos, de la inexistencia, porque la situación derivada de la inexistencia se produce por el hecho de concurrir las circunstancias a que se refiere el Código (art. 138.1).

Pero en sede de inexistencia, y al igual que sucede en los demás supuestos de anomalía, el precepto propicia que las partes alcancen ese resultado extrajudicialmente. Se establece que «no se admitirá ninguna demanda hasta que no transcurran seis (o tres) meses desde la recepción de la citada declaración». La declaración debe ir dirigida «a quien deba constarle»: no dice el artículo «a la otra parte» porque, por hipótesis, no existe contrato. Será a quien se comporte como si existiera o pretendiera asignarle algún efecto.

En el caso de la inexistencia, a diferencia de lo que sucede en las demás anomalías previstas en el Código, como no existe plazo de prescripción ni para la declaración ni para el ejercicio de la acción, la posibilidad de esta última no queda dificultada por la regulación sobre el acuerdo extrajudicial.

La ausencia de plazo será, entonces, tanto para el ejercicio de una acción como para la oposición de la correspondiente excepción

para el caso de que alguien exigiera una prestación derivada de un supuesto contrato inexistente. ¿Y si se hubiera realizado ya una prestación en ejecución de un contrato inexistente? A diferencia de lo que sucede en los demás supuestos de anomalía, no se distingue en anteproyecto de Código Europeo entre «contrato» cumplido y no cumplido, pero el propio Código establece la consecuencia restitutoria en el artículo 138.1. Parece lógico concluir que, entonces, tampoco habrá plazo para solicitar la restitución basada en la inexistencia en cualquier plazo, previa constatación de esta situación. Siempre que, por aplicación de las reglas aplicables sobre adquisición por usucapión, que quedan fuera del ámbito del anteproyecto de Código Europeo, no se haya consolidado la adquisición.

Finalmente, el Código establece que, «para los casos que no admitan demora», «queda a salvo la facultad de solicitar del Juez la adopción de las medidas previstas en el artículo 172» (cfr. con el art. 141.2, para la nulidad, 144.4, para la nulidad parcial, 148.3 para la anulabilidad, 153.6 para la ineficacia y 154.2 para la inoponibilidad). Se trata de medidas cautelares y de garantía dirigidas a lograr que no se frustre el resultado del pleito <sup>24</sup>.

### 3. NO INCORPORACIÓN AL CONTRATO

El artículo 139 ordena la aplicación del artículo 138 («situación derivada de la inexistencia») «cuando una norma establezca que una cláusula o una expresión del contrato se tienen por no puestas».

---

<sup>24</sup> «Artículo 172. *Medidas cautelares y asuntos sumarios.*

1. En los supuestos expresamente previstos por este Código y en todos los demás en los que el derecho o las legítimas expectativas de la parte no responsable estén amenazadas o a punto de estarlo, o comprometido o impedido su ejercicio, por acciones, omisiones o hechos que le afectan y que ya se han producido y o que es razonablemente previsible pensar que se produzcan, el Juez puede, a requerimiento de esta misma parte, adoptar las medidas siguientes, susceptibles de ejecución forzosa, en base a las normas procesales del lugar donde las mismas se toman:

a) una inhibición, por la que ordena a la contraparte cesar en la acción o abstenerse de omisiones ya realizadas o temidas; si procede, le impone que preste también una garantía adecuada a los daños ya producidos o que se teme que se produzcan; fija, además, un plazo para que se cumpla su decisión; puede incluso hacer depender, si es necesario, el cumplimiento de su decisión a la prestación de una garantía por parte del requirente.

b) una conminación, por la que ordena a la contraparte el cumplimiento *in natura* de una prestación de dar o de hacer; si procede puede imponer a esta última que preste también una garantía adecuada a los daños producidos o que se teme que vayan a producirse; fija, además un plazo para que se cumpla su decisión; incluso puede hacer depender, si es necesario, el cumplimiento de su decisión a la prestación de una garantía por parte del requirente.

2. Dejando a salvo el cumplimiento de las disposiciones comunitarias y nacionales aplicables, el requerimiento debe dirigirse al Juez competente para adoptar las medidas de urgencia en el lugar en el que la inhibición o la conminación deba ser ejecutada» (traducción de M.<sup>a</sup> T. Alonso Pérez, en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 44, 2002).

En el texto original, en francés, la rúbrica del artículo es la expresión «caviardage», sin traducción equivalente, y se refiere literalmente a los casos en que una regla establezca que una cláusula o expresión del contrato se consideren como «no escritas». Esto sucederá, normalmente, en el caso de normas imperativas y en los de reconocimiento de derechos a favor de una de las partes. El resultado es la «no incorporación» al contrato de dicha cláusula o expresión con las mismas consecuencias previstas para la inexistencia: ausencia de efectos, con independencia de la restitución prevista en el artículo 160 y de la responsabilidad por daños prevista en el artículo 161 del anteproyecto de Código Europeo.

### **III. TIPOS DE INVALIDEZ**

#### **1. MODALIDADES DE INVALIDEZ**

El anteproyecto de Código Europeo regula la nulidad (arts. 140 a 145) y la anulabilidad (arts. 146 a 152) como dos tipos de anomalías del contrato que difieren tanto en las causas que dan lugar a uno u otro tipo como en sus consecuencias. La nulidad está prevista para los casos más graves y, fuera de los supuestos en que se prevé la repetición del contrato por las mismas partes, subsanando la anomalía de que adoleciera el contrato, el contrato nulo no puede ser confirmado en ningún caso. La anulabilidad, un tipo de anomalía de menor entidad, sólo puede ser invocada por la parte a la que la ley le reconoce esta facultad, que puede sin embargo optar por renunciar a la anulación o confirmar el contrato.

#### **2. NULIDAD**

##### **A. Las causas de nulidad del contrato**

El artículo 149 enumera las causas de nulidad del contrato de una manera poco sistemática y reiterativa. Además de la falta de alguno de los elementos esenciales (entre los que deberá incluirse, cuando así lo establezca la ley, la previa autorización administrativa), los demás supuestos tienen que ver, genéricamente, con la ilicitud del contrato, entendida como violación de los límites a la autonomía de la voluntad. Lo que sucede es que en los distintos apartados del artículo 140 se mezclan supuestos, en parte coinci-

denes, que debieran ser objeto de una mayor reflexión y sistematización.

En particular, conforme al artículo 140.1 es nulo el contrato, salvo que la ley establezca otra cosa, en los siguientes casos:

– «a) 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»: todas las hipótesis se refieren a conceptos jurídicos indeterminados, que deberán ser concretados judicialmente en cada caso; en Derecho español la ley, la moral y el orden público juegan como límite a la autonomía de la voluntad, pero no es uniforme la sanción del contrato que los transgrede: la regla general, en el caso de contravención de norma, es la nulidad, salvo que de la contravención se derive un efecto distinto (arts. 1.255 y 6.3 del Código Civil); la ilicitud del objeto y de la causa provocan la nulidad (arts. 1.271, 1.272, 1.275 y 1.305 y 1.306 del Código Civil), pero la jurisprudencia no proporciona criterios seguros para determinar lo que es ilicitud del objeto o de la causa; sí que parece existir una tendencia a restringir la nulidad absoluta a las cuestiones de orden público y a limitar la anulabilidad a la contravención de normas que atienden a intereses particulares.

Para los contratos nulos por las causas previstas en el artículo 140.1.a) el artículo 143.1 establece que «no son susceptibles de confirmación, de nulidad parcial, de conversión ni de ninguna otra corrección».

– «b) Cuando sea contraria a cualquier otra norma imperativa aplicable». En Derecho español parece existir una tendencia doctrinal a distinguir la nulidad absoluta de la anulabilidad por contravención de norma refiriendo la nulidad a la norma imperativa. Sin embargo, esto no es exacto, puesto que también son imperativas las normas que establecen requisitos o presupuestos cuya ausencia o infracción determina la anulabilidad: por ejemplo, en los casos de anulabilidad derivada de la incapacidad de una de las partes. Así resulta también de la regulación de la anulabilidad en el anteproyecto de Código Europeo (art. 146.2). Desde este punto de vista, no parece muy exacta la previsión del artículo 140.1.b), que necesariamente debe ponerse en relación con otras reglas del Código.

– «c) Cuando falte alguno de los elementos esenciales a que se refieren los apartados 3 y 4 del artículo 5», es decir, falta de acuerdo, contenido o forma cuando sea exigida como requisito de validez; paradójicamente, el Código no incluye esta causa entre las que provocan la inexistencia del contrato, lo que significa que se

aplica el régimen previsto para la nulidad y no para la inexistencia (es posible la confirmación y la convalidación, juega el plazo de prescripción de diez años...). Resulta difícil de conciliar esta regla con lo dispuesto en el artículo 137.2.d), conforme al cual no hay contrato si el «hecho, o el acto, o la declaración, o la situación, aun existiendo, son incompletos». No tiene mucho sentido mantener la diferencia entre inexistencia y nulidad en estos supuestos y cabe pensar, por encontrar alguna manera de salvar la contradicción, que no habrá contrato cuando la entidad del acto sea inapreciable, no pueda siquiera ser identificado como contrato.

El artículo 140.6 aclara que «el contrato en el que falte alguno o algunos de los elementos requeridos no es nulo cuando la ley permita la formación sucesiva del acto, y cuando los elementos ya existentes sean jurídicamente idóneos en función de la producción posterior de otros que lo determinen de manera exhaustiva». Poniendo en relación esta regla con otras del Código, cabe pensar que comprende la falta de determinación inicial del contenido del contrato, cuya determinación se ha encomendado a una de las partes o a un tercero (art. 31), o cuando la aceptación se someta, por voluntad de las partes, a una ratificación o confirmación de quien ha sido representado.

– Puede haber causas de nulidad distintas a las anteriores, siempre que así se establezca en la ley aplicable; no es preciso que la norma utilice expresamente la expresión «nulidad», sino que basta que se establezca que determinado requisito (por ejemplo, de forma) lo es de validez; así resulta de lo previsto en las letras d) y e) del artículo 140.1 <sup>25</sup>.

Todas estas causas de nulidad se aplican a una cláusula del contrato, conforme al artículo 140.2, pudiendo entonces subsistir la parte restante del contrato, conforme a lo previsto en el artículo 144.

El artículo 140.3 contiene una previsión especial para el caso de que exista un 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

---

<sup>25</sup> «d) en los demás casos previstos en este Código y en las correspondientes disposiciones de la Unión Europea y de los Estados miembros de la misma en cuanto sean de aplicación; «e) en todos los casos en que, en este Código o en la ley aplicable, se establezca la exigencia de un requisito bajo sanción de nulidad, o para que el acto sea válido o cuando exista una expresión semejante» (traducción de M. Salanova Villanueva, en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 44, 2002).



cada uno de los Estados». Aparte de que la labor de aproximación de legislaciones de los Estados miembros debiera impedir la producción de conflictos entre las normas de la Unión y las de cada Estado, no es seguro que esta regla sea coherente con el principio de primacía del Derecho Comunitario tantas veces reiterado por el Tribunal de Luxemburgo ni, sobre todo, parece posible que pueda prevalecer una norma estatal por entender que el conflicto proceda de ser la norma comunitaria contraria a la utilidad social nacional.

El artículo 140.4 se refiere expresamente a la nulidad del contrato cuando la norma infringida es de carácter penal: «Hay nulidad cuando una prohibición de carácter penal se refiera al contrato como tal, es decir, si sanciona a las dos partes del contrato por su celebración». Es decir, el ilícito debe proceder de las dos partes y, la norma penal debe referirse, precisamente, a ese tipo contractual, celebrado quizás en determinadas circunstancias. En otro caso, la sanción del contrato no será la nulidad. Esta disposición debe ponerse en relación con los diversos tipos penales. En efecto, parece lógico, por ejemplo, que el acuerdo de pagar un precio para matar, o para prevaricar, debe ser nulo. Ello no excluye, me parece, que pueda haber supuestos de nulidad de contratos en casos en los que exista responsabilidad penal de una o de ambas partes a pesar de que la norma penal «no se refiera al contrato como tal», pero siempre que concurra alguna de las circunstancias previstas en los apartados anteriores del artículo 140.

A un caso particular de ilicitud penal se refiere el artículo 140.5: que el cumplimiento de un contrato válido se inserte en una actividad ilícita (alquiler de un piso para cometer un atentado terrorista o para alojar a inmigrantes ilegales o para fabricar explosivos). Dispone el precepto que, en este caso, «el contrato no es nulo para la parte que no ha participado en aquélla». Puesto que carece de sentido que el contrato sea válido para una sola de las partes la expresión no parece muy afortunada, y el propio Código se cuida de aclarar cómo debe interpretarse: «En consecuencia, esta última puede exigir el cumplimiento de la prestación que le es debida y poner en marcha los remedios previstos en caso de incumplimiento, cumplimiento inexacto o mora». Seguramente el Código presupone que quien no ha participado en la actividad ilícita ha cumplido su prestación, y por ello sólo se cuida de reconocer el derecho a exigir el cumplimiento de lo que se le debe. Pero, proclamada la nulidad del contrato, ¿ninguna de las partes puede exigir su cumplimiento? Cumplida la prestación por quien participa en la actividad ilícita (por ejemplo, paga por adelantado el precio del alquiler), ¿puede la otra parte negarse a cumplir? La calificación

de nulidad lleva a esa conclusión. Pero, entonces, ¿puede exigirse la restitución prevista para los casos de nulidad? Parece que debe entenderse que sí, conforme al artículo 141 del Código, que así lo prevé con carácter general para todos los casos de nulidad.

Sin duda, está sistemáticamente mal ubicada la disposición contenida en el segundo inciso del artículo 140.4, a continuación de la ilicitud penal, cuando es un supuesto totalmente distinto, relacionado más bien con la ausencia de alguno de los requisitos del contrato: «Es nulo también el contrato celebrado sin la previa autorización administrativa requerida». La regla, por lo demás, debe ponerse en relación con lo dispuesto en el artículo 153 sobre ineficacia por disposición legal. A la concordancia entre ambos preceptos me refiero más adelante.

## **B. Las consecuencias de la nulidad del contrato**

La nulidad determina la ausencia desde el origen de cualquier efecto en el ámbito contractual, con independencia de las obligaciones de restitución previstas en el artículo 160 y de la responsabilidad por daños prevista en el artículo 161 (art. 141.1).

No es precisa una declaración judicial de la nulidad, puesto que «se produce por el mero hecho de que concurran sus presupuestos» (art. 141.2). Pero, a continuación, el Código contempla que la parte que quiera hacerla valer pueda, «antes de que transcurra el plazo de prescripción de diez años a contar desde la celebración del contrato, hacer constatar la nulidad mediante la emisión de una declaración dirigida a la otra parte, en la que se contengan las indicaciones necesarias y a la que son aplicables las disposiciones contenidas en los artículos 21 y 36, apartado 2».

También puede, dentro del mismo plazo de prescripción, «ejercer una acción declarativa de la nulidad del contrato». Sin embargo, con el fin de que las partes puedan alcanzar un acuerdo extrajudicial, «no se admitirá ninguna demanda hasta que no transcurran seis (tres) meses desde la recepción de la citada declaración». El plazo de diez años de prescripción es para hacer valer la nulidad cuando el contrato ya ha sido cumplido y, de esta manera, cabe entender, poder hacer valer la nulidad con todas sus consecuencias prácticas: es decir, las restitutorias. En efecto, si el contrato todavía no ha sido cumplido, «la excepción de nulidad prescribe cuando prescribe la acción dirigida a exigir el cumplimiento».

Termina el precepto estableciendo que, «para los casos urgentes, queda a salvo la facultad de solicitar del Juez la adopción de las medidas previstas en el artículo 172».

Son varios los comentarios que suscita esta regulación.

Por un lado, la posibilidad de que la nulidad se haga valer extrajudicialmente, favorecida además por el propio Código en los términos transcritos. Hasta el punto de que no se admite acción de nulidad para el contrato ya cumplido si previamente no se formula la declaración extrajudicial. Es decir, que para el contrato ya cumplido se fuerza el intento al menos de lograr un arreglo extrajudicial.

El artículo 141.2 se remite a los artículos 21 y 36.2. Basta aquí señalar que se trata de las reglas previstas para la prueba de que se ha realizado la declaración (presunción de conocimiento, artículo 21<sup>26</sup>.; forma escrita cuando el valor del contrato es superior a 5.000 euros; que la fecha del documento pueda tenerse por cierta para poder oponerse a terceros<sup>27</sup>). Para los casos «urgentes», el Código permite exigir medidas cautelares y de protección (art. 172): cabe pensar, por ejemplo, en los casos en que peligra la conservación (material o jurídica, en el patrimonio de quien estaría obligado a restituir) de la cosa.

Mayor interés ofrece el tema de la prescripción de la declaración y de la acción declarativa de nulidad. El Código establece un plazo de prescripción de diez años, a contar desde la celebración del contrato, para hacer valer la nulidad. El plazo se fija tanto para la declaración extrajudicial como para la «acción declarativa de nulidad del contrato». Es decir, que la declaración extrajudicial a que se refiere este artículo, dirigida a lograr un acuerdo, no interrumpe el plazo de prescripción, a pesar de que la reclamación

---

<sup>26</sup> «Artículo 21. *Presunción de conocimiento.*

1. La oferta, la aceptación, su retirada y su revocación, así como la retirada y la revocación de toda otra manifestación de voluntad, comprendidos los actos previstos en el artículo precedente, se reputan conocidos por el destinatario en el instante en que les han sido comunicados verbalmente o cuando la declaración escrita se le entrega en propia mano o llega a la dirección de su empresa o lugar de trabajo, a su dirección postal, a su residencia habitual o al domicilio que ha elegido.

2. El destinatario puede probar que, sin culpa suya, le ha sido imposible tener conocimiento» (traducción de C. Lalana del Castillo, en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 44, 2002).

<sup>27</sup> «Artículo 36. *Forma especial requerida para la prueba del contrato.*

1. Cuando se requiere una forma especial para la prueba del contrato, la celebración efectiva de éste debe desprenderse de un acto que revista dicha forma, aunque tal acto no existiese todavía en el momento en el que las partes manifestaron su voluntad de celebrar el contrato.

2. Se requiere forma escrita para la prueba de los contratos cuyo valor exceda de 5.000 euros. Para que sean oponibles a terceros, el o los documentos deberán tener fecha cierta, a menos que se pruebe que el tercero conocía su existencia.

3. Quedan a salvo las disposiciones comunitarias y las de los Estados miembros de la Unión Europea que, a pesar de exigir una forma especial para la prueba del contrato, permiten que su existencia se demuestre en virtud de otros medios de prueba (traducción de M. Salanova Villanueva, en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 44, 2002).

extrajudicial, como regla general, interrumpe la prescripción (cfr. art. 134.6 del anteproyecto de Código Europeo <sup>28</sup> y art. 1.973 del Código Civil español). Esto significa que, en definitiva, se dificulta enormemente el ejercicio de la acción de nulidad, que prescribe a los diez años desde la celebración del contrato pero que, por otra parte, sólo se admitirá a trámite si se interpone cuando ha transcurrido el plazo señalado desde la recepción de la declaración extrajudicial: es decir, que es posible que no hayan transcurrido todavía los diez años pero, al no haberse formulado con suficiente anticipación la declaración, ya no se admita a trámite la demanda.

Este plazo contrasta con la tesis unánime que la doctrina mantiene en Derecho español acerca de la imprescriptibilidad de la acción de nulidad, que puede ejercerse en cualquier tiempo, por ser acción declarativa. En Derecho español se considera que sólo está sometida a un plazo de prescripción –de quince años– la acción de restitución de la prestación realizada <sup>29</sup>. Frente a esta solución del Derecho español, coherente con la teoría procesal de las acciones declarativas, el anteproyecto de Código Europeo dice optar expresamente por fijar un plazo de prescripción a la acción declarativa.

Ahora bien, si se sigue leyendo el artículo en su totalidad es fácil llegar a la conclusión de que, en realidad, el plazo de diez años se refiere sólo al caso de contrato ya cumplido, porque para el contrato todavía no cumplido el artículo 141.2 expresamente establece que «la excepción de nulidad prescribe cuando prescribe la acción dirigida a exigir el cumplimiento». Es decir, que si el contrato no se ha cumplido la posibilidad de oponer la nulidad para impedir la condena al cumplimiento no prescribe mientras no prescriba la acción de cumplimiento de tal manera que, frente a la acción de cumplimiento, siempre puede alegarse la nulidad. En el caso de contrato ya cumplido, y sea cual sea la causa de nulidad, no resultará posible hacer valer la nulidad si han transcurrido diez años desde la celebración del contrato. Aunque se trate de alguna de las causas que, conforme al artículo 143 no permitan la confirmación del contrato. En definitiva, entonces, lo que prescribe no es la acción de declaración de nulidad, sino la de restitución de las prestaciones en el caso de que el contrato se haya cumplido. No se entiende, en cambio, por qué si el plazo es aplicable a la acción de

---

<sup>28</sup> «Artículo 134.6 El transcurso de la prescripción se interrumpe si el acreedor entabla una acción judicial para hacer valer su derecho, o si formula con el mismo fin una reclamación extrajudicial, o si el deudor reconoce de cualquier modo su deuda. Tras la interrupción comienza a transcurrir un nuevo plazo de prescripción» (traducción de I. Tena Piazuelo, en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 44, 2002).

<sup>29</sup> Por todos, Lacruz, J. L., *Elementos* II-1, 1999, p. 551.

restitución, el *dies a quo* no es el de la entrega, el cumplimiento de la prestación.

En el anteproyecto de Código Europeo, al fijar un plazo para la acción de restitución, se opta por consolidar la situación derivada del contrato nulo ejecutado, lo que en Derecho español se consigue, en su caso, si ha transcurrido el plazo de prescripción de quince años de la acción de restitución (art. 1.964 del Código Civil) mediante el juego de la usucapión (por ejemplo, si en virtud del contrato nulo se entregó un inmueble, se puede recuperar, aun prescrita la acción de restitución, mientras no transcurran treinta años). Nada se dice en el anteproyecto de Código Europeo de esta posibilidad, que sin embargo no debe descartarse en función de las disposiciones en materia de propiedad que sean aplicables en cada caso.

El anteproyecto de Código Europeo sólo se refiere a las partes del contrato como sujetos que pueden hacer valer la nulidad del contrato, frente a lo que sucede en Derecho español, donde se admite que la legitimación de los terceros perjudicados<sup>30</sup>. En el anteproyecto de Código Europeo la situación de los terceros se resuelve mediante la inoponibilidad, figura de ineficacia frente a terceros prevista también para los casos en que un contrato sea nulo, y a la que me refiero más adelante.

### C. Nulidad sobrevenida

Bajo el epígrafe de «caducidad», el artículo 142 se ocupa del fenómeno de la desaparición de un elemento esencial para la validez del contrato como consecuencia de un acontecimiento sobrevenido a su formación. El tratamiento que se dispensa en este caso es el mismo que si el contrato fuera nulo, si bien la nulidad del contrato carece de efectos retroactivos. En Derecho español este supuesto debería reconducirse, en el caso de que la desaparición fuera del objeto, a la hipótesis de imposibilidad sobrevenida que, siendo sin culpa del deudor, extingue la obligación (art. 1.182 del Código Civil). Es discutido, en cambio, si el acreedor de la prestación imposible puede liberarse de la suya o, en su caso, recuperar la prestación realizada (art. 1.124 y, para la compraventa, art. 1.452 del Código Civil). La pérdida de capacidad de un contratante, aunque no parece «desaparición de un elemento esencial de validez», según el contenido del contrato (obligaciones personalísimas o

<sup>30</sup> Por todos, CASTÁN, J., *Derecho Civil Común y Foral*, t. III, 16.ª ed., revisada y puesta al día por García Cantero, Reus, Madrid, 2002, p. 769.

*intuitu personae*) puede provocar también la extinción del contrato, que no puede ser cumplido por otra persona (representante) distinto del deudor (arg. 1.595 del Código Civil).

En el anteproyecto de Código Europeo, presupuesto de la aplicación del régimen de nulidad es que tal desaparición del elemento esencial se produzca con independencia de la voluntad de las partes. En caso contrario sería un caso de incumplimiento contractual y no de nulidad (arts. 89 ss.).

#### D. La confirmación del contrato

El Código Civil español sólo regula la confirmación de los anulables. Por ello, se entiende que si las partes persisten en su propósito tienen que repetir el contrato nulo evitando la causa de nulidad cuando ello sea posible. La repetición o renovación del contrato supone nuevas declaraciones de voluntad por ambas partes y produce sus efectos *ex nunc*, aunque se admite que podría dotarse al nuevo contrato de retroactividad obligacional, es decir, sin que los terceros queden afectados por ella <sup>31</sup>.

A esta repetición del contrato el artículo 143 del anteproyecto de Código Europeo la denomina «confirmación del contrato nulo», que no es posible cuando la nulidad deriva de alguna de las causas previstas en el artículo 140.1.a).

La confirmación tiene lugar «mediante un acto celebrado por las mismas partes mediante el cual, reproduciendo el contrato nulo, eliminen la causa de la nulidad, se comprometan a efectuar las restituciones debidas y a llevar a cabo las prestaciones recíprocas, tal y como hubieran debido efectuarse si el contrato hubiera sido válido desde el principio». Se ordena la aplicación a este acto de lo previsto en el artículo 36, apartado 2: frente a terceros sólo será oponible el contrato a partir de la fecha en que el documento que recoge la confirmación pueda reconocérsele fecha cierta (documentos públicos).

Para efectuar la confirmación, las partes pueden actuar conforme a lo previsto en los artículos 12 y siguientes: oferta escrita, aceptación... (art. 143.3): es decir, se trata de un auténtico contrato.

Es posible también la confirmación de la cláusula nula de un contrato en los mismos términos que la confirmación del contrato. En este sentido el artículo 143.4 establece que: «Las disposiciones del presente artículo son aplicables también a la cláusula nula de

---

<sup>31</sup> DELGADO ECHEVERRÍA, J., «Artículo 1.309», p. 474.

un contrato cuando la parte restante del mismo pueda subsistir, conforme a lo previsto en el artículo 144».

## E. La conversión del contrato nulo

### a) Admisibilidad de la conversión

A diferencia de lo que sucede en el Código Civil español, el anteproyecto de Código Europeo de Contratos sí regula expresamente la conversión en su artículo 145. Posiblemente, además de la presencia de juristas en cuyos ordenamientos sí se regula la conversión (Alemania, Italia, Portugal, Grecia), no hay que pasar por alto la presencia activa en el Grupo de Pavía de los profesores Gandolfi y De los Mozos, verdaderos expertos en el tema <sup>32</sup>.

A pesar de la ausencia en nuestro Código de una norma que prevea esta figura en sus rasgos genéricos, la doctrina española se ha ocupado de ella, generalmente partiendo de la regulación de los Códigos italiano y alemán <sup>33</sup>.

La doctrina distingue entre una conversión material, formal y legal. En la *conversión material* —que es propiamente la conversión— se opera una reducción del objeto o de los efectos del contrato o un cambio del tipo: para evitar la nulidad, se da una nueva calificación al contrato, que queda salvado de la invalidez y así produce efectos, normalmente menores de los que en principio produciría <sup>34</sup>. Junto a ella, la *conversión formal* resulta de que el documento en que consta el negocio, que carece de algún requisito necesario para la validez de la forma documental elegida, lle-

<sup>32</sup> No en vano, Gandolfi, el profesor impulsor del Proyecto es autor de la obra *La conversione del atto invalido*, I, *Il modello germanico*, Milán, 1985, II, *Il problema in proiezione europea*, Milán, 1988. También el profesor De los Mozos estudió la conversión en su monografía *La conversión del negocio jurídico*, Barcelona, 1959.

<sup>33</sup> Díez Soto, C. M., *La conversión del contrato nulo*, Barcelona, 1993; Fernández Espinar, «Consideraciones en torno a la conversión de los negocios jurídicos nulos en sede de teoría general de ineficacia negocial», *Revista de Derecho Privado*, abril 1995, pp. 327-339.

<sup>34</sup> Supuestos más frecuentes de conversión reconocidos por la doctrina: a) Conversión del derecho real de prenda nulo en derecho de retención a favor del acreedor pignoraticio que ha recibido la entrega de la cosa; b) Conversión de un derecho de prenda nulo por falta de entrega en el correspondiente negocio preparatorio consensual; c) Contrato de hipoteca verbal o en documento privado: ¿puede producir los efectos de una promesa de hipoteca, prevista en el artículo 1.862 del Código Civil?; d) Conversión de un negocio transmisivo de un derecho real limitado en un negocio transmisivo del mero ejercicio del derecho; e) Pacto de suceder a título gratuito nulo en institución hereditaria si no ha sido revocada; f) Institución de heredero a favor de persona futura en sustitución fideicomisaria; g) Heredero de confianza, en heredero *sub modo*; h) Institución de heredero a favor de persona jurídica que no llega a tener existencia, en institución a favor de las personas físicas reunidas para formarla.

gará a valer conforme a otra forma de documento cuyos requisitos reúna <sup>35</sup>. La *conversión legal* es la prevista por una ley, en atención al interés general o de terceros, no de las partes, para configurar el contrato con un contenido preceptivo predeterminado <sup>36</sup>.

En su monografía dedicada a la figura, Díez Soto concluye con un pronunciamiento en contra de la tesis más extendida, favorable a la admisibilidad del instituto de la conversión sustancial en nuestro Derecho, como remedio de carácter general. Pero el mismo autor advierte que hay en éste otros instrumentos (especialmente

---

<sup>35</sup> Por ejemplo, testamento cerrado como testamento ológrafo, artículo 715 del Código Civil; escritura pública como documento privado, artículo 1.233 del Código Civil; artículo 115, Ley de Sucesiones por Causa de Muerte de Aragón, conversión del testamento nulo por defecto de forma en otra clase de testamento y conversión de testamento mancomunado nulo por causa que afecte sólo a uno de los otorgantes vale como testamento unipersonal del otro si cumple los requisitos propios de su clase.

<sup>36</sup> Se proponen como ejemplos de «conversión legal» los siguientes:

– Artículo 23 de la Ley Cambiaria: «El endoso posterior al vencimiento, que no podrá ser realizado por el aceptante, producirá los mismos efectos que un endoso anterior. Sin embargo, el endoso posterior al protesto o a la declaración equivalente por falta de pago o al vencimiento del plazo establecido para levantar el protesto no producirá otros efectos que los de una cesión ordinaria»;

– Artículo 3 de la Ley de Arbitraje de 1988: «1. El arbitraje para ser válido deberá ajustarse a las prescripciones de esta Ley. 2. Cuando en forma distinta de la prescrita en esta Ley dos o más personas pacten la intervención dirimente de uno o más terceros y acepten expresa o tácitamente su decisión, después de emitida, *el acuerdo será válido y obligatorio para las partes si en él concurren los requisitos necesarios para la validez de un contrato*»;

– Conversión de la aparcería y del arrendamiento parciario en arrendamiento: artículo 117.2 de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 1980: «La muerte o invalidez del aparcerero no producirá la extinción de la aparcería, que asumirán los familiares del causante que vinieran cooperando en la explotación. El cedente podrá en estos casos optar por la conversión de la aparcería en arrendamiento conforme al artículo 119 de esta Ley»; artículo 109 de la Ley de Arrendamientos Rústicos: «Para extinguir las aparcerías de duración superior a un año será imprescindible el preaviso, en forma fehaciente, del cedente al aparcerero... Recibido el preaviso por el aparcerero, éste podrá optar por al abandono al cedente del cultivo de la finca, o por su continuación como arrendatario, conforme a lo dispuesto en el artículo 119 de esta Ley»; artículo 119 de la Ley de Arrendamientos Rústicos: «1. *En los casos en que proceda la conversión de la aparcería en arrendamiento* y las partes no hubieran llegado a un acuerdo mediante comparecencia ante la Cámara Local Agraria, el IRYDA formulará propuesta sobre el canon arrendaticio y la ubicación de la tierra sobre la que ha de recaer el arrendamiento, atendiendo a la viabilidad de las explotaciones resultantes y de modo que el aparcerero obtenga rendimientos análogos a los que le producirá la aparcería. 2. Si persiste el desacuerdo entre las partes, cualquiera de ellas podrá plantear la cuestión ante el Juzgado competente. 3. La duración del arrendamiento será como mínimo de seis años contados desde la conversión y el arrendatario tendrá derecho a las prórrogas que en esta Ley se establecen, deduciendo de las mismas el tiempo que hubiera durado la aparcería. ...4. *No procederá la conversión si el aparcerero no reúne las condiciones exigidas en esta Ley para ser arrendatario*»;

– Artículo 16 de la Ley de Sociedades Anónimas: «Sociedad irregular. 1. Verificada la voluntad de no inscribir la sociedad y, en cualquier caso, transcurrido un año desde el otorgamiento de la escritura sin que se haya solicitado su inscripción, cualquier socio podrá instar la disolución de la sociedad en forma y exigir, previa liquidación del patrimonio social, la restitución de las aportaciones. 2. En tales circunstancias, *si la sociedad ha iniciado o continúa sus operaciones se aplicarán las normas de la sociedad colectiva o, en su caso, las de la sociedad civil*. El apartado tercero del artículo anterior no será aplicable a la posterior inscripción de la sociedad».



en materia de interpretación de la norma que impone la sanción de nulidad, y de interpretación y calificación del negocio atendiendo a su causa concreta) que pueden llevar a resultados próximos a los que derivan de la conversión en Ordenamientos que la han asumido como remedio general <sup>37</sup>.

La dificultad que plantea en Derecho español la figura de la conversión se pone de relieve en los comentarios elaborados en torno a la Sentencia de 26 de abril 2001 <sup>38</sup>, que para el profesor García Cantero supone un ejemplo de aplicación de la doctrina de la conversión del negocio jurídico <sup>39</sup> mientras que para Marín López, Manuel Jesús, no es sino un caso de simulación (ocultación, bajo la apariencia de una compraventa, de una transmisión de propiedad en garantía) <sup>40</sup>.

#### b) *Conversión y autonomía de la voluntad*

Advierte De los mozos que, incluso en los ordenamientos en los que existe un remedio general sobre la conversión, la figura ha sido sometida a revisión crítica <sup>41</sup>. De estos planteamientos se ha

<sup>37</sup> En particular, pp. 198 ss.

<sup>38</sup> El matrimonio formado por don José y doña Juana otorgan escritura de compraventa de una casa a favor de CADES por precio de 23.500.000 pesetas, que confiesan haber recibido. Se establece un pacto de retroventa a favor de los vendedores, por el que podrían ejercitar su derecho reembolsando a la compradora el precio de venta y gastos necesarios y útiles hechos en la cosa vendida: este derecho finalizaría el 25 de enero de 1993.

Don José es Administrador de una sociedad, llamada ATB. El mismo día del otorgamiento de la escritura, se estipula en documento privado una serie de acuerdos en los que se hace constar: que ATB adeuda a CADES 23.518.564 pesetas, para cuyo pago la primera acepta una serie de letras de cambio; se declara que «en garantía del pago de dichas cambiales» se había otorgado la escritura de compraventa, y se fijaban las condiciones en las que don José y doña Juana podían ejercitar el derecho de retracto (en particular, que se hubiesen hecho efectivas a sus respectivos vencimientos las cambiales, por lo cual no existía ya deuda pendiente).

El 12 de enero de 1993, don José y doña Juana requieren notarialmente a CADES para que les comunique el importe de los gastos hechos en la casa que transmitieron, al objeto de poder ejercitar la retroventa. CADES responde que no se han cumplido las condiciones previstas en el documento privado, pero que no tenía inconveniente en que se ejercitara la retroventa si en el momento de otorgamiento de la escritura hacían efectiva la cantidad de 23.500.000 pesetas, precio de la venta, más 1.546.999 pesetas, importe de los gastos producidos y 162.593 pesetas del importe del impuesto de bienes inmuebles pagado por la entidad compradora.

Don José y doña Juana interponen demanda solicitando la nulidad de la escritura pública de compraventa. La demanda es desestimada en primera y en segunda instancia. Los actores interponen recurso de casación, que es estimado por el Tribunal Supremo. El Tribunal Supremo declara: la nulidad de la escritura pública de venta y la nulidad del pacto de retroventa concertado en la misma escritura y desarrollado en el documento privado; también declara la validez de la transmisión de la propiedad en garantía del pago de lo debido por ATB a CADES.

<sup>39</sup> GARCÍA CANTERO, G., «Venta en garantía, retracto convencional y conversión del negocio (Comentario a la STS de 16 de abril de 2001)», en *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 39, julio-septiembre 2001, pp. 353 a 365.

<sup>40</sup> MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús: en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 58, marginal 1568, pp. 147 a 171.

<sup>41</sup> DE LOS MOZOS: J. L. «De nuevo sobre la conversión del negocio jurídico», en *Revista de Derecho Privado*, julio-agosto 2001, p. 545 a 553.

hecho eco el anteproyecto de Código Europeo de Contratos, cuyo artículo 145 se ocupa de la conversión del contrato nulo tratando de distinguir este remedio de la interpretación conservativa y de la reproducción del negocio («el contrato nulo produce los efectos de un contrato distinto y válido cuando existan los elementos de fondo y de forma del mismo que permitan alcanzar de forma razonable el propósito perseguido por las partes»: art. 145.1).

En el anteproyecto de Código Europeo, la conversión sólo tiene lugar si del contrato o de las circunstancias no resulta ser otra la voluntad de las partes (art. 145.3).

#### c) *Ámbito de aplicación de la conversión*

El anteproyecto de Código Europeo prevé un amplio ámbito de aplicación de la conversión, que es aplicable al contrato nulo (art. 145.1), al contrato anulado (art. 145.5), a una cláusula del contrato artículo 145.2) e, incluso, a ciertos supuestos de contrato ineficaz (art. 153.5).

Por lo que se refiere a la conversión del contrato anulable el Código habla del «contrato anulado»: es decir, cuando la parte legitimada ha hecho valer ya la causa de nulidad. De esta manera parece que podría solucionarse el principal obstáculo que se opone a la admisión de la conversión del negocio anulable: el que existen otros medios para su sanación<sup>42</sup>. Una vez anulado, el contrato anulable queda equiparado al nulo.

Algo semejante sucede con el contrato que deviene ineficaz de modo definitivo, en los términos del artículo 153, al que me refiero más adelante.

#### d) *Cómo opera la conversión*

La conversión se produce automáticamente «por el mero hecho de que concurren sus presupuestos». Puesto que la nulidad opera automáticamente, es lógico que también lo haga la exclusión de la nulidad, es decir, la conversión, sin que ello dependa de la voluntad de las partes<sup>43</sup>.

Pero el anteproyecto de Código Europeo contempla también la posibilidad de que una de las partes quiera hacerla valer: puesto que ya se ha producido, de lo que se trata es de obtener una constatación oficial, frente a todos, cuando se niegue la conversión por la otra parte. En tal caso, debe dirigirse a la misma, antes de

<sup>42</sup> Sobre los argumentos contra la conversión del negocio anulable, Soto, pp. 125 ss.

<sup>43</sup> Sobre los argumentos a favor de que la conversión opere *ipso iure*, Soto, p. 118.

que transcurra el plazo de prescripción de tres años a contar desde la celebración del contrato, «una declaración que contenga las indicaciones necesarias en este sentido, y a la que son aplicables las disposiciones contenidas en los artículos 21 y 36, apartado 2. También puede, dentro del mismo plazo de prescripción, solicitar una constatación judicial de la conversión. Sin embargo, con el fin de que las partes puedan alcanzar un acuerdo extrajudicial, no se admitirá ninguna demanda hasta que no transcurran seis (o tres) meses desde la recepción de la citada declaración. Para los casos urgentes, queda a salvo la facultad de solicitar del Juez la adopción de las medidas previstas en el artículo 172» (art. 145.4).

De esta forma, y sea cual sea la anomalía del contrato, se establece un plazo de prescripción para que quede «oficialmente» constatada la conversión. El momento inicial a partir del que se computa ese plazo también se fija de manera uniforme para todos los casos, lo que lleva a que, por ejemplo, en los casos de contratos anulables hayan podido transcurrir los tres años sin que el contrato haya sido anulado (cfr. art. 148), por lo que ya no podrá operar la conversión.

Por otra parte, y a pesar de que el Código declare que la conversión tiene lugar por el mero hecho de que concurran sus presupuestos, ya no podrá hacerse valer si durante los tres años durante los que las partes pueden hacer constatar oficialmente la conversión, las partes se comportan como si el contrato fuera nulo (no se cumple, ninguna de ellas exige su cumplimiento). Existe una cierta contradicción en toda esta regulación porque, en definitiva, en estos casos, cabe entender que, lo que sucede es que la voluntad de las partes es contraria a la conversión (art. 145.3). Pero, insisto, el propio Código declara después que la conversión «se produce por el mero hecho de que concurran sus presupuestos».

## F. **Ámbito de la nulidad**

### a) *Propagación de la ineficacia. La nulidad parcial*

Se plantea el problema del ámbito al que se extiende la invalidez de un contrato nulo. De una parte, cuando existe un nexo de conexión entre diferentes contratos, de tal manera que uno de ellos es presupuesto para que el otro desenvuelva su función práctica, o cuando ambos cooperan conjuntamente a la consecución de un resultado económico buscado por las partes <sup>44</sup>. De otra, si puede

<sup>44</sup> DÍEZ-PICAZO: *Fundamentos*, I, 5.ª ed., 1996, p. 467.

aislarse la ineficacia de una cláusula o parte de un contrato manteniendo la eficacia del resto. La doctrina española se refiere a estos problemas de manera separada, como «propagación de la ineficacia» y «nulidad parcial», si bien, como advierte Jesús Delgado, los principios decisivos en uno y otro ámbito son los mismos<sup>45</sup>. A este planteamiento responde la regulación del anteproyecto de Código Europeo de Contratos, que regula conjuntamente en el artículo 144, bajo la rúbrica de «nulidad parcial» tanto lo que en sentido estricto se considera «nulidad parcial» en la doctrina española (art. 144.1) como la «propagación de la ineficacia» (art. 144.2).

### b) *Nulidad parcial*

El Derecho español no contiene norma general sobre la nulidad parcial, pero hay disposiciones que para casos concretos establecen que la nulidad de una cláusula no afecta a la validez del resto del contrato<sup>46</sup>, y la doctrina, admite con carácter general la posibilidad de que la ineficacia se limite a una parte o cláusula de un contrato mientras que el resto permanece en vigor, en aplicación del principio de conservación del negocio<sup>47</sup>.

Se admite la nulidad parcial siempre que la nulidad no proceda por alguna de las causas del artículo 140.1.a). La regla de la nulidad parcial es aplicable también a la anulabilidad de una cláusula (art. 146.3) y a la ineficacia de una cláusula (art. 153.5).

Conforme al artículo 144.1, «si la nulidad afecta únicamente a una cláusula o a una parte del contrato, éste sigue siendo válido en la parte restante, siempre que posea una consistencia y una validez autónomas y logre de manera razonable el fin perseguido por las partes». El artículo 144.3 aclara que no se aplica la nulidad parcial

<sup>45</sup> DELGADO: *Artículo 1.303*, p. 403. *Vid.*, además, ALBIEZ DORMAN, K. J.: «La repercusión de la nulidad “dentro” y “fuera” del contrato», en *Consejo General del Poder Judicial*, 1994, pp. 61 a 111; LÓPEZ FRÍAS, A.: *Los contratos conexos: estudios de supuestos concretos y ensayo de una construcción doctrinal*, Barcelona, 1995, p. 299.

<sup>46</sup> En el Código Civil, por ejemplo: artículo 1.155 (la nulidad de la cláusula penal no lleva consigo la de la obligación principal), artículo 1.260 (el juramento en los contratos se tendrá por no puesto), artículo 1.476 (nulidad del pacto de exoneración de responsabilidad de evicción al vendedor de mala fe), artículo 1.608 (irrelevancia del pacto que limite la posibilidad de redimir el censo), artículo 1.691 (irrelevancia del pacto que excluye a un socio de las ganancias), y artículo 1.826 (reducción de la obligación del fiador a los límites de la obligación del deudor). Fuera del Código, para el arrendamiento de vivienda, el artículo 6 de la Ley de Arrendamientos Urbanos declara «nulas, y se tendrán por no puestas», las estipulaciones que modifiquen en perjuicio del arrendatario o subarrendatario las normas del título II de la Ley, salvo que la propia norma lo autorice expresamente. Hay, además, reglas expresas de nulidad parcial con sustitución automática de la norma infringida en el Estatuto de los Trabajadores, en la legislación de consumidores y en la legislación de arrendamientos.

<sup>47</sup> *Vid.* las citas de DELGADO J.: *Artículo 1303*, p. 405.

si del contrato o de las circunstancias se desprende que la voluntad de las partes es otra. Es decir, que la nulidad parcial sólo procede si no es contraria a la voluntad, hay que entender común, de las partes.

c) *Propagación de la invalidez*

En el artículo 144.2 se recoge una regla que se inspira en el mismo criterio referida a los casos de contratos coligados o con más de dos partes. La invalidez de una parte no se propaga al resto siempre que, de acuerdo con lo previsto en el apartado 1, el contrato nulo o la obligación de una sola de las partes no revista un alcance esencial en relación con el contenido del negocio jurídico en su conjunto.

Para los contratos coligados, si la nulidad afecta a uno solo de los contratos (art. 144.2) la nulidad no se extiende al otro si se dan los mismos presupuestos que se recogen en el apartado 1: «que posea una consistencia y una validez autónomas y logre de manera razonable el fin perseguido por las partes», lo que puede no suceder si las partes contemplaban la celebración de los dos contratos como un todo.

También si es un contrato plurilateral y la nulidad afecta sólo a una de ellas (por ejemplo, contrato de sociedad). E, igualmente, creo yo, si en el contrato intervienen, en la posición de una de las partes más de un sujeto (por ejemplo, hay dos o más compradores: aunque, literalmente, el art. 144 habla de «más de dos partes»).

d) *Lo decisivo es la voluntad de las partes*

El artículo 144.3 establece que la regla contenida en el apartado 1 del artículo «no se aplica si del contrato o de las circunstancias se desprende que la voluntad de las partes es otra».

La doctrina española acepta también que la cuestión de la posible validez parcial, excluyendo la parte tachada de nulidad es un problema de interpretación del negocio y también de la ley y para ello tiene en cuenta el criterio tradicional que distingue entre negocios de contenido unitario (indivisible) y plural (divisible)<sup>48</sup>.

Pero, puesto que la nulidad parcial sólo está prevista por el legislador para casos determinados parece preferible entender que, salvo prueba en contrario de una voluntad hipotética que permita mantener parcialmente los efectos del contrato, la nulidad debe ser total<sup>49</sup>.

<sup>48</sup> DE CASTRO: *El negocio jurídico*, p. 493.

<sup>49</sup> En el mismo sentido, DÍEZ-PICAZO: *Fundamentos*, I, 1996, p. 482.

e) *Cómo se hace valer la nulidad parcial*

Reproduciendo una regla semejante a la prevista para la nulidad, el artículo 144.4 establece que «la nulidad parcial se produce por el mero hecho de que concurren sus presupuestos». También se añade la posibilidad de que se haga valer por una de las partes, pero sujeta a un plazo de prescripción de tres años y, entonces, me parece, al igual que sucedía con lo expuesto para la nulidad, debe tenerse en cuenta la posibilidad de que se haya cumplido o no el contenido de la cláusula (si prevé alguna prestación a cargo de una de las partes) <sup>50</sup>.

f) *La nulidad parcial sólo es posible en defecto de la sustitución de cláusulas ordenada por la ley y de la conversión*

El artículo 144.5 del anteproyecto de Código Europeo se refiere a la nulidad parcial con sustitución de cláusulas: «La nulidad parcial no tiene lugar si, como consecuencia de lo dispuesto en una norma imperativa, o en virtud de la conversión prevista en el artículo 145, la cláusula o parte nula es sustituida por una cláusula o parte diferente».

En Derecho español, a veces es la propia ley la que ordena la sustitución automática de las cláusulas contrarias a determinadas normas imperativas por el contenido de éstas, que se incorporan al contrato en sustitución de la voluntad privada <sup>51</sup>. La doctrina suele

<sup>50</sup> Artículo 144.4: «Pero la parte que quiera hacerla valer debe dirigir a la otra parte, antes de que transcurra el plazo de prescripción de tres años a contar desde la celebración del contrato, una declaración que contenga las indicaciones necesarias en este sentido, y a la que son aplicables las disposiciones contenidas en los artículos 21 y 36, apartado 2. También puede, dentro del mismo plazo de prescripción, ejercer una acción declarativa de nulidad parcial. Sin embargo, con el fin de que las partes puedan alcanzar un acuerdo extrajudicial, no se admitirá ninguna demanda hasta que no transcurran seis (o tres) meses desde la recepción de la citada declaración. Para los casos urgentes, queda a salvo la facultad de solicitar del Juez la adopción de las medidas previstas en el artículo 172».

<sup>51</sup> Para los arrendamientos rústicos, el artículo 31 de la Ley de Arrendamientos Rústicos exige que la renta se fije en dinero pero, si no obstante, las partes la fijan en especie «el contrato será válido, pero cualquiera de las partes podrá exigir la conversión de la renta en dinero». En materia de condiciones generales y de cláusulas abusivas en los contratos con consumidores, el legislador de 1998 optó por la nulidad parcial, a menos –respectivamente– que el contrato no pueda «subsistir sin tales cláusulas» (art. 10.1 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación) o que resulte una «situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada» (art. 10 bis, 2 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, redactado conforme la Ley de Condiciones Generales, pero manteniendo en esta cuestión el criterio que recogía la Ley de Consumidores de 1984 en su art. 10.4). En ambos casos, la parte del contrato afectada por la nulidad se integra con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1.258 del Código Civil, pero, además, en el caso de las cláusulas abusivas el artículo 10 bis.2 de la Ley de Consumidores atribuye al Juez «facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato».

considerar como un supuesto de nulidad parcial la que se produce como consecuencia del mandato de una norma imperativa. Se trataría de nulidad parcial en el sentido de que la nulidad de una cláusula o parte del contrato no se extiende o propaga a la totalidad, aunque se produzca al margen de la voluntad de las partes. Aunque, como ha observado Gordillo, la ineficacia parcial con inserción de las cláusulas legales no es una forma atenuada de la nulidad (total) de pleno derecho, pues si bien cuantitativamente se recorta en la extensión de sus efectos, consigue, no obstante, una mayor intensidad específica y propia al impedir al gravado con la ley sustitutiva el restablecimiento del *statu quo* anterior a la celebración del contrato y al permitir al protegido por la norma el logro de la finalidad que le llevó a contratar, aun en contra de la voluntad de su contraparte <sup>52</sup>. Se trata, como advierte Delgado, de un fenómeno distinto de la ineficacia parcial porque se trata de un mecanismo previo para la aplicación incondicionada de la normativa *ex lege* que se impone como contenido preceptivo del contrato <sup>53</sup>.

En Derecho español se plantea un problema cuando la ley no establece expresamente esta forma de sanción. La jurisprudencia no ha dicho de una manera clara si ha de procederse a la nulidad parcial, con sustitución de la cláusula nula por la previsión legal (por ejemplo, en materia de viviendas de protección oficial y precios superiores a los autorizados legalmente, los tribunales no siempre han mantenido la misma postura) <sup>54</sup>. Hay que atender, en cada caso, a la finalidad de la norma infringida y comprobar cómo queda mejor salvada.

### 3. ANULABILIDAD

#### A. La anulabilidad de los contratos

El Código Civil español no utiliza la expresión anulabilidad, si bien la doctrina y la jurisprudencia han elaborado la distinción entre nulidad y anulabilidad con apoyo en expresiones del propio Código Civil («pueden ser anulados», dice el art. 1.300, o el art. 1.322). El anteproyecto de Código Europeo de Contratos, en cambio, se refiere expresamente a la «anulabilidad» en su artículo 146, y después desarrolla el régimen de este tipo de invalidez en los artículos 147 (efec-

---

<sup>52</sup> GORDILLO: «La nulidad parcial del contrato con precio ilegal», en *ADC* 1975, pp. 101 ss.

<sup>53</sup> Por todos, DELGADO ECHEVERRÍA: *Artículo 1.303*, pp. 407-408.

<sup>54</sup> VÁZQUEZ DE CASTRO, E.: *Precio y renta en las viviendas de protección oficial*, Pamplona, 1999.

tos), 148 (modalidades y plazo de la anulación), 149 (conservación y confirmación del contrato anulable), 150 (contrato celebrado por un incapaz), 151 (contrato viciado por un error) y 152 (contrato viciado por intimidación).

Puede decirse, como primera aproximación, que en el anteproyecto de Código Europeo de Contratos, al igual que sucede en Derecho español, la anulabilidad es una invalidez relativa (dirigida a proteger a una de las partes del contrato) y convalidable o sanable (si, quien está legitimado para impugnar el contrato anulable no lo hace). Partiendo, sin embargo, de un esquema similar acerca del tipo de ineficacia a que da lugar la anulabilidad, hay diferencias importantes, entre el Código Civil español y el anteproyecto de Código Europeo de Contratos por lo que se refiere tanto a los supuestos concretos que dan lugar a la anulación como al modo en que se puede hacer valer la anulación.

El anteproyecto de Código Europeo de Contratos configura la anulabilidad como un tipo de anomalía prevista para ciertos casos, tasados legalmente, y que sólo puede ser invocada por una de las partes a la que la norma trata de proteger. Ejercitada la anulación, sin embargo, sus efectos son los mismos que los de la nulidad: es decir, el contrato queda sin efectos retroactivamente, como si no se hubiera celebrado, y las partes quedan obligadas a restituirse las prestaciones recíprocamente. El esquema, por tanto, es análogo al diseñado en Derecho español para la anulabilidad.

La doctrina española está dividida a la hora de calificar al contrato anulable antes de que se ejercite la acción de nulidad. El sector doctrinal mayoritario entiende que el contrato anulable es válido y eficaz mientras no se impugne, pues produce todos sus efectos, si bien de manera claudicante. La acción de anulación sería constitutiva y tendría efecto retroactivo, lo que probaría el carácter inicialmente eficaz del contrato anulable<sup>55</sup>. Para otro sector, minoritario, en el Código Civil español, el contrato anulable es inicialmente inválido, si bien es susceptible de producir todos sus efectos si, quien pudiendo hacerlo, no lo impugna, o si es confirmado. La confirmación, desde este punto de vista, sería verdadera convalidación de lo que sin ella sería inválido<sup>56</sup>.

¿Cuál es el punto de vista del anteproyecto de Código Europeo de Contratos? La terminología utilizada en el Código inclina a pensar que se considera al contrato anulable como inicialmente válido. Así, se dice que «la anulación deja sin efectos al contrato

<sup>55</sup> Por todos, DÍEZ-PICAZO: *Fundamentos*, I, 1996, p. 450.

<sup>56</sup> DE CASTRO: *El negocio jurídico*, p. 449; DELGADO ECHEVERRÍA, *Artículo 1.300*, p. 317; MIQUEL GONZÁLEZ: «Anulabilidad», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, I, p. 477.



*retroactivamente desde su celebración*», lo que sólo tiene sentido si se considera que el contrato era válido (art. 147.1); o que «el contrato anulable puede ser confirmado, y *continuar entonces en vigor a todos sus efectos*» (art. 149.2): es decir, que la confirmación, a diferencia de lo que sucede en Derecho español (art. 1.313 del Código Civil), no tiene efecto retroactivo.

En Derecho español, la discusión doctrinal acerca de la naturaleza de la anulabilidad no es meramente teórica, sino que tiene consecuencias prácticas importantes: si es o no constitutiva la acción (lo que permite entender de manera distinta si es posible o no que la anulabilidad se haga valer extrajudicialmente, como parece preferible, pero entonces sólo si se sostiene que la acción es declarativa de que el contrato inicialmente es inválido), si puede oponerse la anulabilidad como excepción, sin necesidad de formular reconvencción, incluso pasado el tiempo para ejercitar la acción de anulabilidad, y de esta manera negarse a cumplir el contrato anulable por quien, estando legitimado, no ejercitó la acción en tiempo oportuno (lo que resulta preferible, pero sólo posible de mantener de manera coherente si se entiende que el negocio es inválido inicialmente y la acción que así lo declara, al ser meramente declarativa no prescribe)...

Por eso, más que atenerse al dato formal de la terminología, importa detenerse en el modo en que el anteproyecto de Código Europeo regula las modalidades y el plazo de ejercicio de la anulación. Merece la pena llamar la atención ahora sólo sobre dos datos: que el anteproyecto de Código Europeo de Contratos no sólo permite, sino que facilita, la celebración de acuerdos extrajudiciales (art. 148.2), y que está prevista expresamente la alegación de la anulabilidad como excepción incluso después del plazo previsto como de prescripción de la acción (art. 148.5). Estas consecuencias, hay que reconocerlo, encajan mejor con el carácter inicialmente inválido del negocio anulable.

## **B. Causas de anulabilidad**

### **a) CONSIDERACIÓN GENERAL**

El artículo 146.1 del anteproyecto de Código Europeo de Contratos establece que «la anulabilidad tiene lugar en los casos a que se refiere el apartado 2 de este artículo». A continuación, el artículo 146.2 enumera los supuestos en los que «el contrato es anulable». En particular: *a)* en el caso de incapacidad de una parte, conforme al artículo 150; *b)* en el caso de un vicio de consen-

timiento, conforme a los artículos 151 y 152; c) en los supuestos previstos en los artículos 67 y 68 <sup>57</sup>; d) en cualquier otro supuesto expresamente previsto en la ley».

Es decir, el anteproyecto de Código Europeo enumera de manera taxativa las causas de anulabilidad, si bien deja abierta la puerta para que la ley prevea otros supuestos de anulabilidad. Pero es importante reparar en que esta previsión de nulidad tiene que ser «expresamente». Esto significa que no puede haber anulabilidades distintas de las previstas de manera expresa por el legislador: es decir, que la anulabilidad se configura como un régimen excepcional, que el intérprete no puede extender a irregularidades del contrato semejantes o análogas a las previstas en la Ley.

Este carácter excepcional con que el anteproyecto de Código Europeo de Contratos configura la anulabilidad contrasta con el carácter que la doctrina y la jurisprudencia españolas tienden a asignar a la anulabilidad. En efecto, inicialmente, se pensó que la nulidad era el régimen general de invalidez en Derecho español, de tal manera que sólo procedía la anulabilidad en los casos en que el legislador lo hubiera previsto. Sin embargo, desde hace tiempo, partiendo de una interpretación funcional de la invalidez, se ha venido hablando de una «tendencia expansiva de la anulabilidad». Tendencia expansiva, de un lado, porque el propio legislador configura cada vez más supuestos como anulabilidades para evitar las consecuencias rígidas de la nulidad (impugnación de acuerdos de juntas de propietarios, de acuerdos de asociaciones, de cooperativas, o de sociedades anónimas). Pero sobre todo, por lo que

<sup>57</sup> «Artículo 67. *Circunstancias subjetivas.*

1. El contrato celebrado por el representante es anulable cuando la voluntad del representante esté viciada. Si el vicio recae sobre elementos predeterminados por el representado, el contrato es anulable si la voluntad de éste estaba viciada.

2. La persona del representante deberá ser tenida en cuenta, cuando la buena o mala fe, el conocimiento o la ignorancia de ciertas circunstancias sea determinante, salvo si se trata de elementos predeterminados por el representado, salvo si se trata de elementos predeterminados por el representado.

3. En ningún caso el representado de mala fe puede aprovecharse de la ignorancia o buena fe del representante.

4. Las reglas de este artículo, así como las del anterior, no se aplican a la persona meramente encargada de transmitir la voluntad de otro.»

«Art. 68. *Autocontrato y conflicto de intereses.*

1. Puede ser anulado el contrato que el representante celebra consigo mismo, sea por cuenta propia, sea como representante de la otra parte contratante, a menos que el representado lo haya autorizado expresamente o que el contenido del contrato esté determinado de forma que se excluya toda posibilidad de conflicto de intereses.

2. La anulación sólo puede ejercitarse por el representado.

3. El contrato celebrado por el representante en conflicto de intereses con el representado es susceptible de ser anulado a instancia del representado si el conflicto era conocido o podía serlo por el tercero» (traducción de S. CÁMARA LAPUENTE, en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 44, 2002).

importa ahora, porque el intérprete puede llegar a calificar de anulabilidad una invalidez a la que el legislador expresamente no se refiere como tal atendiendo a la finalidad perseguida por la norma (protección de una de las partes, por ejemplo) <sup>58</sup>.

b) CONTRATO CELEBRADO POR UN INCAPAZ

i) *Es necesario que se haya producido una lesión*

En el anteproyecto de Código Europeo de contratos, la falta de capacidad para prestar válido consentimiento contractual de uno de los contratantes hace al contrato anulable, no nulo. Así lo establece el artículo 150 («Contrato celebrado por un incapaz»), que se refiere a los contratos celebrados por menores o incapaces. Puede decirse, con carácter general, y sin perjuicio de los matices que después se verán, que esta es también la regla del Derecho español, en el que el régimen de la anulabilidad tiene su campo de aplicación natural en los contratos celebrados por los menores e incapaces. Hay, sin embargo, una diferencia fundamental entre el Derecho español y el anteproyecto de Código Europeo de contratos. En este último, la falta de capacidad da lugar a la anulación de los contratos «salvo que del contrato en cuestión sólo deriven ventajas para el incapaz» (art. 150.1 último inciso).

De esta forma, en el anteproyecto de Código Europeo se exige que el contrato celebrado por menores o incapaces supongan algún tipo de lesión. Esta previsión se aleja del Derecho español, en el que la anulabilidad de los contratos permite impugnar un contrato celebrado por el menor o incapaz sin necesidad de alegar ninguna causa: el legitimado para impugnar es el único que puede valorar su interés, por lo que puede tener en cuenta motivos distintos de los económicos <sup>59</sup>. De esta manera, en Derecho español queda desincentivada la contratación con menores o incapaces, pues ellos o sus representantes legales siempre podrán hacer valer la anulabilidad. La posibilidad de impugnar que se reconoce al incapaz o a su representante legal les permite valorar, si quieren, la conveniencia del negocio, pero si se deciden por

---

<sup>58</sup> Sobre todo ello, DELGADO ECHEVERRÍA, *Artículo 1.300*, p. 319. Una crítica de la «tendencia expansiva de la nulidad», por entender que en fondo no es sino una consecuencia de la propia concepción bipartita de las nulidades que el autor critica, y que cree debe superarse admitiendo matices y criterios objetivos flexibilizadores en el régimen de la nulidad en PASQUAU LIAÑO, M.: *Nulidad*, pp. 92 ss.

<sup>59</sup> La doctrina admite que en casos extremos puede pensarse en admitir el abuso del derecho del accionante: así, DE CASTRO: *El negocio jurídico*, p. 497; DELGADO ECHEVERRÍA, *Artículo 1.300*, p. 314.

la impugnación no es algo que se vaya a tener en cuenta para el éxito de la acción.

Contrasta la opción del anteproyecto de Código Europeo con la alcanzada por los autores de los Principios Lando, que han optado por dejar fuera los aspectos relacionados con capacidad de la persona, por entender que tiene que ver más con el Derecho de la persona que con los contratos <sup>60</sup>.

## ii) *Contratos celebrados por menores*

La anulabilidad procede, en primer lugar, en los casos en que no se tiene la edad requerida para contratar (art. 150.1.a: contrato celebrado por un menor no emancipado). La regla debe ponerse en relación con lo dispuesto en el artículo 5.2, conforme al cual, la capacidad general exigida para celebrar válidamente un contrato es tener dieciocho años cumplidos o estar emancipado y haber obtenido las autorizaciones requeridas por la ley nacional del contratante. Aunque no haría falta, el artículo 150.3 aclara que el contrato celebrado por un incapaz no es anulable, en la hipótesis prevista en el apartado 1 del artículo 5, si ha obtenido las autorizaciones exigidas por su ley nacional. En Derecho español, por ejemplo, cabe entender que la autorización del representante puede producirse antes de que el menor celebre el contrato, o posteriormente en forma de convalidación <sup>61</sup>.

Para que sea anulable el contrato es preciso que el menor no haya ocultado con engaño su edad. En efecto, el artículo 150.2 del anteproyecto de Código Europeo establece que el contrato celebrado por un menor no es anulable «si el menor ha ocultado con engaño su edad». En Derecho español es muy discutida la situación de los contratos celebrados por menores que ocultan su edad porque, frente a la doctrina que, con apoyo en Derecho comparado, niega la acción de impugnación y considera que el contrato es válido se ha argumentado que este planteamiento disminuye gravemente la protección del menor: ocasiona el peligro de que se conviertan en cláusulas de estilo las declaraciones de ser mayor y en la práctica de los usureros la exigencia de aportación de falsos documentos en los que basar una acusación prefabricada de engaño sobre la edad del menor <sup>62</sup>.

<sup>60</sup> LANDO, O., BEALE, H.: *Principles of European Contract Law, Pars I and II, Prepared by The Commission on European Contract Law*, Kluwer, The Hague, 2000, p. 227.

<sup>61</sup> LACRUZ: *Elementos de Derecho civil*, I-2, 3.ª ed., revisada y puesta al día por Delgado Echeverría, Dykinson, Madrid, 2002, p. 122.

<sup>62</sup> DE CASTRO: *Derecho Civil*, p. 192. Cuestión distinta, dice el autor, es que el dolo o la culpa del menor, al hacer imposible la restitución quede sin consecuencia jurídica, pues el daño producido deberá ser indemnizado, conforme a los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil.

Tampoco son anulables los contratos que sean «usuales de la vida ordinaria que suponen un gasto modesto y son llevados a cabo empleando dinero o medios que proceden de las actividades de trabajo permitidas al incapaz, o bien entregados para que pueda disponer de ellos libremente» (art. 150.3). La misma tesis se mantiene en la doctrina española, en un reconocimiento de una capacidad gradual del menor con arreglo a su edad y a los usos <sup>63</sup>.

iii) *Falta de consentimiento. Contratos celebrados por incapaces e incapacitados*

i') Distinción de supuestos

Presupuesto para la validez de un contrato, en el anteproyecto de Código Europeo y en el Derecho español, es la existencia de un consentimiento válido. Para ello es preciso que los contratantes tengan capacidad natural, es decir, capacidad de entender y querer, y capacidad legal, es decir, la exigida por la ley. Las letras *b*), *c*) y *d*) del artículo 150.1 del anteproyecto de Código Europeo de Contratos se refieren a contratos celebrados por incapaces, incapacitados o no, sometiéndolos todos ellos, sin distinción, al régimen de la anulabilidad.

Así, conforme al anteproyecto de Código Europeo de Contratos:

– Es anulable el contrato celebrado por los incapacitados. El artículo 150.1.*b*) se refiere a «una persona declarada legalmente incapaz sin que en el contrato intervenga el sujeto establecido para su representación o asistencia legal». En Derecho español, de igual manera, es anulable el contrato que debía realizar el representante legal (arts. 1.300 ss. del Código Civil) o el incapacitado con asistencia del curador (art. 293 del Código Civil).

– Es anulable el contrato celebrado por «una persona que, incluso con carácter transitorio, no está en condiciones de querer o comprender» [(art. 150.1.*c*)]. La razón por la que la persona no está en condiciones de querer puede ser puramente transitoria (accidente, efectos del alcohol...) o permanente (incapaz de hecho, que pudiendo o debiendo estar incapacitados legalmente no lo están).

La impugnación del contrato la podrá hacer el propio sujeto una vez superada la situación circunstancial de falta de capacidad o su representante legal si después es incapacitado.

<sup>63</sup> Distintas explicaciones jurídicas en DELGADO/LACRUZ; *Elementos*, I, 2, 2002, p. 125, y MARTÍNEZ DE AGUIRRE; *Curso de Derecho Civil*, I, Colex, Madrid, 2.ª ed., 2002, p. 411.

Para el Derecho español, cabe defender que, si en el momento de contratar, carece la persona de «capacidad natural» o aptitud para entender o querer puede decirse que, entonces, por hipótesis, falta el consentimiento. El contrato, entonces, de acuerdo con el artículo 1.261 del Código Civil («no hay contrato») seguiría el régimen de la nulidad absoluta: en particular, la acción no está sujeta a plazo, puede ejercitarla cualquier interesado y no cabe confirmación. Sin embargo, últimamente esta doctrina se ha sometido a revisión partiendo del dato de que, en la práctica, muchos incapaces que debieran estarlo no lo están, y no se ve la razón para dejar de aplicar a los actos de los incapaces habituales la forma de invalidez que el Derecho predispone para la protección de una parte contractual, es decir, la anulabilidad <sup>64</sup>.

La doctrina española suele advertir que, cuando falta absolutamente la razón (por locura, intoxicación o hipnosis) propiamente no existe la declaración de voluntad <sup>65</sup> y el contrato entonces sería nulo con nulidad radical:

– Conforme al artículo 150.1.d) es anulable el contrato celebrado por «una persona cuyas facultades físicas estén alteradas hasta el punto de impedirle expresar su voluntad, como los sordomudos que no sepan escribir». En Derecho español, la referencia a los sordomudos que no sepan leer ni escribir figuraba en la redacción originaria del Código Civil, dando lugar a una situación próxima a la enfermedad mental <sup>66</sup>. Pero desde la reforma de 1984 se suprimió toda incapacidad que no diera lugar a una imposibilidad de autogobierno de la persona. Desde la exigencia de respecto a la dignidad de la persona, la regla del anteproyecto de Código Europeo no puede interpretarse en el sentido de que sean anulables los contratos si la deficiencia física de que se trate no priva a la persona de su capacidad natural.

La referencia a los sordomudos que no sepan escribir es ejemplificativa: es posible imaginar también otros supuestos, como personas con problemas de comunicación como consecuencia de algún tipo de enfermedad o traumatismo, sea transitorio o permanente.

El anteproyecto de Código Europeo se refiere a un supuesto en el que la persona no puede expresar su voluntad. No que no pueda formarla, por falta de inteligencia o capacidad natural. En realidad, son personas que posiblemente debieran estar incapacitadas legal-

---

<sup>64</sup> Sobre todo ello, con citas doctrinales, DELGADO: *Artículo 1301*, p. 355.

<sup>65</sup> DE CASTRO: *El negocio jurídico*, p. 95.

<sup>66</sup> DE CASTRO: *Derecho Civil de España*, reedición en Civitas, Madrid, 1984, p. 278.

mente y no lo están. Son incapaces naturales o de hecho, a los que se refiere el artículo 150.1.b).

ii') Necesidad de que la falta de capacidad sea aparente

El artículo 150.2 declara que «el contrato no es anulable... si la otra parte tenía buena fe, debido a que las condiciones de enfermedad mental o su estado de incapacitación declarado no resultaban fácilmente apreciables». Se trata de una regla que protege la confianza del tercero y que carece de equivalente en Derecho español. En el anteproyecto de Código Europeo esa protección de la buena fe y de la apariencia se lleva al extremo de prescindir de lo que, de acuerdo con la publicidad del Registro Civil, puede afirmarse para los incapacitados <sup>67</sup>.

iii') ¿Realización de actos corrientes de la vida por los incapaces?

Conforme al artículo 150.3, «el contrato celebrado por un incapaz tampoco es anulable, en la hipótesis prevista en el apartado 1 del artículo 5, si ha obtenido las autorizaciones exigidas por su ley nacional, si se trata de uno de los actos usuales de la vida ordinaria que suponen un gasto modesto y son llevados a cabo empleando dinero o medios que proceden de las actividades de trabajo permitidas al incapaz, o bien entregados para que pueda disponer de ellos libremente».

Es discutible si la redacción se refiere sólo a los menores (que son los únicos mencionados en el art. 5.1) o a los incapaces en general, incluidos también los incapaces por razón de enfermedad o trastorno psíquico. Esto último parece preferible por dos razones: porque el artículo 150 se refiere a los incapaces en general pero, sobre todo, porque es más respetuoso con el respeto a la dignidad de la persona y la limitación de la capacidad a lo que sea causa natural de falta de capacidad.

iv) *La restitución en los contratos celebrados por incapaces*

El artículo 150.4 establece que, anulado el contrato, el incapaz debe restituir lo recibido, conforme al artículo 161, en la medida en que haya obtenido un beneficio efectivo. La restitución del incapaz limitada al enriquecimiento es también la solución del Derecho español (art. 1.304 del Código Civil).

<sup>67</sup> Vid. PARRA LUCÁN, M. A., en *Curso de Derecho Civil*, I, Colex, 2.ª ed., 2002, p. 375.

v) *Situación de los terceros que han garantizado el contrato celebrado por un incapaz*

En Derecho español, la interpretación conjunta de los artículos 1.302, 1.824 y 1.853 del Código Civil lleva a la conclusión de que los fiadores no pueden oponer las excepciones puramente personales del deudor (la menor edad, la incapacidad).

De manera parecida, y conforme al artículo 150.5 del anteproyecto de Código Europeo de Contratos, «los terceros que han garantizado el contrato celebrado por el incapaz responden del mismo frente a la otra parte, incluso si es anulado, quedando a salvo su derecho de repetir, si procede, contra el incapaz o su representante legal».

La solución del anteproyecto de Código Europeo de Contratos supone que el tercero ha asumido una garantía frente al acreedor. No exige la prueba de que el tercero que ha garantizado conociera la incapacidad. Pero, en cualquier caso, el tercero que ha garantizado responde aunque se haya anulado la obligación garantizada: aun siendo accesoria su obligación no se extingue al declararse la nulidad de la obligación garantizada. El tercero que paga puede después repetir contra el incapaz o su representante legal. Hay que pensar que esa repetición estará sometida a los mismos límites que están previstos en el artículo 150.4 para la repetición del incapaz: que del contrato haya obtenido un beneficio efectivo.

Pero, ¿qué significa la repetición del representante legal? Una cosa es que pueda proceder responsabilidad del representante (si, con su conducta, indujo a prestar una garantía a favor del incapaz) y otra distinta, y que carece de sentido, es el derecho a repetir a que se refiere el artículo 150.5 del anteproyecto de Código Europeo de Contratos.

c) **CONTRATO VICIADO POR UN ERROR**

i) *Consideración general*

La regulación del contrato viciado por error contenida en el artículo 151 del anteproyecto de Código Europeo de Contratos distingue entre el «error unilateral» (art. 151, apartados 1 a 6), padecido por uno solo de los contratantes, y el «error común» a ambos contratantes (art. 151.7).

Dentro del concepto de error se incluye tanto lo que en Derecho español es propiamente error como el dolo, es decir, el error provocado por el engaño de la otra parte, si bien se somete a distintos



regímenes uno y otros supuesto. Por otra parte, se regula tanto el error vicio del consentimiento como el error obstativo, es decir, el error en la manifestación de una voluntad formada sin vicios.

ii) *Error de una de las partes*

i') Error vicio del consentimiento

i'') Error esencial («dolo», en Derecho español)

De acuerdo con el artículo 151.1 son presupuestos del error padecido por una de las partes para que pueda anular un contrato:

a) que afecte a un elemento o a un aspecto, económico o jurídico, fundamental del contrato y cuya presencia es determinante para el consentimiento;

b) que haya sido provocado además por una declaración engañosa o por una actitud de reticencia injustificada de la otra parte, o incluso si esta última se ha dado cuenta del error y de su importancia determinante o hubiera debido darse cuenta con una diligencia media.

El presupuesto recogido en la letra a) hace referencia a un doble aspecto: el ámbito objetivo del error y la necesidad de su esencialidad. Los aspectos fundamentales del contrato a los que afectan pueden tener que ver con las cualidades de la cosa o servicio y con las condiciones en las que se realiza la prestación, pero también con las cualidades de la persona que la realiza. La referencia a los aspectos «económico o jurídico» permite incluir tanto el error de hecho como el de derecho (creía que quien vendía era propietario, o tenía poder de disposición, o que se podía edificar en el terreno comprado...). Es esencial el error cuando sea determinante del consentimiento (así, también, art. 1.266 del Código Civil: «que hubiese dado motivo a celebrarlo» y art. 1.270 del Código Civil, que distingue entre dolo grave y dolo incidental).

El error de cuenta, que en principio debe considerarse como un elemento no esencial, sin embargo puede ser determinante para la prestación del contrato, y entonces dará lugar a la anulación del contrato (interpretando a contrario el art. 151.4).

Por lo que se refiere al presupuesto recogido en la letra b), es preciso que el error haya sido provocado por la otra parte: por una declaración engañosa (una acción), por una actitud de reticencia injustificada (quien calla o no advierte debidamente, informaciones incompletas o imprecisas) o, incluso si, dándose o habiéndose podido dar cuenta del error y de su importancia determinante, no

saca del error a la otra parte y se aprovecha de él para contratar. En Derecho español, aunque el artículo 1.269 del Código sólo se refiere al «empleo de palabras o maquinaciones insidiosas», la doctrina y la jurisprudencia admiten también el «dolo por omisión», la astucia por omisión, que presupone igualmente un ánimo de engañar <sup>68</sup>.

ii”) Engaño procedente de un tercero («dolo de tercero»)

Conforme al artículo 151.2 del anteproyecto de Código Europeo, si la declaración engañosa procede de un tercero, y era conocida por la parte que se ha beneficiado de ella, el contrato es anulable. En Derecho español el Código sólo prevé expresamente el dolo del otro contratante, pero puede llegarse a la misma conclusión que la proyectada en el texto comentado porque si el contratante conoce el engaño de un tercero y éste es determinante de la contratación tenía el deber de sacar del error a la otra parte.

iii”) Error provocado que afecta a un elemento no esencial («dolo no esencial»)

Cuando el error ha sido provocado, y no recae sobre un elemento fundamental del contrato, no es causa de nulidad, pero el artículo 151.4 del anteproyecto de Código Europeo permite a la parte que lo invoca solicitar una modificación de la prestación que le es debida o la reparación del daño sufrido si: *a)* se trata de un error de cálculo, salvo que tenga tal entidad que deba considerarse como determinante del consentimiento; *b)* o si el error recae sobre un elemento secundario o no tiene un efecto determinante del consentimiento, es decir, si el contrato se hubiera celebrado igualmente pero en otras condiciones.

El error de cálculo en Derecho español tampoco es un vicio del consentimiento que dé lugar a la anulabilidad del contrato, sino sólo a su corrección, conforme al artículo 1.266.3 del Código Civil. Pero doctrina y jurisprudencia advierten que si no es un mero error aritmético o error de cálculo rectificable, sino que afecta a error en los factores de cálculo, o en la inclusión o ampliación de determinadas partidas para fijar el saldo, hay un error en cuanto al objeto, y sí es posible la anulación del contrato <sup>69</sup>. En este sentido debe entenderse la referencia del artículo 151.4 del anteproyecto de Código Europeo a la posibilidad de que el error de cálculo pueda ser determinante del consentimiento y, entonces, dar lugar a la anulación del contrato. Conviene insis-

<sup>68</sup> Por todos, LACRUZ, J. L.: *Elementos*, II-1, 1999, p. 373.

<sup>69</sup> LACRUZ: *Elementos*, II-1, 1999, p. 369.

tir, sin embargo, en que presupuesto del error en este precepto del anteproyecto de Código Europeo es haber sido provocado: también para el error de cálculo.

El error que recae sobre un elemento secundario del contrato no se considera esencial, determinante, porque el contrato se hubiera celebrado igual pero posiblemente en otras condiciones (por ejemplo, pagando menos precio). Se trata de la figura del dolo incidental que tampoco en Derecho español es causa suficiente para invalidar el contrato, y sólo da lugar a la indemnización del daño (art. 1.270.2 del Código Civil). De una manera más amplia, el anteproyecto de Código Europeo establece dos soluciones: solicitar la modificación de la prestación debida (lo que sólo será posible en algunos casos) o la reparación del daño sufrido. Hay que entender que se trata de una opción que podrá escoger la parte que sufrió el error.

iv”) Error no provocado («error» en Derecho español)

El artículo 151.3 del anteproyecto de Código Europeo contempla los casos de error cuando no se dan los presupuestos del apartado 1. Entonces, y siempre que el error no proceda de una negligencia grave de la parte que lo sufre, podrá proceder a la anulación del contrato «cuando éste carezca para ella de todo interés y siempre que indemnice a la otra parte del perjuicio sufrido por haber confiado en la validez y en el cumplimiento puntual del contrato». A pesar de que el precepto se refiere genéricamente a los presupuestos del apartado 1 parece razonable entender que el único que no concurre es el que considera ese apartado bajo la letra *b*): haber sido provocado. No parece que pueda prescindirse del exigido en la letra *a*) (afectar a un elemento fundamental del contrato y cuya presencia es determinante para el consentimiento), al menos en el sentido de que, como prevé el mismo artículo 151.3, el contrato carece de interés: es decir, que el error ha sido determinante del consentimiento. Por otra parte, esta interpretación resulta coherente con el resto del artículo, que en el apartado siguiente se ocupa del error en el caso de que únicamente se dé el presupuesto de la letra *b*).

Propiamente este es un supuesto de hecho del error vicio del consentimiento. Son requisitos para que sea causa de anulación:

– Que no proceda de negligencia grave de quien lo padece: se trata del requisito de la *excusabilidad*, en el sentido de que no puede salvarse con diligencia. Aunque nuestro Código Civil no exige este requisito, la jurisprudencia lo ha señalado reiteradamente, relacionándolo con los principios de autorresponsabilidad

y buena fe<sup>70</sup>. Pero el anteproyecto de Código Europeo admite la negligencia que no sea grave: es discutible, entonces, si es precisa una diligencia normal o basta una diligencia mínima.

– Que el contrato carezca de todo interés para quien lo padece. Es decir, se exige que el error sea *esencial*, en el sentido de que sea determinante de la voluntad del contratante que lo sufre<sup>71</sup>.

Ejercitada la acción de anulación en tales circunstancias, el anteproyecto de Código Europeo establece, a cargo de quien ha padecido el error, la obligación de indemnizar a la otra parte el perjuicio sufrido por haber confiado en la validez y en el cumplimiento puntual del contrato. Se trata de una regla inexistente en Derecho español, donde el error, si reúne los requisitos exigidos para invalidar el contrato, simplemente anula el contrato. Esta obligación de indemnizar está prevista en el anteproyecto de Código Europeo para el caso de que el error no haya sido provocado por la otra parte. En realidad, este el caso de error que como tal regula el artículo 1.266 del Código Civil español. Puede afirmarse que el anteproyecto de Código Europeo tiende a reforzar los postulados de la seguridad jurídica y la confianza. No sólo que el error tendrá un carácter excepcional, al exigirse que sea esencial y excusable, sino que además se requiere que la parte esté dispuesta a pagar una indemnización por los daños sufridos por quien, sin haber provocado el error, confiaba en el cumplimiento del contrato.

v”) Error y buena fe

El anteproyecto de Código Europeo contiene una previsión que muestra una actitud restrictiva ante el ejercicio de la acción de nulidad basada en el error. Se trata de lo dispuesto en el artículo 151.5, conforme al cual, «la parte que ha sufrido el error no puede pretender la anulación del contrato si resulta contrario a la buena fe». En realidad, en nuestro Derecho, la buena fe juega como límite en el ejercicio de todos los derechos y está consagrado el abuso del derecho (art. 7 del Código Civil), por lo que igualmente puede considerarse contrario a la buena fe, en determinadas circunstancias, el ejercicio de una acción de nulidad por error que, entonces, no deberá estimarse.

Para el caso de que se considere contrario a la buena fe el ejercicio de la acción de nulidad la parte que lo invoca puede ser condenada, teniendo en cuenta las circunstancias, a pagar una

<sup>70</sup> LACRUZ, J. L.: *Elementos*, II-1, 1999, p. 371.

<sup>71</sup> Sobre la esencialidad en el Derecho español, LACRUZ, J. L.: *Elementos*, II-1, 1999, p. 370.

indemnización equitativa. Aunque la redacción del precepto no es muy clara en este sentido, parece razonable entender que no prosperará la acción de nulidad por error y que, además, procederá la condena a pagar una indemnización de daños.

¿Qué es contrario a la buena fe? No debe pasarse por alto que, en el anteproyecto de Código Europeo el error ha sido provocado por la otra parte, por lo que es difícil que pueda entenderse después que hay mala fe en el ejercicio de la acción de anulación por la parte que lo ha padecido. Será difícil que, concurriendo los presupuestos previstos en el Código, se entienda que el ejercicio de la acción de nulidad es contrario a la buena fe. No hay que descartar, sin embargo, que pueda ser abusivo el ejercicio de la acción de nulidad, y que con ello se pretenda, por ejemplo, lograr un enriquecimiento por un cambio de las circunstancias siempre que ese cambio fuera previsible para quien lo ocultó a la otra parte (por ejemplo, revalorización de un inmueble por un cambio que se estaba tramitando en el planeamiento).

Si no se dan los presupuestos la demanda de nulidad debe desestimarse; ¿puede entenderse que es contraria a la buena fe toda demanda de nulidad basada en la que se invoque el error y que sea desestimada? La redacción del precepto presupone que se ha producido la declaración requerida por el artículo 148 del Código y que la contraparte a la que se ha dirigido contesta de modo tal que no puede achacársele haber provocado el error («después de la contestación motivada de la otra parte»). Puesto que se propicia un acuerdo extrajudicial, es mucho más fácil que quien alega el error tenga muchos más datos antes de decidirse a presentar una demanda judicial. Sin embargo, no siempre habrá que entender que la demanda desestimada tiene detrás una reclamación contraria a la buena fe.

## ii') Error obstativo

El anteproyecto de Código Europeo de los Contratos prevé que se aplique al llamado error obstativo el mismo régimen previsto para el error vicio del consentimiento. En este sentido, establece el artículo 151.6 que las disposiciones contenidas en los apartados anteriores se aplican también cuando el error se produce al efectuar la declaración, o cuando ésta es transmitida de manera inexacta a la otra parte por la persona o la oficina encargadas de hacerlo.

En Derecho español, doctrina y jurisprudencia no mantienen una postura uniforme en relación con el error obstativo, que unas veces es sancionado con la anulabilidad, como vicio del consenti-

miento, y otras con la nulidad, como un supuesto de falta de consentimiento<sup>72</sup>.

Es posible que, en el plano de las ideas, pueda sostenerse que cuando el error se produce al efectuar la declaración, o cuando ésta es transmitida de manera inexacta falta el consentimiento, pero quizás sea más acertado contemplar el supuesto desde el punto de vista de las consecuencias. Si la sanción es la nulidad, en principio, no sólo la legitimación es más amplia para hacerla valer sino que, además, no existe un plazo de prescripción. Si la sanción es la anulabilidad, sea cual sea la postura que se sostenga acerca de la naturaleza del contrato anulable, se reduce el plazo de impugnación (art. 1.301 del Código Civil). Desde un punto de vista de técnica legislativa quizás no sea criticable que el legislador decida sancionar expresamente con la anulabilidad al contrato viciado con error obstativo, en particular cuando se haya creado una apariencia frente a la otra parte, que puede ignorar el error. En el anteproyecto de Código Europeo las cosas no se plantean en idénticos términos: si no existiera una regla expresa para el error obstativo ordenando la anulabilidad y se entendiera que, de acuerdo con las reglas generales, al no haber consentimiento, procede la nulidad y no la inexistencia [art. 140.1.c)] y, en consecuencia, al plazo de prescripción de diez años para la restitución (art. 141.2).

### iii) *Error común de los dos contratantes*

Cualquiera de las partes puede anular el contrato cuando ambas lo han celebrado bajo una presuposición común que resulta inexacta. A este supuesto se refiere el artículo 151.7. El error común debe recaer: *a)* sobre circunstancias determinantes, incluso cuando no han sido expresamente mencionadas, que en la convicción de las partes han motivado la celebración del contrato; *b)* o sobre la imposibilidad objetiva de ejecución del contrato; *c)* o la previsión errónea sobre producción de un hecho, incluso no expresamente declarado, pero que en la economía del contrato tiene una importancia determinante.

De la redacción del precepto resulta que las dos partes padecen el error y que ninguna de ellas está de mala fe. Es preciso que el error recaiga sobre un aspecto determinante, que afecte a un hecho, a una circunstancia aceptados por ambas partes como supuesto de efectividad del contrato. No se exige, en cambio, que se haya expresado la circunstancia que resulta errónea.

---

<sup>72</sup> Por todos, LACRUZ, J. L.: *Elementos*, II-1, 1999, p. 401.

En Derecho español, el error común sobre circunstancias no desarrolladas (presuposición o base del negocio) suele estudiarse en el marco de la causa, que no es objeto de regulación en el anteproyecto de Código Europeo. La doctrina admite que, cuando algunas circunstancias son condiciones del contrato que principalmente han dado motivo a las partes para celebrarlo, el fallo de las mismas da lugar a la anulación del contrato por aplicación del artículo 1.266 del Código Civil (vicios del consentimiento)<sup>73</sup>.

La imposibilidad objetiva de ejecución del contrato a que se refiere el anteproyecto de Código Europeo debe entenderse que se refiere a la frustración del contrato que no dependa de la culpa de ninguna de las partes, porque entonces daría lugar al incumplimiento del contrato.

Es seguro que el Código incluye el caso de que tal imposibilidad existiera ya en el momento en que las partes, que lo ignoraban (la cosa no existía en ese momento, o no se había concedido la licencia requerida para construir), contrataron. Pero siendo objetivamente imposible el cumplimiento del contrato desde el origen parece que, en realidad, lo que sucede es que falla uno de los presupuestos de la contratación válida y más de error que haga anulable el contrato debiera hablarse de nulidad.

¿Qué sucede cuando esta imposibilidad, sin culpa, es sobrevenida, frustrando el fin del contrato? Si originariamente era posible el cumplimiento del contrato y posteriormente se produce la imposibilidad, más que en el terreno de la validez del contrato estaremos en el del cumplimiento del contrato y de la responsabilidad contractual: a la imposibilidad sobrevenida sin culpa del deudor se refiere, en sede de ejecución del contrato, el artículo 97.2 del Código<sup>74</sup>.

---

<sup>73</sup> LACRUZ, J. L.: *Elementos*, II-1, 1999, p. 442.

<sup>74</sup> «Artículo 97. *Obligaciones que no pueden considerarse incumplidas*.

1. No hay incumplimiento, aunque el deudor cumpla con retraso la prestación debida o sólo haya sido cumplida parcialmente, en tanto se hayan producido previamente sucesos extraordinarios e imprevisibles que hayan convertido la prestación en demasiado onerosa y que, en consecuencia, otorguen al deudor –como lo prevé el artículo 157– el derecho de obtener una nueva negociación del contrato. El deudor debe no obstante, haber comunicado al acreedor su intención de recurrir a este derecho antes del vencimiento del plazo previsto para el cumplimiento o antes de que el acreedor le haya dirigido el requerimiento previsto por el artículo 96, letra a).

2. Tampoco hay incumplimiento de la obligación si después de la celebración del contrato la prestación resulta objetivamente imposible, por causas de las cuales el deudor no debe responder; pero si en el contrato aparece explícita o implícitamente que se incluye una garantía de cumplimiento, el deudor debe proceder a la indemnización del daño que el acreedor ha sufrido por haber contado con el cumplimiento del contrato» (traducción de V. Mayor del Hoyo, en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 44, 2002).

Para el Derecho español, Díez-PICAZO, L. *Fundamentos*, I, 1996, p. 205.

d) CONTRATO VICIADO POR INTIMIDACIÓN

i) *Intimidación*

«Es anulable el contrato celebrado bajo el efecto determinante de intimidaciones o amenazas graves, suficientes para impresionar a cualquier persona normal, dirigidas a una parte o a sus allegados por la otra parte o incluso por un tercero, pero en este último caso sólo si la parte que no las ha sufrido era consciente y se ha beneficiado de aquéllas» (art. 152.1).

La intimidación debe ser una amenaza «grave», es decir, una coacción moral capaz de impresionar de modo tal que determine la celebración del contrato. No dice el precepto que la amenaza sea de causar un daño, pero el temor o el miedo creado lógicamente debe ser el de sufrir un mal, en la integridad física o en otros bienes o intereses de la persona.

En Derecho español recibe el mismo tratamiento la violencia (empleo de fuerza irresistible para arrancar el consentimiento, art. 1.267 del Código Civil) que la intimidación: ambas dan lugar a la anulabilidad. En el anteproyecto de Código Europeo no se menciona expresamente la violencia, por lo que hay que pensar que se impone la consecuencia lógica de que no existe consentimiento y, por tanto, no hay acuerdo, que es uno de los elementos esenciales del contrato, y la consecuencia es la nulidad [art. 140.1.c)].

El Código exige que las intimidaciones o amenazas sean graves, suficientes para impresionar a cualquier persona normal: no se tiene en cuenta las circunstancias subjetivas de quien las padece: en nuestro Derecho se contempla expresamente, lo que parece razonable, las circunstancias personales de quien es objeto de la amenaza (art. 1.267 del Código Civil). La «persona normal» del anteproyecto de Código Europeo deberá ser también por referencia a un grupo de edad o circunstancias, como la formación, porque no existe un único modelo de «persona normal».

El anteproyecto de Código Europeo dice que las amenazas pueden ir dirigidas a una parte del contrato o sus allegados: es decir, que la intimidación puede consistir en la amenaza de que el daño se va a causar a los «allegados», expresión en la que pueden incluirse, además del cónyuge o parientes, los amigos (cfr. art. 1.267 del Código Civil).

Las amenazas pueden proceder de la otra parte o de un tercero, pero en este último caso sólo si la parte que no las ha sufrido era consciente y se ha beneficiado de aquéllas (cfr. art. 1.268 del Código Civil).



El artículo 152.1 declara que la anulabilidad por intimidación juega «con independencia de lo previsto en el apartado 3 del artículo 30». El artículo 30.3 se refiere al contrato en el que una de las partes obtiene ventajas desproporcionadas respecto de la prestación que realiza o promete abusando de la situación de peligro, necesidad, incapacidad para comprender y querer, inexperiencia o la dependencia económica o moral de la otra parte. Este contrato no es anulable sino rescindible (art. 30.3<sup>75</sup> en relación con el artículo 156 del Código Europeo de Contratos). La diferencia está en que la aplicación de la rescisión procede cuando no haya habido intimidación, es decir, amenaza de causar un mal. La principal diferencia entre el régimen de la anulabilidad y la rescisión en el anteproyecto de Código Europeo es la de que el contrato rescindible no es susceptible de confirmación (art. 156.6). Lo que sucede es que en los casos previstos en el artículo 30.3 parece que la voluntad no se ha formado de una manera libre, y no se ve la razón por la que no deban recibir el mismo tratamiento que los casos de vicios del consentimiento.

## ii) *La amenaza de ejercitar un derecho*

La jurisprudencia española ha tenido ocasión de resolver supuestos en los que se discute si es preciso que la amenaza de sufrir un daño sea antijurídica. Suele entenderse que el ejercicio de un derecho puede ser injusto, y susceptible de calificarse como intimidación, cuando se procura para forzar el consentimiento para otorgar un contrato con el fin ilegítimo de obtener beneficios que no son inherentes al derecho mismo<sup>76</sup>. En esta línea, el artículo 152.2 declara que la amenaza de ejercitar un derecho sólo puede ser causa de anulación del contrato cuando haya servido para obtener ventajas injustas.

## iii) *Temor reverencial*

El artículo 152.3 se ocupa del temor reverencial, que sólo puede ser causa de anulación del contrato cuando, a la vista de las

<sup>75</sup> «Artículo 30.3. 3. Es rescindible, en los términos previstos en el artículo 156, todo contrato en virtud del cual una de las partes, abusando de la situación de peligro o de necesidad, de la falta de capacidad de entender y querer, de la inexperiencia, de la subordinación económica o moral de la otra parte, obliga a ésta a prometer o a realizar una prestación, o bien a conceder otras ventajas patrimoniales manifiestamente desproporcionadas en relación con lo que a cambio recibe o se le promete, sea el beneficiario de la prestación él mismo o un tercero» (traducción de M. Salanova Villanueva, en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 44, 2002).

<sup>76</sup> LACRUZ, J. L.: *Elementos*, II-1, 1999, p. 378; Díez-PICAZO, L.: *Fundamentos*, I, 1996, p. 166.

circunstancias, la persona que lo ha provocado era consciente de la influencia determinante que podía producir en la otra parte, y además haya obtenido por ello ventajas injustas.

Esta solución es preferible a la que consagra el artículo 1.276.4 del Código Civil, que considera irrelevante el temor reverencial.

En el anteproyecto de Código Europeo, la anulabilidad por temor reverencial juega «salvo lo previsto en el artículo 156». Como ya he advertido, el artículo 156 se ocupa de la rescisión del contrato celebrado mediante el abuso de una de las partes de la situación de inferioridad o inexperiencia de la otra. Hay que entender que será rescindible el contrato cuando el temor no haya sido provocado por la otra parte pero haya motivado la celebración del contrato.

#### e) SUPUESTOS PREVISTOS EN LOS ARTÍCULOS 67 Y 68

Fuera del título XI, el Código recoge otros supuestos de nulidad. Así, el artículo 67 declara que el contrato celebrado por el representante es anulable cuando la voluntad del representante esté viciada. También si el vicio recae sobre elementos predeterminados por el representado si su voluntad está viciada. Parece que se trata de una adaptación de las reglas de vicios del consentimiento al contrato celebrado por representación. El artículo 68 establece que podrá anularse el contrato del representante consigo mismo (autocontrato).

### C. Las consecuencias de la anulación del contrato

Conforme al artículo 147.1, la anulación deja sin efecto el contrato retroactivamente desde su celebración, y las dos partes quedan obligadas a restituirse recíprocamente las prestaciones, conforme a lo dispuesto en el artículo 160. El contrato, por tanto, no despliega efectos y, los que se hayan realizado en cumplimiento del contrato nulo deben ser eliminados. De ahí la procedencia de la restitución recíproca de las prestaciones cumplidas. El Código regula la restitución en el artículo 160, en la sección 2 del título XI, como una consecuencia de la inexistencia, nulidad, anulabilidad, ineficacia, resolución o rescisión de un contrato. En la sección 1, «Anomalías», no incluye la regulación completa de la restitución, sino tan sólo algunas especialidades para la restitución que procede de la anulación.

#### **D. Las excepciones a la regla de la restitución en los casos de imposibilidad o excesiva onerosidad**

Literalmente, el artículo 147.2 establece que: «La disposición contenida en el apartado anterior no se aplica si la restitución resulta imposible o excesivamente onerosa para la parte que debe llevarla a cabo. En este caso, la anulación deja sin efectos al contrato desde el momento en que se ha llevado a cabo la declaración prevista en el artículo 148, y resulta de aplicación la regla contenida en el artículo 160, apartado 4». Aunque se refiere a todo el apartado 1, al afirmar expresamente que el contrato queda sin efectos desde que se produce la declaración para hacerla valer, hay que entender que, a pesar de que la restitución resulte imposible o excesivamente onerosa, sí podrá anularse el contrato, pero lo que sucederá es que esta anulación no tendrá efectos retroactivos, sino tan sólo para el futuro, es decir, para las prestaciones todavía no realizadas. Ahora bien, esta conclusión, a su vez debe ser matizada en el sentido de que, en realidad, no procede la restitución *in natura*, pero sí por su equivalente en dinero. La remisión al artículo 160 debería ser al apartado 3, conforme al cual, la restitución que no pueda hacerse en forma específica por ser imposible o excesivamente onerosa debe efectuarse mediante el pago de una suma de dinero. En efecto, el artículo 160.4, al que se remite el artículo 147.2 establece la posibilidad de optar a quien tiene derecho a la restitución por la restitución en forma específica o por equivalente, mediante el pago de una suma de dinero, salvo que la primera opción sea contraria a la buena fe.

#### **E. La indemnización de daños a cargo de quien provocó la causa de anulación**

Además, conforme al artículo 147.3 del anteproyecto de Código Europeo de Contratos, la anulación del contrato obliga a la parte que la haya provocado a reparar el perjuicio experimentado por la otra parte. El precepto se remite: 1) por lo que se refiere a los presupuestos de esta responsabilidad a lo previsto en sede de responsabilidad contractual, en particular, al artículo 162<sup>77</sup>; por lo

---

<sup>77</sup> «Artículo 162. *Requisitos de la responsabilidad contractual.*

1. En caso de incumplimiento, de cumplimiento inexacto o de mora, el deudor está obligado a reparar los daños que, razonablemente, deban considerarse consecuencia de ello. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 3 de este artículo, el deudor se libera de la responsabilidad si demuestra que el incumplimiento, el cumplimiento inexacto o la mora, no son atribuibles a su conducta, sino que se deben a una causa (extraña) imprevisible e irresistible.

que se refiere al contenido de esta responsabilidad a lo previsto en el artículo 6, apartado 4<sup>78</sup>, en sede de tratos preliminares dirigidos a la perfección del contrato.

En la doctrina española, y aunque no existe una norma que expresamente lo establezca, suele admitirse la responsabilidad por daños de quien haya provocado la anulabilidad como un supuesto de *culpa in contrahendo*<sup>79</sup>.

No se ve la razón por la que el anteproyecto de Código Europeo menciona sólo la indemnización de daños únicamente en el ámbito de la anulabilidad, puesto que sus presupuestos pueden concurrir igualmente en el ámbito de la nulidad.

---

2. El principio que figura en el apartado 1 se aplica a cualquier otro hecho o situación que se estime fuente de responsabilidad por daños conforme a las reglas del presente Código.

3. En los casos previstos en la primera parte del apartado tercero del artículo 75, el deudor se libera de la responsabilidad por daños si demuestra haber adoptado la diligencia apropiada en la situación concreta como se indica en la mencionada disposición, y aporta las pruebas exigidas en el artículo 94.3. Si el deudor de una prestación profesional ha actuado, para cumplirla—con el consentimiento informado de quien ha sufrido el perjuicio, o de sus parientes, o de quien se ha encargado de su representación o asistencia legal— en un ámbito en el que la experimentación científica no ha alcanzado todavía resultados consolidados, sólo responde por culpa grave.

4. A menos que el deudor haya actuado por dolo o culpa, debe responder del daño que —en atención al texto del contrato, a las circunstancias, a la buena fe y a los usos— debe razonablemente considerarse asumido implícitamente por él —en cuanto persona normalmente informada— en el momento de celebración del contrato.

5. Salvo pacto en otro sentido, el deudor es responsable conforme al apartado 1 de este artículo incluso si ha recurrido, para el cumplimiento del contrato, a auxiliares o a terceros, dejando a salvo el derecho de repetir, si procede, contra estos últimos.

6. Salvo pacto en contra, en caso de incumplimiento, de cumplimiento inexacto o de mora relativos a un contrato que implique a una pluralidad de deudores, se aplica para la reparación del daño consiguiente lo previsto en el artículo 88.

7. Debe probarse la existencia del daño, y verificarse su alcance, o bien debe ser cuantificable como prevé el artículo 168.1» (traducción de M.<sup>a</sup> T. Alonso Pérez, en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 44, 2002).

<sup>78</sup> «Artículo 6. *Deber de protección*.

1. Cada parte es libre de iniciar tratos preliminares con el fin de celebrar un contrato, sin que se le pueda imputar ninguna responsabilidad en el caso de que aquél no se perfeccione, salvo si su comportamiento es contrario a la buena fe.

2. Actúa contra la buena fe la parte que inicia o prosigue tratos preliminares sin intención de llegar a la celebración del contrato.

3. Si en el transcurso de los tratos preliminares las partes han examinado ya los elementos esenciales del contrato, cuyo eventual perfeccionamiento se prevé, la parte que ha suscitado en la otra una confianza razonable en cuanto a la celebración del mismo, actúa contra la buena fe desde que interrumpe los tratos preliminares sin motivo justificado.

4. En los casos previstos en los párrafos anteriores, la parte que ha actuado contra la buena fe está obligada a reparar el daño sufrido por la otra hasta el máximo de los gastos comprometidos por esta última en el curso de los tratos preliminares con vistas a la celebración del contrato, así como por la pérdida de ocasiones similares causada por los tratos pendientes» (traducción de G. García Cantero, en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 44, 2002).

<sup>79</sup> Díez PICAZO, L.: *Fundamentos*, p. 468; LACRUZ, J. L.: *Elementos*, II-1, 1999, p. 571.

## F. Legitimación para hacer valer la anulabilidad

### a) *La anulabilidad es una nulidad relativa*

La anulabilidad es, en Derecho español, una nulidad relativa, en el sentido de que sólo puede hacerla valer una parte del contrato: aquella a la que se trata de proteger con la norma que prevé la anulabilidad (art. 1.302 del Código Civil).

El mismo criterio recoge el anteproyecto de Código Europeo de Contratos. Conforme al artículo 146.1 del mismo, la anulabilidad «sólo puede ser invocada por la parte a la que la ley concede tal facultad». El análisis de los casos concretos previstos en el anteproyecto de Código Europeo muestra cómo, en los casos de incapacidad, son el incapaz o su representante legal quienes están legitimados para hacer valer la anulabilidad (art. 150); en el caso de vicios del consentimiento, quien lo ha padecido (arts. 151, 152); en el caso de vicio del representante, por éste o por el representado (art. 67); en el caso de autocontratación, por el representado (art. 68). De manera coherente, el artículo 148, al referirse a la previa declaración extrajudicial que debe dirigirse a la otra parte se refiere a «la parte legitimada –o su representante legal si es incapaz–».

### b) *La interpelación al legitimado para que declare si pretende solicitar la anulación*

El artículo 148.4 introduce una regla novedosa respecto del Derecho español, al prever que la parte no legitimada para impugnar o cualquier interesado puede interpelar al sujeto legitimado –o a su representante legal si se trata de un incapaz– para que declare, en un plazo no inferior a sesenta días, si pretende o no solicitar la anulación. Se entiende a todos los efectos que el sujeto legitimado o su representante legal renuncia a esta facultad si transcurre el plazo sin contestar al requerimiento. Al igual que sucede con las demás declaraciones a que se refiere esta sección, son aplicables a este requerimiento las disposiciones contenidas en los artículos 21 y 36, apartado 2.

Con esta previsión se trata sin duda de eliminar la incertidumbre acerca de si, finalmente, el contrato será anulado o no. No existe en Derecho español una regla semejante, si bien me parece que no se opondría a la posibilidad de realizar un requerimiento semejante con el efecto de que, en su caso, y según las circunstancias, se

entendiera producida una confirmación tácita, en los términos del artículo 1.311 del Código Civil.

### **G. Privación de la legitimación a quien no puede restituir**

El artículo 148.3 del anteproyecto de Código Europeo de Contratos establece que «no puede proceder a la anulación la parte que no pueda llevar a cabo la restitución tal y como está prevista en los apartados 1 y 2 del artículo 147, salvo lo establecido en el artículo 150, apartado 4 a favor de los incapaces». Pero sí es posible la anulación cuando la restitución resulta imposible o excesivamente onerosa, conforme a lo previsto en el artículo 147.2, que remite a lo dispuesto en el artículo 160 del Código, en el que se prevé la transformación de la obligación de restituir la cosa en la obligación de pagar una suma de dinero equivalente. Debe entenderse, por ello, que el supuesto al que se refiere el artículo 148.3 incluye la imposibilidad tanto de restituir la cosa como de abonar una suma de dinero. Esto último sólo tiene sentido en los casos de insolvencia, puesto que la obligación de pagar una suma de dinero es de género ilimitado, y nunca resultará objetivamente imposible.

El precepto presupone que el contrato se ha cumplido y que el sujeto legitimado para hacer valer la anulación ni puede restituir la cosa ni tampoco pagar una suma de dinero equivalente. En tal caso, conforme a la regla estudiada, no podrá prosperar su acción de anulación. Si el contrato no estuviera cumplido, por hipótesis, no sería preciso plantearse la posibilidad o imposibilidad de la restitución.

En cualquier caso, la regla tiene una excepción a la que expresamente se refiere el artículo 148.3: el caso de que se trate de incapaces que, conforme al artículo 150.4, sólo deben restituir en cuanto hayan obtenido un beneficio efectivo. Es decir, que pueden ejercer con éxito la acción de anulación aunque no puedan llevar a cabo la restitución si se entiende que no han obtenido un beneficio efectivo.

### **H. Cómo se hace valer la anulabilidad**

- a) *No es necesario el ejercicio de la acción. El acuerdo extrajudicial*

La doctrina española discute acerca de si es preciso el ejercicio judicial de la acción de anulabilidad para que los efectos de ésta

tengan lugar. La doctrina del carácter constitutivo de la acción tiene como fundamento el prejuicio del carácter válido del contrato anulable mientras una sentencia no lo constituya en inválido, y suele explicarse mediante la doctrina del derecho potestativo de impugnación<sup>80</sup>. Parece preferible, sin embargo, entender que el ejercicio judicial de la impugnación no es indispensable, que las partes pueden solucionar privadamente la situación, así como someter la cuestión a árbitros o transigir sobre ella. Esto es así, como explica Delgado Echeverría porque, siguiendo el principio general, sólo es necesario acudir a los Tribunales cuando el ejercicio de un derecho sea negado o impedido por otro sujeto. Como explica este autor, únicamente ante la resistencia de la otra parte, quien pretenda ejercitar algún derecho basado en la anulación –señaladamente, la repetición de lo prestado– habrá de acudir a los Tribunales para que éstos lo declaren e impongan su satisfacción; y, de igual modo, aquel a quien se exija judicialmente algo con base en el contrato anulable, habrá de deducir la oportuna excepción. La sentencia lo que hará entonces es constatar frente a todos que el contrato celebrado era inválido<sup>81</sup>.

El anteproyecto de Código Europeo de Contratos no sólo reconoce el ejercicio extrajudicial de la anulabilidad sino que, además, trata de propiciar los acuerdos extrajudiciales.

#### b) *La acción de anulación*

La acción de anulación debe ir precedida de una declaración de la parte legitimada, o su representante legal si es incapaz, con el fin de lograr un acuerdo extrajudicial. A esa declaración, al igual que sucede con la declaración prevista en caso de nulidad, le son aplicables las disposiciones contenidas en los artículos 21 y 36, apartado 2 (art. 148.1).

Conforme al artículo 148.2, «con el fin de que las partes puedan alcanzar un acuerdo extrajudicial, no se admitirá ninguna demanda hasta que no transcurran seis (o tres) meses desde la recepción de la citada declaración. Para los casos urgentes, queda a salvo la facultad de solicitar del Juez la adopción de las medidas previstas en el artículo 172».

---

<sup>80</sup> Díez Pícazo, L.: *Fundamentos*, p. 487; De Pablo Contreras, P. «Ineficacia e invalidez de los contratos», en *Curso de Derecho Civil II* (Martínez de Aguirre coordinador), Colex, Madrid, 2000, p. 450.

<sup>81</sup> Delgado Echeverría, J.: *Artículo 1.301*, p. 330.

c) *La anulación como excepción*

La doctrina civilista española está dividida acerca de si la anulabilidad puede oponerse como excepción<sup>82</sup> o si, por el contrario, es preciso formular reconvencción<sup>83</sup>. La razón de estas distintas opiniones se conecta a la distinta naturaleza, declarativa o constitutiva con que se califican la acción y la sentencia de anulabilidad. Así, para quienes la acción es constitutiva, no existe nulidad sin sentencia que lo declare y, en consecuencia, es preciso ejercitar una acción para solicitar la declaración de anulabilidad (en su caso, reconvencción) sin que baste al legitimado para hacer valer la anulabilidad alegarla como simple excepción para defenderse frente a una demanda de cumplimiento del contrato formulada por quien no puede impugnar el contrato. Pero lo cierto es que la mayoría de la doctrina, aun entendiendo que la acción de anulabilidad es constitutiva no termina de ser coherente con las consecuencias a que llevaría tal afirmación (la de que no cabe alegarla como excepción) y, por el contrario, basándose en argumentos de equidad defiende que la anulabilidad puede alegarse como excepción para evitar una condena injusta<sup>84</sup>.

Básicamente, este es el planteamiento del artículo 148.5 del anteproyecto de Código Europeo cuando, tras establecer que la anulación del contrato queda sometida al plazo de prescripción de tres años, añade que la declaración de anulación «puede ser emitida y opuesta como excepción por el sujeto al que se le demanda solicitando el cumplimiento del contrato, incluso después del citado plazo de tres años». De esta forma, en el Código, la excepción de anulabilidad para oponerse a una demanda de cumplimiento no prescribe<sup>85</sup>.

<sup>82</sup> En este sentido, DELGADO ECHEVERRÍA, J.: *Artículo 1.301*, p. 327.

<sup>83</sup> En este sentido, DE PABLO CONTRERAS, P.: *Ineficacia e invalidez*, p. 453.

<sup>84</sup> Por todos, Díez-PICAZO, L.: *Fundamentos*, I, 1996, p. 488, que habla de excepción «en sentido sustantivo o material».

<sup>85</sup> Para el Derecho español, el artículo 408 de la Ley de Enjuiciamiento Civil obliga a plantear el problema en nuevos términos: literalmente, establece que, alegada la nulidad absoluta como simple excepción, puede dársele el mismo tratamiento que si se hubiera formulado reconvencción. La doctrina procesalista (DE LA OLIVA SANTOS, A., «Comentario al artículo 222», en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Civitas, 2001, p. 411; Díez-PICAZO JIMÉNEZ, I., «Comentario al artículo 408», en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Civitas, 2001, p. 686) ha advertido, con razón, que aunque el artículo sólo se refiere a la nulidad absoluta lo mismo sucederá cuando la causa que se alegue sea de anulabilidad, y ello por dos razones fundamentalmente: porque en muchos casos sólo tras la sentencia quedará claro si se trataba de nulidad o de anulabilidad y porque, además, la propia ley establece que en ningún caso se considerará formulada reconvencción cuando el demandado finalice su escrito solicitando su absolución (art. 406.3: aunque se alegue anulabilidad para negarse a cumplir).



## I. Plazo de ejercicio de la acción de anulabilidad

El artículo 148.5 del anteproyecto de Código Europeo de Contratos establece que la anulación del contrato queda sometida al plazo de prescripción de tres años. Este plazo empieza a correr a partir del día en que cese la incapacidad o la violencia, o bien a partir del día en el que se descubrió el error y, en los demás casos, desde el día de la celebración del contrato.

### a) *El plazo es de prescripción*

El anteproyecto de Código Europeo califica como de prescripción al plazo fijado para la acción de nulidad. En el artículo 1.301 del Código Civil se establece un plazo de cuatro años para el ejercicio de la acción de nulidad, que la doctrina y jurisprudencia entienden referida, de manera unánime, a los casos de anulabilidad previstos en el propio artículo<sup>86</sup>. Se discute, en cambio, si el plazo es de caducidad<sup>87</sup> o de prescripción. Frente a la opinión doctrinal mayoritaria, el Tribunal Supremo califica al plazo como de prescripción, y ha sacado importantes consecuencias de esta declaración<sup>88</sup>.

En el anteproyecto de Código Europeo expresamente se califica al plazo como de prescripción. Si el plazo es de prescripción, ello significa que es susceptible de interrupción, conforme al artículo 134 del Código. Pero, al igual que decíamos al hablar de la regulación de esta materia en la nulidad, no parece que esa interrupción pueda producirse por la declaración extrajudicial a que se refiere el artículo 148.1, porque es una exigencia del anteproyecto de Código Europeo para que se admita a trámite la demanda.

### b) *¿Qué prescribe?*

En el Derecho español, la doctrina está dividida asimismo acerca de si el plazo es aplicable a la acción de nulidad o a la acción de restitución. De Castro<sup>89</sup> y Delgado<sup>90</sup> han defendido, de manera muy convincente, que el plazo de cuatro años previsto en el artículo 1.301 se refiere al derecho a pedir la restitución de lo entregado por

<sup>86</sup> Por todos, DELGADO ECHEVERRÍA, J.: *Artículo 1.301*, p. 332.

<sup>87</sup> Por todos, DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos*, I, 1996, p. 491.

<sup>88</sup> DELGADO ECHEVERRÍA, J.: *Artículo 1.301*, p. 337.

<sup>89</sup> DE CASTRO, F.: *El negocio jurídico*, pp. 499, 505 y 511.

<sup>90</sup> DELGADO ECHEVERRÍA, J.: *Artículo 1.301*, p. 336.

el contrato nulo: la posibilidad de pedir que se declare la invalidez del contrato no está sujeta a prescripción ni a caducidad precisamente por ser una acción meramente declarativa. A esta tesis de la doble acción se ha objetado que no se ve la utilidad que se obtendría de admitir una anulación pura y simple sin que el demandante pida la restitución<sup>91</sup>. Lo cierto es, sin embargo, que la distinción entre acción declarativa y restitutoria tiene sentido, por ejemplo, cuando a quien padece el vicio de consentimiento o la falta de capacidad se le exige el cumplimiento del contrato transcurrido el plazo previsto para el ejercicio de la acción: si se entiende que no ha prescrito la posibilidad de solicitar la declaración de la nulidad siempre podrá oponerse a esa acción de cumplimiento haciendo valer la invalidez del contrato.

Desde este punto de vista, el artículo 148.5 del anteproyecto de Código Europeo de Contratos, tras fijar en tres años el plazo para la anulación del contrato, añade que «la declaración de anulación a que se refiere el apartado 1 del presente artículo puede ser emitida y opuesta como excepción por el sujeto al que se le demanda solicitando el cumplimiento del contrato, incluso después del citado plazo de tres años». Es decir, que la parte legitimada para hacer valer la nulidad puede formular la declaración de nulidad en cualquier plazo para oponerla como excepción y negarse al cumplimiento del contrato.

### c) *Dies a quo*

El plazo de prescripción «empieza a correr a partir del día en que cese la incapacidad o la violencia, o bien a partir del día en que se descubrió el error y, en los demás casos, desde el día de la celebración del contrato» (art. 148.5 del anteproyecto de Código Europeo).

En nuestro Derecho, la misma regla resulta para la incapacidad y la intimidación (art. 1.301 del Código Civil).

Para el error, el artículo 1.301 del Código Civil atiende a la consumación del contrato, y no al momento de descubrimiento del error, lo que protege más a la parte que lo ha padecido.

Los casos en los que el plazo empieza a correr el día de la celebración del contrato son los de vicio de la voluntad del representante o del representado y el autocontrato (arts. 67 y 68 del Código).

---

<sup>91</sup> DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos*, I, 1996, p. 489. Le sigue (con cita de anteriores ediciones) LÓPEZ-BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La nulidad contractual. Consecuencias*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p. 53.

## J. Conservación del contrato

Para un supuesto especial, el artículo 149.1 del anteproyecto de Código Europeo de Contratos establece una regla de «conservación» del contrato anulable: «La anulación no tiene lugar si, en el plazo indicado en la declaración de la parte de quien proceda (o en un plazo razonable, si no se ha señalado uno), *la otra parte se compromete* a proceder al cumplimiento del contrato conforme al contenido y a las modalidades con las que la primera había creído celebrar el contrato, o a efectuar las prestaciones acordadas por las partes dirigidas a asegurar un resultado substancialmente análogo, o aceptable para la parte interesada».

Es evidente que este precepto tiene sentido únicamente en los casos en que se ha producido un error. Así debe entenderse la referencia «al contenido y a las modalidades con las que la primera había creído celebrar el contrato».

La declaración a que se refiere el artículo 149 es la prevista en el artículo 148.1, es decir, la que la parte legitimada para anular el contrato debe dirigir a la otra parte con el fin de alcanzar, si es posible, un acuerdo extrajudicial. De esta forma, quien ha padecido el error pone este hecho en conocimiento de la otra parte, y ésta puede así, si quiere, comprometerse «a proceder al cumplimiento del contrato conforme al contenido y a las modalidades con las que la primera había creído celebrar el contrato, o a efectuar las prestaciones acordadas por las partes dirigidas a asegurar un resultado substancialmente análogo, o aceptable para la parte interesada».

No existe una regla semejante en el Derecho español, aunque no cabe duda de que al amparo de la autonomía de la voluntad las partes pueden llegar a un nuevo acuerdo que sustituya al anterior y al que queden vinculadas las dos<sup>92</sup>. El nuevo acuerdo, para la parte que estaba legitimada para impugnar el contrato debe valorarse como una renuncia a la acción o una confirmación tácita (art. 1.311 del Código Civil).

## K. La confirmación del contrato

A diferencia de lo que sucede con la llamada confirmación del artículo 143 para los contratos nulos, que debe ser realizada por

<sup>92</sup> La doctrina suele admitir la novación de las obligaciones anulables: por todos, SANCHO REBULLIDA, F., «Comentario al artículo 1.208», en *Comentario del Código Civil II*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1990, p. 310. También, GUTIÉRREZ SANTIAGO, P., «Comentario al artículo 1.208», en *Comentarios al Código Civil* (R. Bercovitz coordinador), Aranzadi, 2001, p. 1435.

ambas partes contractuales, el artículo 149.2 del anteproyecto de Código Europeo de Contratos se refiere a la confirmación del contrato anulable, que sólo puede ser efectuada por la parte legitimada para ejercer la acción de nulidad (o por su representante legal si es incapaz). Esta confirmación es semejante a la que regula el Código Civil español para los contratos anulables, siendo precisamente ésta una de las diferencias fundamentales entre el contrato nulo y el anulable. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que entre los casos de anulabilidad en el anteproyecto de Código Europeo se menciona el autocontrato (art. 68), figura para la que en Derecho español suele defenderse tanto la anulabilidad como la ratificación del artículo 1.259 del Código Civil.

En el anteproyecto de Código Europeo de Contratos, la confirmación del contrato anulable se lleva a cabo mediante una declaración de renuncia a la anulación o mediante el cumplimiento voluntario del contrato. La declaración de renuncia a la anulación debe hacerse «observando la disposición contenida en el apartado 2 del artículo 36», es decir, conforme a la forma especial prevista para la prueba del contrato (forma escrita si el contrato tiene un valor superior a 5.000 euros y, para la oponibilidad a terceros, que la fecha de los documentos se pueda tener por cierta). Se trata, por tanto, de un negocio unilateral y formal, probablemente no recepticio, que completa o integra el contrato anulable al que se refiere<sup>93</sup>.

El criterio del anteproyecto de Código Europeo de Contratos en materia de confirmación del contrato anulable es muy restrictiva si se compara con el Derecho español, que admite la confirmación expresa y la tácita, y ésta a través de actos concluyentes (incluyendo el caso más claro, de cumplimiento del contrato, pero también otros muchos, como la recepción o exigencia de la prestación de la otra parte, petición de plazo para pagar, constitución de garantías, realización de actos que impliquen imposibilidad de restablecer el *statu quo ante...*<sup>94</sup>). En el anteproyecto de Código Europeo se exige una confirmación expresa (no parece necesario, en cambio que haya que utilizar la expresión «renuncia» de la anulabilidad, siempre que se utilice la forma requerida por el Código y sea inequívoca la voluntad de confirmar el contrato) o el cumplimiento del contrato. Si no se produce uno de los dos actos a los que se refiere el anteproyecto de Código Europeo (renuncia o cumplimiento), la parte legitimada siempre tendrá abierta la vía de hacer valer la anulabilidad, aun cuando haya observado alguna conducta

---

<sup>93</sup> Para el Derecho español, para las distintas teorías sobre la confirmación expresa, CLAVERÍA L. H., *La confirmación del contrato anulable*, Bolonia, 1977, pp. 271 ss.

<sup>94</sup> Una enumeración en CLAVERÍA, L. H.: *La confirmación*, pp. 233 ss.

objetivamente contradictoria con el posterior ejercicio de la acción de anulabilidad. Cabe pensar que se ha tratado de dar seguridad y certeza evitando la posibilidad de que se produzcan situaciones ambiguas susceptibles de ser interpretadas de manera diferente acerca de la voluntad de confirmar o no el contrato. Parece poco razonable, sin embargo, que se excluya todo posible juego de la interpretación de la voluntad de las partes, porque en ocasiones pueden verse defraudadas de manera injustificada las expectativas y la confianza generada en la otra parte acerca del contrato (por ejemplo, si se le exige el cumplimiento a la otra parte y después se impugna). Quizás estos resultados contrarios a la buena fe puedan evitarse generalizando lo previsto en el artículo 151.5 (ejercicio de la acción de anulabilidad contrario a la buena fe), que literalmente sólo se refiere al contrato anulable por error.

Por lo que se refiere a los presupuestos de la confirmación, el artículo 149.2 del anteproyecto de Código Europeo de Contratos establece que «la confirmación supone que tal contratante –o, si es incapaz, su representante legal– está en condiciones de celebrar un contrato válido y es además plenamente consciente del motivo de la anulabilidad». De manera análoga, en Derecho español, el artículo 1.311 del Código Civil exige, para la confirmación tácita, el conocimiento de la causa de anulabilidad y previa cesación de ésta, pero la doctrina generaliza la exigencia de este requisito también para la confirmación expresa<sup>95</sup>. Parece lógico en cualquier caso que se tenga conocimiento de la causa de nulidad en el sentido de que sabe que es impugnabile, aunque desconozca exactamente el tipo de ineficacia de que se trate. La confirmación estaría viciada, al igual que el contrato, si quien confirma «no está en condiciones de celebrar un contrato válido» o «no es plenamente consciente del motivo de la anulabilidad».

## L. La anulabilidad parcial

En Derecho español carece de una regulación general de la nulidad parcial. La jurisprudencia admite su existencia y la doctrina ha puesto de relieve que no es una modalidad de invalidez distinta de la nulidad o de la anulabilidad, sino que la limitación de la ineficacia a una cláusula o parte del contrato es compatible tanto con la nulidad como con la anulabilidad, puesto que la parte inválida puede ser nula o anulable<sup>96</sup>.

<sup>95</sup> CLAVERÍA, L. H.: *La confirmación*, pp. 159 ss.

<sup>96</sup> DELGADO, J.: *Artículo 1.303*, p. 405.

El anteproyecto de Código Europeo de Contratos, en su artículo 146.3 expresamente recoge este planteamiento, al disponer que el régimen de la anulabilidad es aplicable cuando la causa de anulabilidad afecte a una sola cláusula del contrato o a la obligación de una de las partes de un contrato plurilateral, «siempre que una u otra gocen de una consistencia y validez jurídicas autónomas en relación con el contrato en su conjunto». En caso contrario, si la parte del contrato anulable no goza de esta autonomía habrá que entender, continúa el precepto, que no es posible la nulidad sólo de la cláusula o de la obligación, sino que la nulidad se propagaría a todo el contrato.

#### **IV. LA INEFICACIA CONTRACTUAL**

##### **1. CONSIDERACIÓN GENERAL: CONCEPTO, CLASES Y MODO DE OPERAR**

###### **A. Concepto**

Como un tipo de anomalía contractual, el artículo 153 del anteproyecto de Código Europeo se ocupa de la «ineficacia», que refiere a «un contrato válidamente celebrado» y que consiste en que el contrato «no produce temporal o definitivamente los efectos jurídicos que pretendía alcanzar». En el anteproyecto de Código Europeo se separan las categorías de nulidad y anulabilidad de la de ineficacia, prevista sólo para los contratos válidos. Pero esta distinción, tal como se concibe en el Código, puede dar lugar a cierta confusión, puesto que «la nulidad determina la ausencia desde el origen de cualquier efecto» (art. 141) y la anulación «deja sin efectos al contrato retroactivamente» (art. 147). Es decir, nulidad y anulabilidad determinan la falta de efectos desde el origen o retroactivamente desde su celebración si se declara la nulidad, porque se parte del presupuesto de que tanto el contrato nulo como el anulable son inválidos. Para el contrato «ineficaz» se parte, en cambio, de su validez inicial, si bien «por voluntad de las partes o por disposición legal» el contrato no produce los efectos jurídicos que pretendía alcanzar.

## B. Clases

a) INEFICACIA «POR VOLUNTAD DE LAS PARTES O POR DISPOSICIÓN LEGAL».

i) *Ineficaz por voluntad de las partes*

El artículo 153.2 considera ineficaz por voluntad de las partes: «a) el contrato simulado conforme al artículo 155 salvo lo aquí dispuesto; b) el contrato sometido a condición suspensiva o resolutoria, o a término inicial o final, conforme a los artículos 49 y siguientes; c) el contrato para cuya eficacia las partes hayan acordado como necesaria la autorización de un organismo público, la aprobación o la cooperación de un tercero o una condición previa semejante, hasta que se produzcan».

Se incluyen tres supuestos que, en nuestro ordenamiento, no reciben el mismo tratamiento. En Derecho español el contrato simulado, al que me refiero específicamente más adelante, es nulo. En cambio, la aposición de una condición o de un término en el contrato, al igual que en el anteproyecto de Código Europeo, en nuestro Derecho también está relacionado con la producción de efectos. El artículo 153.2 del anteproyecto de Código Europeo se remite a lo dispuesto en los artículos 49 ss. título VI (*Efectos del contrato*), sección 2. (*Efectos producidos por elementos accidentales*)<sup>97</sup>. Finalmente, por lo que se refiere al contrato que se haga depender por las partes de una autorización de un organismo público, de la aprobación o la cooperación de un tercero o una condición previa semejante, en Derecho español recibe el mismo tratamiento que el contrato bajo condición, porque condición puede ser cualquier acontecimiento incierto, incluida la voluntad de un tercero (art. 1.115 del Código Civil). Repárese en que el precepto del anteproyecto de Código Europeo se refiere al caso de que sean las partes las que acuerdan que la eficacia del contrato no tenga lugar hasta que se produzca, en su caso, la autorización de un organismo público. Los supuestos en que sea la ley la que exija esa autorización serán de nulidad [art. 140.4 *i.f*] o de ineficacia por disposición legal, y a ellos se refiere el artículo 153.4.*b*) del anteproyecto de Código Europeo.

Para el contrato ineficaz por voluntad de las partes dispone el artículo 153.3 que adquiere eficacia inmediata «si las partes de

<sup>97</sup> *Vid.* la traducción de S. Gaspar Lera en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 44. 2002.

mutuo acuerdo revocan el acuerdo de simulación, o suprimen la condición, o el plazo, o las condiciones previas contenidas en la letra c) del apartado anterior». Es lógico que así sea, puesto que esa falta de eficacia era también una consecuencia de la voluntad de las partes, que tienen en su mano la facultad de otorgar en cualquier momento, y de mutuo acuerdo, plena eficacia al contrato celebrado. No aclara el artículo si la eficacia será retroactiva o sólo a partir del momento del nuevo acuerdo: la expresión literal del precepto mueve a pensar que la eficacia se produce para el futuro, pero nada impide que las partes acuerden una eficacia retroactiva al momento de celebración del contrato (como expresamente prevé el artículo 49 del anteproyecto de Código Europeo para los contratos bajo condición suspensiva).

ii) *Ineficacia por disposición legal*

La enumeración de los supuestos de ineficacia por disposición legal va precedida de la salvedad de que resulte otra cosa conforme a lo previsto en los apartados 1, 4 y 6 del artículo 140. Puesto que esos apartados se refieren a nulidad del contrato, debe entenderse que la ineficacia por disposición legal en los supuestos que se mencionan a continuación lo será salvo que, al mismo tiempo, se esté en los supuestos del artículo 140, que declara la nulidad del contrato y, entonces, tiene preferencia el régimen de la nulidad. En particular, esto puede suceder, por ejemplo, cuando el contrato contraría una norma o carece de una necesaria autorización administrativa exigida por determinada norma. La nulidad o la ineficacia resultará de lo dispuesto en cada caso en la norma en cuestión.

En particular, son ineficaces por disposición legal:

– «a) El contrato celebrado o la declaración emitida de buena fe sin la conciencia de realizar un acto con efectos jurídicos»: en Derecho español, la doctrina suele considerar que, en tales casos, lo que sucede es que tales declaraciones se consideran intrascendentes (en broma, por jactancia, como ejemplo didáctico o en una representación teatral), que no hay voluntad contractual ni, por tanto, verdadera declaración contractual<sup>98</sup>.

Puesto que el artículo 140.1.c) del anteproyecto de Código Europeo sanciona con nulidad la falta de un elemento esencial del contrato, cabría entender que este es el caso de las declaraciones no serias, *iocandi causa*, o sin la conciencia de realizar un acto con efectos jurídicos (quien levanta la mano para rascarse durante la

<sup>98</sup> Por todos, LACRUZ, J. L.: *Elementos* II-1, 1999, p. 402.



celebración de una subasta, o creyendo que aceptaba algo distinto a la oferta de contrato –ir a cenar, de lo que también habían hablado–). Hechas las declaraciones o el contrato de buena fe, son ineficaces. En los demás casos, nulos [art. 140.1.c)]. Dada la dificultad para distinguir uno y otro ámbito de ineficacia y nulidad, el Código parece inclinarse porque prevalezca la nulidad, lo que parece preferible para los intereses de quien, a su vez de buena fe, y con base en la apariencia generada, crea que el contrato se ha celebrado.

– «b) El contrato para el caso de que la ley prevea como presupuesto de eficacia, y no bajo sanción de nulidad, la emisión de la autorización de un órgano público o la aprobación de un particular u otro requisito semejante, hasta el momento en que tales presupuestos tengan lugar»; si la falta de eficacia es prevista por las partes y no por la ley será de aplicación lo previsto en el artículo 153.3 (las partes pueden prescindir, por su sola voluntad, de la necesidad de la autorización, para que el contrato despliegue todos sus efectos); prevista por la ley la necesidad de una autorización, la sanción puede ser, conforme a la propia ley, la nulidad, y no la ineficacia, y entonces será de aplicación el régimen de nulidad del artículo 140 del anteproyecto de Código Europeo. No hay que descartar, me parece, que la falta de otorgamiento de una autorización pueda jugar en el plano de la validez del contrato (si afecta, por ejemplo, al consentimiento de una de las partes: error, art. 151 del anteproyecto de Código Europeo).

En Derecho español hay algunas leyes en las que expresamente se establece la consecuencia que, para las partes de un contrato, tiene la falta de una preceptiva autorización administrativa (así, la nulidad, para las convenciones prohibidas por el artículo 1 de la Ley de 17 de julio de 1989, de defensa de la competencia, o la posibilidad de que una de las partes inste la resolución del contrato, artículo 19 de la Ley de arrendamientos rústicos de 1980). Pero son mayoría las normas en las que, previstas las medidas punitivas que puede adoptar la Administración, no se contempla, en cambio, la relevancia civil de las autorizaciones administrativas requeridas para la celebración o la ejecución de un contrato. El enfoque tradicional de la jurisprudencia es el de declarar la irrelevancia civil de tal exigencia y la doctrina discute acerca de la posibilidad de formular una cláusula condicional suspensiva hasta verificar que se ha obtenido la autorización<sup>99</sup>

– «c) El contrato en caso de que este Código, o leyes comunitarias o leyes de los Estados miembros de la Unión Europea,

<sup>99</sup> VÁZQUEZ DE CASTRO, E.: *Ilicitud contractual*, pp. 242 ss.

declaren que queda sin efecto, o que no produce efecto o cualquier otra expresión con un significado semejante»: es decir, cualquier otro supuesto de ineficacia prevista en una ley distinta del anteproyecto de Código Europeo.

#### **b) INEFICACIA TEMPORAL O DEFINITIVA**

La ineficacia puede ser temporal o definitiva (art. 153.1): será temporal, por ejemplo, si en el contrato bajo condición suspensiva se cumple la condición, o si se otorga la autorización administrativa requerida en la ley; definitiva si no llega a cumplirse la condición o se deniega la autorización administrativa exigida.

Si el contrato resulta definitivamente ineficaz en virtud de las letras *b)* y *c)* del apartado 4 de este artículo «es susceptible de confirmación, de ineficacia parcial y de conversión, en los términos previstos respectivamente en los artículos 143, 144 y 145». De esta forma, el Código extiende el tratamiento propio de los contratos nulos a los contratos definitivamente ineficaces por disposición legal como consecuencia de la falta de autorización administrativa o por contravención de ley. Parece lógico que así sea porque, ineficaz definitivamente el contrato, su situación es la misma que la del contrato nulo.

#### **C. Modo de operar**

Conforme al artículo 153.6, «la ineficacia se produce por el mero hecho de que concurran sus presupuestos»: es decir, opera de modo automático, sin que sea precisa ninguna declaración ni judicial ni extrajudicial. Tampoco se prevé la necesidad de una declaración extrajudicial, ni la imposición del intento previo de un acuerdo extrajudicial ni un plazo de prescripción.

Pero esta regla juega plenamente sólo en los casos de ineficacia por voluntad de las partes e ineficacia por disposición legal derivada de la falta de autorización de un órgano público o aprobación de un particular. Así resulta de lo dispuesto en el propio artículo 153.6 que, añade que, en los casos a que se refieren las letras *a)* y *c)* del apartado 4 de este artículo (es decir, supuestos de ineficacia por disposición legal siempre que la causa de ineficacia no sea la emisión de autorización de un órgano público, aprobación de un particular u otro requisito semejante), cualquier interesado que quiera hacer valer la ineficacia debe dirigir una declaración que contenga las indicaciones necesarias y vaya dirigida a quien deba conocerlo,

antes de que transcurra el plazo de prescripción de tres años; igualmente puede, antes de que transcurra ese plazo, solicitar una constatación judicial de la ineficacia del contrato. Sin embargo, con el fin de que las partes puedan alcanzar un acuerdo extrajudicial, no se admitirá ninguna demanda hasta que no transcurran seis (o tres) meses desde la recepción de la citada declaración. Para los casos urgentes, queda a salvo la facultad de solicitar del Juez la adopción de las medidas previstas en el artículo 172.

El mecanismo es semejante a lo previsto para la nulidad y la anulabilidad. ¿Cuál es la razón por la que los autores del anteproyecto de Código Europeo han decidido tratar de manera diferente el modo de operar de ciertos casos de ineficacia?

Cuando se trata de ineficacia por voluntad de las partes podría entenderse que las partes en cualquier momento están facultadas para subsanar la anomalía de que se trate. Pero, si no lo hacen, ¿por qué no existe un plazo de prescripción? ¿En cualquier momento puede invocarse la ineficacia si no se ha subsanado la anomalía? La redacción del precepto lleva a una respuesta positiva. Para un caso concreto de ineficacia por voluntad de las partes, el de simulación, al que me refiero más adelante, el artículo 155.3 se refiere a la posibilidad de que las partes emitan una declaración extrajudicial, pero no se establece la consecuencia de que sin ella no pueda admitirse a trámite la demanda, sino que se limita a establecer una especialidad en materia de prueba. En los casos de contratos sometidos a término o a condición las partes han podido fijar el momento a partir del cual el contrato, según los casos, producirá o dejará de producir efectos. Es a la voluntad de las partes a lo que debe atenderse en cada caso. En los supuestos de necesaria autorización administrativa será seguro que el contrato no producirá efectos a partir del momento en que se pueda tener por denegada (incluso, en su caso, por silencio administrativo): en cualquier momento, frente a una pretensión de cumplimiento puede alegarse la ineficacia del contrato. Surge la duda, sin embargo, de cuáles son las consecuencias en los casos en los que, a pesar de la ineficacia, una de las partes ha cumplido, sin que pueda entenderse que se haya querido eliminar la causa de la ineficacia, conforme al artículo 153.3. ¿Cuál es el plazo de ejercicio de esa acción de restitución? ¿El de tres años, fijado en el artículo 153.3? ¿A partir de qué momento empieza a correr el plazo? Siendo acción de restitución, ¿a partir del cumplimiento o a partir del momento en que resulte definitiva la ineficacia?

Los casos de ineficacia por disposición legal incluyen tanto supuestos que deberían haber sido tratados como de inexistencia

[art. 153.4.a)] y casos de ineficacia previstos en otras leyes como casos de ineficacia en los que falta una autorización administrativa. Sólo para estos últimos se elimina la exigencia de una previa declaración extrajudicial y se prescinde del plazo de prescripción. No se ve la razón para estas distinciones que, creo, se deben a una defectuosa redacción del largo y complejo artículo 153.6.

## 2. LA INOPONIBILIDAD COMO TIPO DE INEFICACIA

### A. Concepto y clases

Aunque no existe una regulación general de la inoponibilidad, la doctrina española suele referirse a ella como una ineficacia (en sentido estricto) relativa, es decir, sólo respecto de ciertos sujetos, cuya situación jurídica no queda afectada por la conclusión de un contrato –válido– por otras personas. Así se explican, por ejemplo, los supuestos contemplados en el artículo 1.228, en el 1.230, en el 1.317 del Código Civil o en el artículo 32 de la Ley Hipotecaria, según el cual «los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad, no perjudican a tercero»<sup>100</sup>.

El artículo 154 del anteproyecto de Código Europeo contiene una enumeración no exhaustiva de contratos «inoponibles a los terceros o a algunos terceros»:

– a) «El contrato disimulado conforme al artículo 155, salvo lo aquí dispuesto»; de este supuesto me ocupo específicamente en otro epígrafe.

– b) «Fuera de lo previsto en el artículo 140 apartado 1 letra a), el contrato celebrado contra la prohibición dirigida a proteger a sujetos determinados o sin observar los requisitos de forma o publicidad establecidos en favor de terceros»: se configura la inoponibilidad, entonces, como un tipo de ineficacia específica para la protección de los intereses de terceros, salvo que se imponga la nulidad, por tratarse de supuestos que afecten al orden público, a las buenas costumbres, al interés general o a situaciones de importancia social primaria.

En la doctrina española advierte Delgado cómo, aunque la distinción entre nulidad e inoponibilidad es, en principio, concep-

---

<sup>100</sup> Otros posibles supuestos de inoponibilidad y, en general, una discusión del concepto en ÁLVAREZ VIGARAY, R., «Introducción al estudio de la inoponibilidad», en *«Homenaje Vallet de Goytisolo»*, 1, 1988, pp. 81 ss. y RAGEL SÁNCHEZ, F., *Protección de tercero frente a la actuación jurídica ajena: la inoponibilidad*, Valencia, 1994.

tualmente muy clara, se trata, sin embargo, de técnicas hasta cierto punto intercambiables cuando los intereses que se pretende proteger no son los de las partes del contrato, sino de terceros, de modo que el legislador puede optar libremente por una u otra <sup>101</sup>.

– c) «El contrato celebrado conscientemente por las dos partes en fraude del acreedor de una de ellas; en este caso, el acreedor puede hacer valer con efecto retroactivo la inoponibilidad mediante la emisión de una declaración de voluntad dirigida a las dos partes antes de que transcurra el plazo de prescripción de tres años».

En Derecho español, el contrato en fraude de acreedores es rescindible (art. 1.291 del Código Civil), pero la doctrina entiende que el alcance de la ineficacia es el de una ineficacia relativa, lo que significa que el contrato rescindido es ineficaz tan sólo respecto del acreedor que lo rescinde y en la medida del crédito defraudado. Para los demás acreedores y para las partes el contrato mantiene su eficacia <sup>102</sup>. En Derecho español la acción dura cuatro años, y el plazo se entiende que es de caducidad (art. 1.299.1 del Código Civil).

– d) «Las situaciones y relaciones de hecho subyacentes a los contratos nulos o realizadas para darles cauce»: he de confesar que no imagino a qué hipótesis se refiere esta regla; ¿si el contrato es nulo, para las partes, además es inoponible para los terceros?; parece innecesaria tal regla, si es eso lo que quiere significar; pero, en realidad, la regla tampoco se refiere a los contratos, sino que predica la inoponibilidad de «las situaciones y relaciones de hecho» que subyacen en el contrato nulo, lo que hace todavía más difícil asignarle un sentido.

– e) «El contrato o el acto para el que el presente Código, o las normas comunitarias o las de los Estados miembros de la Unión Europea que resulten aplicables, establezcan que son inoponibles

<sup>101</sup> DELGADO ECHEVERRÍA, J. «Capítulo VI», Edersa, XVII-2, 1995, p. 283. Por ejemplo, dice este autor, la protección de un cónyuge, en el régimen de gananciales, frente a los actos de disposición realizados por el otro sin su consentimiento la ha encauzado el legislador mediante el instrumento de la anulabilidad cuando son a título oneroso y el de la nulidad cuando gratuito (arts. 1.322, 1.377 y 1.378 del Código Civil); pero pudo muy bien hacerlo mediante la inoponibilidad del contrato al cónyuge cuyo consentimiento se pretirió, como una parte de la doctrina consideraba más adecuado, y como, por ejemplo, lo ha hecho el legislador aragonés: *vid.* artículo 53.2 Ley 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico matrimonial y viudedad («El cónyuge cuyo consentimiento se omitió puede prestarlo expresa o tácitamente con posterioridad, pero no se presume en ningún caso. Mientras no consienta, puede interponer demanda contra el comprador en *petición de que se declare que la compraventa en que no ha sido parte le es inoponible*, así como exigir la restitución al patrimonio común de la cosa vendida y entregada, salvo que el comprador haya adquirido la propiedad por usucapión o, si es el caso, en virtud de la protección de terceros de buena fe»).

<sup>102</sup> Por todos, PÉREZ ÁLVAREZ, M., «La protección del crédito», en *Curso de Derecho civil II* (Martínez de Aguirre coordinador), Colex, Madrid, 2000, p. 231.

a los terceros o a sujetos determinados, o cualquier otra expresión semejante»: puede haber otros supuestos de inoponibilidad frente a terceros o a determinados terceros.

## **B. Modo de operar de la inoponibilidad**

Puesto que es un tipo de ineficacia, el modo de operar de la inoponibilidad conforme al artículo 154. 2 es semejante al previsto para la ineficacia<sup>103</sup>, y se plantean problemas de interpretación análogos a los que he expuesto al comentar los artículos 138.2, 140.2, 144.4 y 153.6. El plazo de prescripción es de tres años, y juega tanto para la declaración extrajudicial como para la constatación extrajudicial de la inoponibilidad: al igual que sucede en los demás supuestos, la no formulación a tiempo de la declaración extrajudicial impedirá que se admita la demanda.

## **3. ESPECIAL REFERENCIA A LA SIMULACIÓN Y A LA RESERVA MENTAL**

### **A. Simulación**

#### **a) EFECTOS DE LA SIMULACIÓN**

Siendo la simulación un supuesto tan frecuente en la práctica, como muestran los repertorios de jurisprudencia, parece criticable que no se haya introducido en el Código una regulación más sencilla y sistemática. Por un lado, la simulación es contemplada en el artículo 153.2.a) como un caso de ineficacia por voluntad de las partes; luego, el artículo 154 califica al contrato disimulado de inoponible frente a terceros y, finalmente, el artículo 155, se ocupa del negocio simulado conjuntamente desde la perspectiva de las partes y de los terceros.

En Derecho español, la doctrina y la jurisprudencia entienden que el contrato simulado es nulo, con nulidad absoluta, por con-

---

<sup>103</sup> «La inoponibilidad se produce por el mero hecho de que concurren sus presupuestos; pero cualquier interesado que quiera hacerla valer debe dirigir a quien deba constarle, antes de que transcurra el plazo de prescripción de tres años, una declaración que contenga las indicaciones necesarias en este sentido; asimismo puede, dentro del mismo plazo, solicitar una constatación judicial de la inoponibilidad. Sin embargo, con el fin de que las partes puedan alcanzar un acuerdo extrajudicial, no se admitirá ninguna demanda hasta que no transcurran seis (seis) meses desde la recepción de la citada declaración. Para los casos urgentes, queda a salvo la facultad de solicitar del Juez la adopción de las medidas previstas en el artículo 172».

siderar que, al ser un contrato no querido, no existe consentimiento, mientras que, el negocio disimulado, si lo hay, es, en principio válido, siempre que reúna los requisitos para la validez de ese tipo contractual<sup>104</sup>. En Derecho español, la jurisprudencia entiende que la acción de simulación, meramente declarativa, ni caduca ni prescribe, si bien puede ser incompatible con situaciones consolidadas por usucapión<sup>105</sup>.

Las líneas esenciales de la simulación en el artículo 155 del anteproyecto de Código Europeo son las siguientes:

– Como regla general, se califica de «ineficaz» al «contrato simulado, es decir, celebrado únicamente en apariencia», si bien deja a salvo la posibilidad de que resulte otra cosa conforme a una norma comunitaria o a una norma en vigor en los Estados miembros de la Unión Europea. Conforme al anteproyecto de Código Europeo, si las partes han querido celebrar un contrato diferente, disimulado (simulación relativa), es este último el que produce efectos, «siempre que esté dotado de los elementos necesarios de fondo y de forma y siempre que la simulación no haya sido realizada en fraude de acreedores o de ley; en este caso, son nulos tanto el contrato simulado como el disimulado»;

– Para que el contrato disimulado sea válido y eficaz, además de ser querido y cumplir los requisitos de ese contrato, es preciso que no haya sido realizado en fraude de ley o de acreedores;

– En el caso de que la simulación sea realizada en fraude de ley o de acreedores, el artículo 155 declara que son nulos tanto el contrato simulado como el disimulado.

La ineficacia, al igual que la nulidad, significa ausencia de efectos, si bien, como ya he advertido anteriormente, existe alguna diferencia de régimen jurídico. Se ha querido establecer una diferencia entre el contrato simplemente simulado y el simulado en fraude de terceros o de ley. Entre los contratos simulados que no se han realizado en fraude de ley habrían de quedar incluidas las simulaciones por razones inocentes, o al menos no ilícitas<sup>106</sup>. La diferencia de régimen queda justificada porque para el contrato simplemente aparente, las partes pueden hacer desaparecer el acuerdo de simulación (art. 153.3 del anteproyecto de Código Europeo) mientras que si, además, el contrato se ha realizado en fraude, el simple acuerdo no puede hacer desaparecer la anomalía.

<sup>104</sup> Por todos, DE CASTRO, F., *El negocio jurídico*, pp. 333 ss.

<sup>105</sup> LACRUZ, J. L., *Elementos II-1*, 1999, p. 408.

<sup>106</sup> A las que se refiere, por ejemplo, DE CASTRO, F., *El negocio jurídico*, p. 350.

Por lo que se refiere al contrato en fraude de acreedor, el propio Código dispone que es inoponible a ese acreedor [art. 154.c)]; si es simulado y en fraude, ¿es nulo para las partes por considerarse contrario a norma imperativa, conforme al artículo 140?, ¿qué razón existe para calificar de nulo a este contrato y no a todo contrato simulado?, ¿se considera más grave la simulación si es en fraude de acreedores? Seguramente ésta es la razón última que han podido tener en cuenta los autores del Código, sin distinguir ya entre el negocio simulado y el disimulado.

En Derecho español, el contrato en fraude de ley, aun contemplado como manifestación especial del fraude de ley<sup>107</sup>, no daría lugar siempre a la nulidad del contrato sino, en su caso, a la aplicación de la ley que se hubiera tratado de eludir: la nulidad sería, en algún caso, consecuencia de la aplicación de la ley defraudada, pero no una regla general del fraude de ley. Lo que sucede es que, en la lógica del Código, la norma defraudada será, por hipótesis, norma imperativa, y el artículo 140 sanciona con nulidad al contrato contrario a cualquier norma imperativa aplicable. Desde este punto de vista, la coherencia con el artículo 140 exigiría la nulidad del negocio disimulado. En los casos de fraude de ley, la nulidad del simulado impuesta por el artículo 155.1 y no la mera ineficacia sería, además, un plus que impediría a las partes dotar de eficacia al contrato aparente mediante un acuerdo que revocara el acuerdo de simulación.

Puesto que se concibe a la simulación como un caso de ineficacia entre las partes (cuando no haya fraude de ley ni de acreedores), habrá que atender a lo previsto en el artículo 153. El contrato simulado es ineficaz, pero las partes pueden revocar de mutuo acuerdo la simulación (art. 153.3). Las partes pueden, también, hacer valer la ineficacia, en los términos del artículo 153.6. Ya me he referido antes al problema que plantea este precepto (*vid.* apartado IV.1.C), la ausencia de una regla sobre prescripción y de referencia a la necesidad de que se intente un arreglo extrajudicial con carácter previo al ejercicio de una acción de simulación.

Pero las partes pueden también hacer valer el contrato disimulado. Ello presupone que al mismo tiempo, o de forma previa, se ha hecho valer la simulación, la ineficacia del contrato simulado. Dispone el artículo 155.3 que, las partes, para hacer valer el contrato disimulado, «después de emitir una declaración con tal fin, que contenga las indicaciones necesarias y a la que le son aplicables las disposiciones contenidas en los artículos 21 y 36 apartado 2, no

<sup>107</sup> DE CASTRO, F., *El negocio jurídico*, pp. 369 ss.



pueden utilizar entre ellas la prueba de testigos, sino únicamente la documental. Sólo se admitirá la prueba de testigos para demostrar que el contrato documentado es ilícito o en todo caso nulo».

Esto significa que, en un proceso judicial, habrá que entender, se excluye la prueba de testigos y se afirma que sólo se puede utilizar la prueba documental para probar la validez del contrato disimulado, oculto. Enlaza este tratamiento de la simulación con las «contre-lettres», acuerdo oculto entre las partes, por el que se modifica o anula el aparentemente celebrado, y que en la jurisprudencia francesa sólo puede hacerse valer entre las partes mediante prueba escrita si el acuerdo aparente fue escrito, salvo en los casos de fraude. Mayor amplitud de prueba se admite para los casos en que se pretenda que el contrato disimulado es ilícito o en todo caso nulo (por fraude de ley o de acreedores) <sup>108</sup>.

#### b) LA SIMULACIÓN Y LOS TERCEROS

En Derecho español, los terceros están legitimados para ejercer la acción de nulidad por simulación: los legitimarios, acreedores, arrendatarios de los bienes aparentemente enajenados, adquirentes o cesionarios de posiciones jurídicas derivadas de la simulación... <sup>109</sup>.

Frente a esta situación, y desde una perspectiva radicalmente distinta, en el anteproyecto de Código Europeo, en cambio, los terceros no están legitimados para que se declare la ineficacia del contrato simulado. Si el contrato es en fraude de ley o de acreedores (no se menciona a otros terceros), es nulo tanto el contrato simulado como el disimulado, pero tampoco en este caso se prevé la legitimación de terceros diferentes de las partes. El contrato disimulado es válido y eficaz, entre las partes, si se dan las circunstancias antes referidas. Pero, frente a los terceros, el contrato disimulado es inoponible [art. 154.1.a)]. Los terceros, conforme al artículo 155. 2, «además de la facultad de alegar la excepción de inoponibilidad del contrato disimulado, pueden igualmente declarar su voluntad de hacer valer la inoponibilidad y hacerlo conforme a sus legítimos intereses; no hay límite en cuanto a la prueba que se pretenda realizar con este propósito». Se configura de este modo con gran amplitud un tipo de inoponibilidad. La inoponibilidad del contrato disimulado puede tener lugar en todos los casos, y no

<sup>108</sup> TERRÉ, F., SIMLER, Ph., LEQUETTE, Y., *Droit civil. Les obligations*, 6 ed., Dalloz, Paris, 1996, pp. 426 ss.

<sup>109</sup> LACRUZ, J. L., *Elementos II-1*, 1999, p. 408.

sólo cuando el contrato es en fraude de acreedores. Literalmente, el Código trataría de que los terceros pudieran evitar que el contrato disimulado, válido y eficaz entre las partes, produzca efectos para ellos, lo que parece lógico si se conecta este régimen con la idea de la apariencia.

Me parece que este texto puede ponerse en relación con la idea, aceptada por la jurisprudencia española, de que la simulación no puede perjudicar a los terceros de buena fe que hubiesen conseguido alguna posición jurídica confiados en la apariencia del negocio simulado: es decir, quien adquiere de buena fe su posición de quien tiene su título viciado por la simulación <sup>110</sup>.

En el anteproyecto de Código Europeo, los terceros que quieran hacer valer la inoponibilidad pueden alegarla en primer lugar como excepción: lo que presupone que se ejercita frente a ellos una demanda. Parece razonable entender que no existe plazo para hacer valer esa inoponibilidad. También pueden declarar su voluntad de hacer valer esa inoponibilidad (art. 155.2). Parece que, entonces, la regla debe completarse con lo dispuesto en el artículo 154 con carácter general para la inoponibilidad. ¿Debe jugar, entonces, el plazo de prescripción de tres años? ¿Desde qué momento? Como decía anteriormente, la regulación de la simulación es compleja y poco satisfactoria.

## **B. Reserva mental**

En Derecho español, la reserva mental, para el caso de que la declaración sea realizada voluntariamente pero con una voluntad reservada, oculta, contraria a lo declarado, suele considerarse irrelevante. El declarante queda vinculado por su declaración por respeto a la confianza suscitada en los demás. La tesis de que, como excepción, la creencia de que la reserva se conoce hace que no se quede vinculado, suele excluirse por la doctrina, que la considera incompatible con el concepto de negocio jurídico: si el declarante supiese que la otra parte conoce la falta de seriedad o de voluntad no hay reserva sino inexistencia de declaración negocial <sup>111</sup>.

El artículo 155.4 del anteproyecto de Código Europeo, en un artículo rubricado «simulación y reserva mental», y que dedica sus tres primeros apartados a la simulación, establece que: «Si una parte emite una declaración no conforme a su voluntad y la dirige a la otra, queda obligado en los términos que el destinatario lo haya

<sup>110</sup> DE CASTRO, F., *El negocio jurídico*, p. 360; LACRUZ, J. L., *Elementos II-1*, 1999, p. 411.

<sup>111</sup> DE CASTRO, F., *El negocio jurídico*, p. 96; LACRUZ, J. L., *Elementos II-1*, 1999, p. 402.

podido interpretar de buena fe, salvo que este último conozca la reserva mental; en este caso, la declaración produce para el destinatario y para los terceros los mismos efectos que un acto simulado, conforme a los apartados anteriores». La buena fe es, por tanto, el criterio para determinar la relevancia de la reserva. Además, los autores del anteproyecto de Código Europeo se inclinan por considerar que la reserva puede ser relevante entre las partes si es conocida por ambos y, en tal caso, es como si hubiera un acuerdo simulatorio.

## ANEXO: TRADUCCIÓN DE LA SECCIÓN 1 DEL TÍTULO XI DE LA PARTE GENERAL DEL CÓDIGO EUROPEO DE CONTRATOS \*

### **Título XI: Otras anomalías del contrato y sus remedios**

#### SECCIÓN 1: ANOMALÍAS

##### Artículo 137. *Inexistencia*

1. 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.

2. En particular, no hay contrato:

a) si no existe o carece de capacidad jurídica el destinatario de una oferta o de una declaración dirigida a producir efectos como acto de autonomía privada, salvo que exista el sustrato de lo que pueda llegar a ser el sujeto –como un concebido o una sociedad anónima antes de su inscripción– y mientras llega a existir;

b) si carece de objeto la oferta o la declaración dirigida a producir efectos como acto de autonomía de la voluntad;

c) si la aceptación –con independencia de lo previsto en el artículo 16 apartados 6 y 7– no se corresponde con la oferta, como consecuencia del carácter equívoco de esta última;

d) si el hecho, o el acto, o la declaración, o la situación, aun existiendo, son incompletos, sin que pueda atribírseles valor jurídico como tipo contractual diferente y más reducido, ni en espera

---

\* Traducción publicada en la *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 44 (octubre-diciembre 2002).

de la producción sobrevenida de otros elementos que podrían añadirseles;

3. En caso de duda, se entenderá que hay nulidad y no inexistencia.

#### Artículo 138. *Situación derivada de la inexistencia*

1. La inexistencia determina la ausencia total de cualquier efecto en el ámbito contractual, con independencia de las obligaciones de restitución previstas en el artículo 160 y de la responsabilidad por daños prevista en el artículo 161.

2. La situación a que se refieren los apartados 1 y 2 del artículo 137 se produce por el solo hecho de concurrir esas circunstancias y no es susceptible de ninguna regularización o corrección. Cualquier interesado puede actuar como si no existiera el contrato en cualquier momento, sin que haya plazo de prescripción, pero puede igualmente hacer constatar la inexistencia mediante la emisión de una declaración que contenga las indicaciones necesarias y vaya dirigida a quien deba constarle, y puede también solicitar una declaración judicial de la inexistencia del contrato. Sin embargo, con el fin de que las partes puedan alcanzar un acuerdo extrajudicial, no se admitirá ninguna demanda hasta que no transcurran seis (o tres) meses desde la recepción de la citada declaración. Para los casos que no admitan demora, queda a salvo la facultad de solicitar del Juez la adopción de las medidas previstas en el artículo 172.

#### Artículo 139. *No incorporación al contrato*<sup>112</sup>

Las disposiciones contenidas en los apartados 1 y 2 del artículo 138 son aplicables también cuando una norma establezca que una cláusula o una expresión del contrato se tienen por no puestas.

#### Artículo 140. *Nulidad*

1. Salvo que la ley establezca otra cosa, el contrato es nulo:

- a) 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>112</sup> El texto original utiliza la expresión «caviardage», sin traducción equivalente, y se refiere a «cláusulas tenidas por no escritas», por lo que se ha optado por referir el epígrafe a la «no incorporación», expresión conocida y utilizada en algunos textos legales (en la regulación de condiciones generales, por ejemplo).

b) cuando sea contraria a cualquier otra norma imperativa aplicable;

c) cuando falte alguno de los elementos esenciales a que se refieren los apartados 3 y 4 del artículo 5;

d) en los demás casos previstos en este Código y en las correspondientes disposiciones de la Unión Europea y de los Estados miembros de la misma en cuanto sean de aplicación;

e) en todos los casos en que, en este Código o en la ley aplicable, se establezca la exigencia de un requisito bajo sanción de nulidad, o para que el acto sea válido o cuando exista una expresión semejante.

2. El apartado 1 de este artículo se aplica también a la cláusula nula de un contrato cuando la parte restante del mismo pueda subsistir, conforme a lo previsto en el artículo 144.

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.

4. Hay nulidad cuando una prohibición de carácter penal se refiera al contrato como tal, es decir, si sanciona a las dos partes del contrato por su celebración. Es nulo también el contrato celebrado sin la previa autorización administrativa requerida.

5. Si el cumplimiento de un contrato válido se inserta en una actividad ilícita, el contrato no es nulo para la parte que no ha participado en aquélla. En consecuencia, esta última puede exigir el cumplimiento de la prestación que le es debida y poner en marcha los remedios previstos en caso de incumplimiento, cumplimiento inexacto o mora.

6. Dejando a salvo lo previsto en el artículo 137 apartado 2 letra d), el contrato en el que falte alguno o algunos de los elementos requeridos no es nulo cuando la ley permita la formación sucesiva del acto, y cuando los elementos ya existentes sean jurídicamente idóneos en función de la producción posterior de otros que lo determinen de manera exhaustiva.

#### Artículo 141. *Efectos de la nulidad*

1. Salvo lo previsto en los artículos siguientes, la nulidad determina la ausencia desde el origen de cualquier efecto en el ámbito contractual, con independencia de las obligaciones de

restitución previstas en el artículo 160 y de la responsabilidad por daños prevista en el artículo 161.

2. La nulidad se produce por el mero hecho de que concurran sus presupuestos, pero la parte que quiera hacerla valer debe, antes de que transcurra el plazo de prescripción de diez años a contar desde la celebración del contrato, hacer constatar la nulidad mediante la emisión de una declaración dirigida a la otra parte, en la que se contengan las indicaciones necesarias y a la que son aplicables las disposiciones contenidas en los artículos 21 y 36, apartado 2. También puede, dentro del mismo plazo de prescripción, ejercer una acción declarativa de la nulidad del contrato. Sin embargo, con el fin de que las partes puedan alcanzar un acuerdo extrajudicial, no se admitirá ninguna demanda hasta que no transcurran seis (tres) meses desde la recepción de la citada declaración. Si el contrato todavía no ha sido cumplido, la excepción de nulidad prescribe cuando prescribe la acción dirigida a exigir el cumplimiento.

3. Para los casos urgentes, queda a salvo la facultad de solicitar del Juez la adopción de las medidas previstas en el artículo 172.

#### Artículo 142. *Caducidad*

1. Si, con independencia de la voluntad de las partes, se produce la desaparición de un elemento esencial para la validez del contrato como consecuencia de un acontecimiento sobrevenido a su formación, la nulidad del contrato carece de efectos retroactivos.

2. Salvo lo previsto en el apartado anterior, las disposiciones relativas a la nulidad se aplican a la caducidad.

#### Artículo 143. *Confirmación del contrato nulo*

1. Los contratos nulos por las causas previstas en el artículo 140, apartado 1, letra *a*), no son susceptibles de confirmación, de nulidad parcial, de conversión ni de ninguna otra corrección.

2. Los contratos nulos por causas diferentes a las previstas en el apartado 1 de este artículo son susceptibles de confirmación. Ésta tendrá lugar mediante un acto celebrado por las mismas partes mediante el cual, reproduciendo el contrato nulo, eliminan la causa de la nulidad, se comprometan a efectuar las restituciones debidas y a llevar a cabo las prestaciones recíprocas, tal y como hubieran debido efectuarse si el contrato hubiera

sido válido desde el principio. Será de aplicación a este acto el artículo 36 apartado 2.

3. Para efectuar la confirmación, las partes pueden actuar conforme a lo previsto en los artículos 12 y siguientes.

4. Las disposiciones del presente artículo son aplicables también a la cláusula nula de un contrato cuando la parte restante del mismo pueda subsistir, conforme a lo previsto en el artículo 144.

#### Artículo 144. *Nulidad parcial*

1. Dejando a salvo lo dispuesto en el artículo 143 apartado 1, si la nulidad afecta únicamente a una cláusula o a una parte del contrato, éste sigue siendo válido en la parte restante, siempre que posea una consistencia y una validez autónomas y logre de manera razonable el fin perseguido por las partes.

2. En los contratos coligados o con más de dos partes, si la nulidad afecta a uno solo de los contratos o a la obligación de una sola de las partes, el principio contenido en el apartado 1 del presente artículo se aplica si el contrato nulo o la obligación de una sola de las partes no reviste un alcance esencial en relación con el contenido del negocio en su conjunto.

3. La regla contenida en el apartado 1 del presente artículo no se aplica si del contrato o de las circunstancias se desprende que la voluntad de las partes es otra.

4. La nulidad parcial se produce por el mero hecho de que concurran sus presupuestos; pero la parte que quiera hacerla valer debe dirigir a la otra parte, antes de que transcurra el plazo de prescripción de tres años a contar desde la celebración del contrato, una declaración que contenga las indicaciones necesarias en este sentido, y a la que son aplicables las disposiciones contenidas en los artículos 21 y 36 apartado 2. También puede, dentro del mismo plazo de prescripción, ejercer una acción declarativa de nulidad parcial. Sin embargo, con el fin de que las partes puedan alcanzar un acuerdo extrajudicial, no se admitirá ninguna demanda hasta que no transcurran seis (o tres) meses desde la recepción de la citada declaración. Para los casos urgentes, queda a salvo la facultad de solicitar del Juez la adopción de las medidas previstas en el artículo 172.

5. La nulidad parcial no tiene lugar si, como consecuencia de lo dispuesto en una norma imperativa, o en virtud de la conversión prevista en el artículo 145, la cláusula o parte nula es sustituida por una cláusula o parte diferente.

#### Artículo 145. *Conversión del contrato nulo*

1. Con independencia de lo dispuesto en los artículos 40, apartado 2 y 143, apartado 1, el contrato nulo produce los efectos de un contrato distinto y válido cuando existan los elementos de fondo y de forma del mismo que permitan alcanzar de forma razonable el propósito perseguido por las partes.

2. La regla contenida en el apartado 1 de este artículo es aplicable también a una sola cláusula del contrato.

3. La conversión no tiene lugar si del contrato o de las circunstancias resulta ser otra la voluntad de las partes.

4. La conversión se produce por el mero hecho de que concurran sus presupuestos; pero la parte que quiera hacerla valer debe dirigir a la otra parte, antes de que transcurra el plazo de prescripción de tres años a contar desde la celebración del contrato, una declaración que contenga las indicaciones necesarias en este sentido, y a la que son aplicables las disposiciones contenidas en los artículos 21 y 36 apartado 2. También puede, dentro del mismo plazo de prescripción, ejercer una acción declarativa de la conversión. Sin embargo, con el fin de que las partes puedan alcanzar un acuerdo extrajudicial, no se admitirá ninguna demanda hasta que no transcurran seis (o tres) meses desde la recepción de la citada declaración. Para los casos urgentes, queda a salvo la facultad de solicitar del Juez la adopción de las medidas previstas en el artículo 172.

5. Las disposiciones de este artículo se aplican también al contrato anulado. Por lo que se refiere a la ineficacia hay que estar a lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 153.

#### Artículo 146. *Anulabilidad*

1. La anulabilidad tiene lugar en los casos a que se refiere el apartado 2 de este artículo y sólo puede ser invocada por la parte a la que la ley concede tal facultad.

2. El contrato es anulable:

a) en el caso de incapacidad de una parte, conforme al artículo 150;

b) en el caso de un vicio de consentimiento, conforme a los artículos 151 y 152;

c) en los supuestos previstos en los artículos 67 y 68;

d) en cualquier otro supuesto expresamente previsto en la ley.



3. Las disposiciones de este artículo se aplican también cuando la causa de anulabilidad afecte a una sola cláusula del contrato o a la obligación de una de las partes de un contrato plurilateral, siempre que una u otra gocen de una consistencia y validez jurídicas autónomas en relación con el contrato en su conjunto.

#### Artículo 147. *Efectos de la anulación*

1. La anulación deja sin efectos<sup>113</sup> al contrato retroactivamente desde su celebración, y las dos partes quedan obligadas a restituirse recíprocamente las prestaciones, conforme a lo dispuesto en el artículo 160.

2. La disposición contenida en el apartado anterior no se aplica si la restitución resulta imposible o excesivamente onerosa para la parte que debe llevarla a cabo. En este caso, la anulación deja sin efectos al contrato desde el momento en que se ha llevado a cabo la declaración prevista en el artículo 148, y resulta de aplicación la regla contenida en el artículo 160 apartado 4.

3. La anulación del contrato obliga a la parte que la haya provocado —en los términos del artículo 162— a la obligación de reparación del perjuicio experimentado por la otra parte, con el alcance previsto en el artículo 6 apartado 4.

#### Artículo 148. *Modalidades y plazo de la anulación*

1. Para proceder a la anulación del contrato, la parte legitimada —o su representante legal si es incapaz— debe dirigir a la otra parte una declaración que contenga las indicaciones necesarias en este sentido, y a la que son aplicables las disposiciones contenidas en los artículos 21 y 36 apartado 2.

2. Con el fin de que las partes puedan alcanzar un acuerdo extrajudicial, no se admitirá ninguna demanda hasta que no transcurran seis (o tres) meses desde la recepción de la citada declaración. Para los casos urgentes, queda a salvo la facultad de solicitar del Juez la adopción de las medidas previstas en el artículo 172.

3. No puede proceder a la anulación la parte que no pueda llevar a cabo la restitución tal y como está prevista en los apartados 1 y 2 del artículo 147, salvo lo establecido en el artículo 150 apartado 4 a favor de los incapaces.

4. La otra parte o cualquier interesado puede interpelar al sujeto legitimado —o a su representante legal si se trata de un inca-

<sup>113</sup> El texto original utiliza la expresión «anéantir», que se ha traducido por «dejar sin efecto», pero parece que también puede hablarse de invalidar, suprimir o eliminar.

paz— para que declare, en un plazo no inferior a sesenta días, si pretende o no solicitar la anulación. Se entiende a todos los efectos que el sujeto legitimado o su representante legal renuncia a esta facultad si transcurre el plazo sin contestar al requerimiento. Son aplicables a este requerimiento las disposiciones contenidas en los artículos 21 y 36 apartado 2.

5. La anulación del contrato queda sometida al plazo de prescripción de tres años. Este plazo empieza a correr a partir del día en que cese la incapacidad o la violencia, o bien a partir del día en el que se descubrió el error y, en los demás casos, desde el día de la celebración del contrato. Pero la declaración de anulación a que se refiere el apartado 1 del presente artículo puede ser emitida y opuesta como excepción por el sujeto al que se le demanda solicitando el cumplimiento del contrato, incluso después del citado plazo de tres años.

#### Artículo 149. *Conservación y confirmación del contrato anulable*

1. La anulación no tiene lugar si, en el plazo indicado en la declaración de la parte de quien proceda (o en un plazo razonable, si no se ha señalado uno), la otra parte se compromete a proceder al cumplimiento del contrato conforme al contenido y a las modalidades con las que la primera había creído celebrar el contrato, o a efectuar las prestaciones acordadas por las partes dirigidas a asegurar un resultado sustancialmente análogo, o aceptable para la parte interesada.

2. El contrato anulable puede ser confirmado, y continuar entonces en vigor a todos los efectos, si el contratante cualificado o su representante legal, declaran, observando la disposición contenida en el apartado 2 del artículo 36, que renuncian a la anulación o cumplen voluntariamente el mismo contrato. La confirmación supone que tal contratante —o, si es incapaz, su representante legal— está en condiciones de celebrar un contrato válido y es además plenamente consciente del motivo de la anulabilidad.

#### Artículo 150. *Contrato celebrado por un incapaz*

1. En las hipótesis previstas en el artículo 5 apartado 2, el contrato celebrado por:

- a) un menor no emancipado;
- b) una persona declarada legalmente incapaz sin que en el contrato intervenga el sujeto establecido para su representación o asistencia legal;

c) una persona que, incluso con carácter transitorio, no está en condiciones de querer o comprender;

d) una persona cuyas facultades físicas estén alteradas hasta el punto de impedirle expresar su voluntad, como los sordomudos que no sepan escribir;

es anulable conforme a lo previsto en los artículos 146 y siguientes, salvo que del contrato en cuestión sólo deriven ventajas para el incapaz.

2. El contrato no es anulable si el menor ha ocultado con engaño su edad o si la otra parte tenía buena fe, debido a que las condiciones de enfermedad mental o su estado de incapacitación declarado no resultaban fácilmente apreciables.

3. El contrato celebrado por un incapaz tampoco es anulable, en la hipótesis prevista en el apartado 1 del artículo 5, si ha obtenido las autorizaciones exigidas por su ley nacional, si se trata de uno de los actos usuales de la vida ordinaria que suponen un gasto modesto y son llevados a cabo empleando dinero o medios que proceden de las actividades de trabajo permitidas al incapaz, o bien entregados para que pueda disponer de ellos libremente.

4. Anulado el contrato, el incapaz debe restituir lo recibido, conforme al artículo 161, en la medida en que haya obtenido un beneficio efectivo.

5. Los terceros que han garantizado el contrato celebrado por el incapaz responden del mismo frente a la otra parte, incluso si es anulado, quedando a salvo su derecho de repetir, si procede, contra el incapaz o su representante legal.

#### Artículo 151. *Contrato viciado por un error*

1. El error unilateral hace anulable el contrato cuando concurren los siguientes presupuestos:

a) si afecta a un elemento o a un aspecto, económico o jurídico, fundamental del contrato y cuya presencia es determinante para el consentimiento;

b) si ha sido provocado además por una declaración engañosa o por una actitud de reticencia injustificada de la otra parte, o incluso si esta última se ha dado cuenta del error y de su importancia determinante o hubiera debido darse cuenta con una diligencia media.

2. Si la declaración engañosa procede de un tercero, y era conocida por la parte que se ha beneficiado de ella, el contrato es anulable.

3. Si no se dan los presupuestos del apartado 1, el error que no proceda de una negligencia grave de la parte que lo sufre, únicamente le permitirá proceder a la anulación del contrato cuando éste carezca para ella de todo interés y siempre que indemnice a la otra parte del perjuicio sufrido por haber confiado en la validez y en el cumplimiento puntual del contrato.

4. Si únicamente se dan los presupuestos a que se refiere la letra *b)* del apartado 1, el error no anula el contrato, pero permite a la parte que lo invoca solicitar una modificación de la prestación que le es debida o la reparación del daño sufrido si:

*a)* se trata de un error de cálculo, salvo que tenga tal entidad que deba considerarse como determinante del consentimiento;

*b)* o si el error recae sobre un elemento secundario o no tiene un efecto determinante del consentimiento, es decir, si el contrato se hubiera celebrado igualmente pero en otras condiciones.

5. La parte que ha sufrido el error no puede pretender la anulación del contrato si resulta contrario a la buena fe; y si, no obstante, la parte persiste en su pretensión después de la contestación motivada de la otra parte, aquélla puede ser condenada, teniendo en cuenta las circunstancias, a pagar a esta última una indemnización equitativa.

6. Las disposiciones contenidas en los apartados anteriores se aplican también cuando el error se produce al efectuar la declaración, o cuando ésta es transmitida de manera inexacta a la otra parte por la persona o la oficina encargadas de hacerlo.

7. El error común: *a)* sobre circunstancias determinantes, incluso cuando no han sido expresamente mencionadas, que en la convicción de las partes han motivado la celebración del contrato; *b)* o sobre la imposibilidad objetiva de ejecución del contrato; *c)* o la previsión errónea sobre producción de un hecho, incluso no expresamente declarado, pero que en la economía del contrato tiene una importancia determinante, anulan el contrato de que se trate a iniciativa de cualquiera de las partes.

#### Artículo 152. *Contrato viciado por intimidación*

1. Con independencia de lo previsto en el apartado 3 del artículo 30, es anulable el contrato celebrado bajo el efecto determinante de intimidaciones o amenazas graves, suficientes para impresionar a cualquier persona normal, dirigidas a una parte o a sus allegados por la otra parte o incluso por un tercero, pero en este último caso sólo si la parte que no las ha sufrido era consciente y se ha beneficiado de aquéllas.

2. La amenaza de ejercitar un derecho sólo puede ser causa de anulación del contrato cuando haya servido para obtener ventajas injustas.

3. Salvo lo previsto en el artículo 156, el temor reverencial sólo puede ser causa de anulación del contrato cuando, a la vista de las circunstancias, la persona que lo ha provocado era consciente de la influencia determinante que podía producir en la otra parte, y además haya obtenido por ello ventajas injustas.

### Artículo 153 *Ineficacia*

1. Un contrato válidamente celebrado es ineficaz —es decir, no produce temporal o definitivamente los efectos jurídicos que pretendía alcanzar— bien por voluntad de las partes o por disposición legal, con arreglo a los apartados siguientes.

2. Es ineficaz por voluntad de las partes:

a) el contrato simulado conforme al artículo 155 salvo lo aquí dispuesto;

b) el contrato sometido a condición suspensiva o resolutoria, o a término inicial o final, conforme a los artículos 49 y siguientes;

c) el contrato para cuya eficacia las partes hayan acordado como necesaria la autorización de un organismo público, la aprobación o la cooperación de un tercero o una condición previa semejante, hasta que se produzcan;

3. El contrato ineficaz por voluntad de las partes adquiere eficacia inmediata si las partes de mutuo acuerdo revocan el acuerdo de simulación, o suprimen la condición, o el plazo, o las condiciones previas contenidas en la letra c) del apartado anterior.

4. Es ineficaz por disposición legal, salvo que resulte otra cosa conforme a lo previsto en los apartados 1, 4 y 6 del artículo 140 <sup>114</sup>:

a) el contrato celebrado o la declaración emitida de buena fe sin la consciencia de realizar un acto con efectos jurídicos <sup>115</sup>;

<sup>114</sup> La versión francesa original establece que: «Est inefficace par disposition de loi, mis à part ce que prévoient les alinéas 1, 4 y 6 del art. 140». He optado por entender que lo que se quiere decir es que resulta la ineficacia por disposición legal en los supuestos que se mencionan a continuación salvo que, al mismo tiempo, se esté en los supuestos del artículo 140, que declaran la nulidad del contrato y, entonces, tiene preferencia el régimen de la nulidad.

<sup>115</sup> La versión original utiliza el término «conscience», que se ha traducido literalmente, pero si se entiende que la regla se refiere a los casos de declaraciones en broma, o con fines docentes u otros semejantes, quizá fuera preferible utilizar la expresión «sin la intención».

b) el contrato para el caso de que la ley prevea como presupuesto de eficacia, y no bajo sanción de nulidad, la emisión de la autorización de un órgano público o la aprobación de un particular u otro requisito semejante, hasta el momento en que tales presupuestos tengan lugar;

c) el contrato en caso de que este Código, o leyes comunitarias o leyes de los Estados miembros de la Unión Europea, declaren que queda sin efecto, o que no produce efecto o cualquier otra expresión con un significado semejante.

5. El contrato que resulte definitivamente ineficaz en virtud de las letras b) y c) del apartado 4 de este artículo es susceptible de confirmación, de ineficacia parcial y de conversión, en los términos previstos respectivamente en los artículos 143, 144 y 145.

6. La ineficacia se produce por el mero hecho de que concurren sus presupuestos; pero en los casos a que se refieren las letras a) y c) del apartado 4 de este artículo, cualquier interesado que quiera hacerla valer debe dirigir una declaración que contenga las indicaciones necesarias y vaya dirigida a quien deba conocerlo, antes de que transcurra el plazo de prescripción de tres años; igualmente puede, antes de que transcurra ese plazo, solicitar una constatación judicial de la ineficacia del contrato. Sin embargo, con el fin de que las partes puedan alcanzar un acuerdo extrajudicial, no se admitirá ninguna demanda hasta que no transcurran seis (o tres) meses desde la recepción de la citada declaración. Para los casos urgentes, queda a salvo la facultad de solicitar del Juez la adopción de las medidas previstas en el artículo 172.

#### Artículo 154. *Inoponibilidad*

1. Son inoponibles a los terceros o a algunos terceros:

a) el contrato disimulado conforme al artículo 155, salvo lo aquí dispuesto;

b) fuera de lo previsto en el artículo 140 apartado 1 letra a), el contrato celebrado contra la prohibición dirigida a proteger a sujetos determinados o sin observar los requisitos de forma o publicidad establecidos en favor de terceros;

c) el contrato celebrado conscientemente por las dos partes en fraude del acreedor de una de ellas; en este caso, el acreedor puede hacer valer con efecto retroactivo la inoponibilidad mediante la emisión de una declaración de voluntad dirigida a las dos partes antes de que transcurra el plazo de prescripción de tres años;

d) las situaciones y relaciones de hecho subyacentes a los contratos nulos o realizadas para darles cauce;

e) el contrato o el acto para el que el presente Código, o las normas comunitarias o las de los Estados miembros de la Unión Europea que resulten aplicables, establezcan que son inoponibles a los terceros o a sujetos determinados, o cualquier otra expresión semejante.

2. La inoponibilidad se produce por el mero hecho de que concurren sus presupuestos; pero cualquier interesado que quiera hacerla valer debe dirigir a quien deba constarle, antes de que transcurra el plazo de prescripción de tres años, una declaración que contenga las indicaciones necesarias en este sentido; asimismo puede, dentro del mismo plazo, solicitar una constatación judicial de la inoponibilidad. Sin embargo, con el fin de que las partes puedan alcanzar un acuerdo extrajudicial, no se admitirá ninguna demanda hasta que no transcurran seis (tres) meses desde la recepción de la citada declaración. Para los casos urgentes, queda a salvo la facultad de solicitar del Juez la adopción de las medidas previstas en el artículo 172.

#### Artículo 155. *Simulación y reserva mental*

1. Es ineficaz el contrato simulado, es decir, celebrado únicamente en apariencia, salvo que resulte otra cosa conforme a una norma comunitaria o a una norma en vigor en los Estados miembros de la Unión Europea; y si además las partes pretenden celebrar un contrato diferente, disimulado, es este último el que produce efectos, siempre que esté dotado de los elementos necesarios de fondo y de forma y siempre que la simulación no haya sido realizada en fraude de acreedores o de ley; en este caso, son nulos tanto el contrato simulado como el disimulado.

2. Los terceros, además de la facultad de alegar la excepción de inoponibilidad del contrato disimulado, pueden igualmente declarar su voluntad de hacer valer la inoponibilidad y hacerlo conforme a sus legítimos intereses; no hay límite en cuanto a la prueba que se pretenda realizar con este propósito.

3. Para hacer valer el contrato disimulado, las partes contratantes, después de emitir una declaración con tal fin, que contenga las indicaciones necesarias y a la que le son aplicables las disposiciones contenidas en los artículos 21 y 36 apartado 2, no pueden utilizar entre ellas la prueba de testigos, sino únicamente la documental. Sólo se admitirá la prueba de testigos para demostrar que el contrato disimulado es ilícito o en todo caso nulo.

4. Si una parte emite una declaración no conforme a su voluntad y la dirige a la otra, queda obligado en los términos que

el destinatario lo haya podido interpretar de buena fe, salvo que este último conozca la reserva mental; en este caso, la declaración produce para el destinatario y para los terceros los mismos efectos que un acto simulado, conforme a los apartados anteriores.





# *Undisclosed Agency* y cesión de créditos: los *Principles of European Contract Law* ante el caso *Siu Yin Kwan v. Eastern Insurance Co. Ltd.*\*

BEATRIZ FERNÁNDEZ GREGORACI  
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: I. Justificación del estudio propuesto.–II. *Undisclosed Agency* y cesión de créditos: A) La analogía con la cesión de créditos. B) El caso *Siu Yin Kwan v. Eastern Insurance Co. Ltd.*–III. *Undisclosed Agency*, cesión de créditos y sustitución de deudor en los PECL: A) Supuesto de aplicación: 1. Requisitos positivos: incumplimiento e insolvencia vs. acuerdo. 2. Requisitos negativos: la alineación de los PECL con el caso *Siu Yin Kwan.*–3. Objeto: a) La cesión anticipada de un crédito futuro y la sustitución de deuda futura. b) Accesorios del crédito. B) Ejercicio: efectividad y excepciones oponibles: 1. Efectividad: el papel de la notificación. 2. Excepciones oponibles: a) Cesión de créditos e intervención del dominus: ¿responsabilidad del intermediario? b) Sustitución de deudor y reclamación al dominus: la relevancia de la relación dominus-intermediario en perjuicio del tercero.–IV. Conclusiones.

## I. JUSTIFICACIÓN DEL ESTUDIO PROPUESTO

Las líneas que siguen tienen como principal objetivo determinar la postura adoptada por los *Principles of European Contract*

---

\* Este trabajo se inserta en el marco del proyecto de investigación BJU 2002-02356, «Hacia la unificación europea del Derecho de obligaciones», dirigido por el profesor doctor don Antonio Manuel Morales Moreno y subvencionado por el Ministerio de Ciencia y Tecnología (Dirección General de Investigación).

Este trabajo tiene su origen en la comunicación presentada en el III Congreso Internacional «La tercera parte de los PECL», celebrado en Lleida los días 7 y 8 de mayo de 2004.

*Law* (PECL) en relación con la polémica abierta en el ámbito del *undisclosed agency*<sup>1</sup> por el caso *Siu Yin Kwan v. Eastern Insurance*<sup>2</sup>. Este caso ha supuesto el rechazo de la explicación de los efectos directos entre *undisclosed principal* y tercero como implícita cesión de acciones del intermediario al *dominus*.

El estudio que se propone abarca tanto la Segunda como la Tercera Parte de los PECL; se trata de realizar un análisis comparativo entre la regulación de la representación indirecta en el supuesto concreto de desconocimiento por parte del tercero de la existencia del *dominus* (capítulo III, arts. 3:301 a 3:304), la cesión de créditos (capítulo XI), y la sustitución del deudor (capítulo XII).

Dicho análisis comparativo nos permitirá alcanzar el objetivo propuesto y dar un paso más en la construcción adecuada de los efectos directos entre *undisclosed principal* y tercero.

## II. UNDISCLOSED AGENCY Y CESIÓN DE CRÉDITOS

*Undisclosed agency* es la denominación que el *Common Law* utiliza para referirse a aquel supuesto en el que el tercero, con el que contrata el intermediario, desconoce que éste actúa por cuenta de un *dominus* al que se le denomina, por ello, *undisclosed principal*. Los efectos obligacionales entre éste y el tercero se rigen por la conocida como *doctrine of undisclosed agency*. Con arreglo a ésta el *undisclosed principal* puede demandar directamente al tercero y ser demandado por éste, naturalmente, en este último caso, una vez que haya descubierto su existencia.

Ésta es la principal regla de una teoría que ha sido calificada por la propia doctrina anglosajona de anómala<sup>3</sup>. Las objeciones a los

<sup>1</sup> Supuesto de hecho que la doctrina comparatista suele colocar como correspondiente a la representación indirecta continental. Véase ZWIEGERT, K. y KÖTZ, H.: *An introduction to Comparative Law*, 1998, p. 433.

<sup>2</sup> [1994] 1 All ER 213.

<sup>3</sup> En este sentido destacan las palabras de POLLOCK que la califica de «inconsistent with the elementary doctrines of the law of contract», «Notes», en 11 *LQR*, 1887, p. 359. AMES considera que «ignores fundamental legal principles [...] it was highly important that it should be recognised as an anomaly», «Undisclosed principal. His rights and liabilities», en 18 *Yale L. J.*, 1909, p. 443. Para GOODHART y HAMSON «that is the anomaly of an undisclosed principal: that they may sue on a contract to which, strictly, they are strangers», «Undisclosed principal in contracts», en 4 *Cambridge L. J.*, 1932, p. 352. Recientemente TETTENBORN ha afirmado que «the doctrine of the undisclosed principal is a tricky and unpredictable one, embodying as it does a volatile cocktail of legal anomaly and commercial expediency», «Insurers and undisclosed agency-Rough justice and commercial expedience», en 53 *Cambridge L. J.*, 1994, p. 223.

La califican también de anómala entre la doctrina norteamericana LEWIS, W. M.: «The liability of the undisclosed principal in contract», en 9 *Col. L. Rev.*, 1909, p. 118;

efectos directos entre tercero y *undisclosed principal* se deben fundamentalmente a que suponen la intervención del *dominus* en un contrato que, al menos desde el punto de vista formal, se ha celebrado entre el intermediario y el tercero<sup>4</sup>. Se ha dicho por ello que la *doctrine of undisclosed agency* supone una ruptura de la *privity of contract*<sup>5</sup>.

## A) LA ANALOGÍA CON LA CESIÓN DE CRÉDITOS

Entre las propuestas doctrinales de explicación dogmática de una teoría cuya justificación tiende a buscarse en razones más prácticas que teóricas<sup>6</sup> destaca especialmente la avanzada en el año 1932 por los profesores Goodhart y Hamson en un artículo publicado en la *Cambridge Law Journal*<sup>7</sup>: en él se proponía un paralelismo entre la teoría del *undisclosed agency* y la cesión de créditos.

Los autores citados apoyaron su tesis en las similitudes existentes entre la intervención del *undisclosed principal* en el contrato celebrado por el intermediario con el tercero y la cesión de créditos. Ambas figuras implican una excepción a la regla según la cual sólo las partes contratantes están legitimadas para demandar o ser demandadas en relación con las obligaciones contractuales. Goodhart y Hamson ponían también de manifiesto que la jurisprudencia establece como una de las excepciones a la posibilidad de que el *undisclosed principal* reclame directamente al tercero, el carácter personal del contrato, que, en oca-

---

MECHEM, F. R.: «The liability of an undisclosed principal», en 23 *Harv. L. Rev.*, 1910, p. 515; SEAVEY, W. A.: «The rationale of agency», en *Yale L. J.*, 1920, p. 859; GEVA, B.: «Authority of sale and privity of contract: the proprietary basis of the right to the proceeds of sale at Common Law», en *McGill L. J.*, 1979, p. 32.

<sup>4</sup> Así se expresan autores como MARKESINIS, B. S., y MUNDAY, R. C. J.: «The effect of this rule is that the principle comes to acquire rights and liabilities under a contract to which originally he was not a party», *An Outline of the Law of Agency*, 1998, p. 154. POWELL, por su parte, observa que «the availability of a contractual remedy necessarily means that there has been a contract between the parties to the action», *Law of Agency*, 1952, p. 128. En un sentido similar se expresan ZWEIGERT y KÖTZ para los cuales «it is in conflict with the general principle that contractual claims can be made only by parties to them and not by any third party, such as the undisclosed principal here», *An introduction to Comparative Law*, 1998, pp. 436 y 437.

<sup>5</sup> En este sentido *Bowstead & Reynolds on Agency*, 2001, pp. 342 y 343; TREITEL, G. H.: *The law of contract*, 1999, p. 673; MARKESINIS, B. S., y MUNDAY, LR. C. J., *An Outline of the Law of Agency*, 1998, p. 154.

<sup>6</sup> No es raro encontrar en la doctrina inglesa una resignación a la búsqueda de un fundamento teórico concluyendo que su base fundamental es la conveniencia del comercio. A este propósito véase TREITEL, G. H.: *The Law of contract*, 1999, p. 673, *Bowstead & Reynolds on agency*, 2001, p. 343.

<sup>7</sup> GOODHART, A. L., y HAMSON, C. J.: «Undisclosed principal in contract», en 4 *Cambridge L. J.*, 1932, p. 320.

siones, se infiere precisamente de la imposibilidad de ceder los derechos derivados del mismo<sup>8</sup>.

## B) EL CASO *SIU YIN KWAN V. EASTERN INSURANCE CO. LTD.*

Puede afirmarse que, en general, la postura defendida por los profesores Goodhart y Hamson disfrutó de una buena acogida. Hasta el año 1994, en el que el *Privy Council* en el conocido caso *Siu Yin Kwan v. Eastern Insurance Co.*<sup>9</sup>, puso en entredicho la analogía entre la teoría de la *undisclosed agency* y la cesión de créditos<sup>10</sup>. La síntesis del caso resulta necesaria para una adecuada comprensión del fallo.

Los propietarios del barco *Osprey*, atracado en el puerto de Hong Kong, encargaron a *Richstone Industries Co. Ltd.* (RI) la contratación de un seguro que cubriera tanto la maquinaria del barco como las posibles reclamaciones de su tripulación. En la póliza de seguro finalmente contratada con *Eastern Insurance* (EIS), RI identificó el barco asegurado pero no mencionó a los propietarios del mismo, firmando el propio RI como aparente *dominus*. En la sentencia se asienta como hecho probado la creencia por parte de EIS de que la tripulación del barco había sido empleada por RI.

Tras la contratación del seguro, dos miembros de la tripulación del barco asegurado fallecieron como consecuencia de su naufragio; la causa última de dicho acontecimiento se situó en la negligencia de los propietarios-empleadores a quienes los representantes de las víctimas fallecidas reclamaron la indemnización de daños y perjuicios por una cuantía de 589.000 dólares obteniendo una condena por 443.000 dólares. Ante la insolvencia de los propietarios, se interpone demanda exigiendo la indemnización, por la cantidad a la que los propietarios-empleadores habían sido condenados, a EIS como aseguradora<sup>11</sup>. Entre las excepciones alegadas por la

---

<sup>8</sup> Véanse a este propósito los casos *Peters v. General Accident FIRE & Life Assurance Corporation Ltd.* [1937] 4 *All.E.R.* 628 y *Dyster v. Randall & Sons* (1926) Ch. 932. En este último el juez Lawrence desestimó la alegación del tercero demandado relativa a la improcedencia de la intervención del *undisclosed principal* reclamando la entrega de unas tierras adquiridas por el intermediario por su cuenta, basándose en la cedibilidad de los créditos derivados del mismo. El ejemplo paradigmático en la jurisprudencia inglesa de excepción a los efectos directos por el reconocimiento de un interés protegible y del tercero en que el *dominus* no pueda reclamar la prestación es el conocido caso *Said v. Butt* [1920] 3 K.B. 497.

<sup>9</sup> [1994] 1 *All E.R.* 213.

<sup>10</sup> En este sentido véase *Bowstead & Reynolds on Agency*, 2001, p. 353.

<sup>11</sup> La reclamación se basa en la sección 2 de la *Third Parties (Rights against insurers) Ordinance*.

demandada destaca la que se apoya en el carácter no cedible de los derechos derivados del contrato de seguro<sup>12</sup>. El *Privy Council* rechaza de plano dicha alegación. Lord Lloyd afirma que la razón por la que un contrato de seguro no es cedible estriba en que la cesión implica un cambio en el riesgo cubierto por la póliza; en el caso concreto, sin embargo, continúa el juez, la intervención del *undisclosed principal* no implica un cambio en el riesgo cubierto por la póliza, puesto que el contrato con RI se celebró en los mismos términos que si se hubiese celebrado con los verdaderos propietarios: «the actual identity of the employer was a matter of indifference. It was not material to the risk». El tribunal adopta una posición abiertamente contraria a la tesis de Goodhart y Hamson advirtiendo incluso del peligro que puede conllevar en ocasiones el razonamiento por analogía<sup>13, 14</sup>.

### III. **UNDISCLOSED AGENCY, CESIÓN DE CRÉDITOS Y SUSTITUCIÓN DE DEUDOR EN LOS PECL**

El supuesto de *undisclosed agency* se contempla en los PECL como un caso de representación indirecta. Los PECL reconocen, de hecho, en los artículos 3:102 (2) y 3:301 (1) dos modalidades: la primera se caracteriza por la actuación del intermediario por cuenta pero no en nombre del *dominus*; en la segunda modalidad el elemento configurador del supuesto está constituido por el hecho de

<sup>12</sup> Puede leerse en concreto: «it cannot be assigned. It follows that it cannot be made on behalf of an undisclosed principal».

<sup>13</sup> Dice en concreto Lord Lawrence: «The argument based on assignment illustrates the dangers of proceeding by analogy. There are indeed certain similarities between these two branches of the law. But there are also many differences. [...] In particular a contract which provides that it shall not be assignable cannot be assigned. But such a provision does not preclude intervention by an undisclosed principal». Probablemente el rechazo tan claro del paralelismo con la cesión de créditos es lo que confiere a este caso la importancia que se le atribuye por la doctrina inglesa pues no hay que olvidar que ya en otras ocasiones los tribunales habían posibilitado la intervención de un *undisclosed principal* en el ámbito de los contratos de seguro. Véase *Browning v. Provincial Insurance Co. of Canada* (1873) L.R. 5 P.C. 263 y, más recientemente, *National Oilwell (UK) Ltd. v. Dhabi Offshore Ltd.* [1993] 2 Lloyd's Rep. 582.

<sup>14</sup> No queremos dejar de hacer una advertencia que nos parece importante como elemento de reflexión. Si bien el tribunal no duda en calificar el caso de *undisclosed agency*, en el momento de la celebración del contrato la compañía aseguradora sabía que el agente no era propietario del barco y que en ocasiones actuaba como agente de un *undisclosed principal*. Estos hechos explican que REYNOLDS observe que no parece tratarse de un caso estricto de *undisclosed principal*. Afirma en concreto que «the case seems in fact to be another where facts appropriate to unnamed principals distort the rules for undisclosed principals», *Bowstead & Reynolds on Agency*, 2001, p. 353, nota 27. El autor desarrolla dicha idea en «Some agency problems in insurance law», en *Consensus ad idem*, 1997, p. 93.

que el tercero desconoce o no puede conocer en el momento de la celebración del contrato que el intermediario actúa por cuenta de un *dominus*. Esta última modalidad de representación indirecta es la que se corresponde con el *undisclosed agency*<sup>15, 16</sup>.

Los PECL contemplan la **cesión de créditos** en el capítulo 11 bajo la rúbrica «Assignment of claims». El término «Claim» debe entenderse, tal y como se deriva del artículo 11:101, como derecho al cumplimiento<sup>17</sup>.

La **sustitución de deudor** es la figura regulada en el capítulo inmediatamente posterior a la cesión de créditos. En el artículo 12:101 se define el supuesto como aquel caso en el que un tercero sustituye al deudor original quedando éste liberado.

La regla general establecida en los PECL para la representación indirecta es la vinculación entre el intermediario y el tercero<sup>18</sup>; la posibilidad de que éste accione contra el *dominus* y viceversa se produce únicamente en los casos expresamente previstos por los PECL<sup>19</sup>. Un adecuado análisis comparativo entre, por un lado, la regulación de los efectos del *undisclosed agency* y, por otro, la de la cesión de créditos y la sustitución de deudor, exige diferenciar dentro del *undisclosed agency* dos supuestos en función del sujeto que ejercita el derecho: el *dominus* (frente al tercero) y el tercero (frente al *dominus*). En el primer caso, el *dominus* ejercita contra el tercero los derechos adquiridos por el intermediario al celebrar el contrato en interés de aquel; cabe entender que se produce un supuesto similar al de la cesión de créditos, en el que el cedente sería el intermediario, el cesionario el *dominus* y los créditos cedidos aquellos que se deriven del contrato celebrado por el intermediario y el tercero<sup>20</sup>. Cuando es el tercero quien reclama directa-

<sup>15</sup> PECL, I y II, 2001, p. 200. Seguramente estas dos modalidades intentan reflejar el fenómeno que, para entendernos, podríamos denominar de la representación indirecta tal como se configura en los Derechos continentales y tal y como se construye en el Derecho Anglosajón. Véase a este propósito FERNÁNDEZ GREGORACI, B. «Representación indirecta y *Undisclosed agency*: su convergencia», en ADC 2002, pp. 1743 a 1745.

<sup>16</sup> No queremos dejar de señalar que una parte autorizada de la doctrina inglesa pone de manifiesto que la *undisclosed agency* no es la representación indirecta continental, separando de este modo ambas figuras. Véase a este propósito REYNOLDS, F. M. B.: «Practical problems of the undisclosed principal doctrine», en 36 *Current Legal Problems*, 1983, pp. 119 a 140.

<sup>17</sup> En los comentarios oficiales se afirma que éste es el sentido que debe darse a dicho término en general, esto es, en todas las ocasiones en las que los PECL lo utilizan, PECL, Part III, 2003, p. xvii.

<sup>18</sup> Vid. artículo 3:301 (1) *a sensu contrario*.

<sup>19</sup> Artículos 3:301 (1) a 3:303, a los que haremos oportuna referencia.

<sup>20</sup> PANTALEÓN PRIETO relaciona la representación indirecta y una modalidad concreta de cesión de créditos: aquella con finalidad de cobro. En virtud de dicho paralelismo el *dominus*, titular del crédito, autoriza al intermediario para el cobro de dicho crédito en nombre propio. Nótese que en este caso el cedente sería el *dominus*, el cesionario el intermediario y el

mente al *dominus* el supuesto de hecho se aproxima a la sustitución de deudor: el tercero ejercita contra el *undisclosed principal* ya descubierto los derechos que tuviera contra el intermediario. No se produce ningún cambio en el sujeto legitimado para recibir el pago: el cambio tiene lugar en el sujeto obligado que ya no es el intermediario, inicialmente vinculado con el tercero, sino el *dominus*.

Cabe realizar una última precisión antes de abordar el estudio comparativo objeto del presente trabajo: en el ámbito del *undisclosed agency* las condiciones para que se produzca la vinculación entre *dominus* y tercero y las reglas aplicables al ejercicio del derecho son las mismas en cualquier caso, esto es, con independencia del sujeto que haga uso de la acción directa (*dominus* o tercero)<sup>21</sup>.

## A) SUPUESTO DE APLICACIÓN

El supuesto de aplicación de cada una de las figuras analizadas puede ser fijado desde un punto de vista positivo y desde un punto de vista negativo. Se trata de precisar las características que debe reunir el supuesto de hecho para que exista vinculación entre *dominus* y tercero, cesión de créditos o sustitución de deudor, según el caso, pero también de comprobar si, aun cuando se cumplan las condiciones positivas, existe algún tipo de prohibición que impide su efectividad.

La completa configuración del supuesto de hecho pasa también por detenernos en la completa delimitación de los derechos que son ejercidos en los casos de representación indirecta analizados, de los que adquiere el cesionario, y de la deuda en la que se sustituye el nuevo deudor.

### 1. Requisitos positivos: incumplimiento e insolvencia vs. acuerdo

Al hablar de «requisitos positivos del supuesto de hecho» nos referimos a las características particulares que deben darse necesari-

---

deudor cedido el tercero. Las cuestiones que Pantaleón Prieto se plantea a este propósito son dos: primero, si el cobro realizado por el representante en nombre propio afecta directamente a la esfera jurídica patrimonial del representado y segunda, si el tercero está obligado a pagar al representante. Ambas cuestiones son contestadas positivamente: la primera por la alineación del autor con la doctrina que entiende a la representación indirecta como verdadera representación y la segunda por entender que se trata de una delegación al deudor para que se libere pagando al intermediario, interpretación basada en el artículo 1.162 CC y su glosa por García Goyena. «Cesión de créditos», en *ADC*, 1988, pp. 1039 y 1040.

<sup>21</sup> Así se deriva de la comparación entre los artículos 3:302 y 3:303 PECL, regulador el primero del caso en que el *dominus* ejercita los derechos del intermediario frente al tercero y, el segundo, del supuesto en que es el tercero quien se dirige contra el *dominus* ejercitando contra él los derechos que tuviera contra el intermediario.



riamente para que pueda existir vinculación entre *dominus* y tercero, cesión de créditos o sustitución de deudor.

Recuérdese que los PECL establecen como regla general la inexistencia de vinculación entre *dominus* y tercero en los casos de representación indirecta. Para que esta vinculación exista es necesario que tenga lugar alguno de los siguientes tres supuestos: que el intermediario sea insolvente, que haya incurrido en incumplimiento esencial frente al tercero o al *dominus*, según el caso, o que, aun no habiendo llegado el momento de cumplir, resulte claro que va a producirse un incumplimiento esencial (arts. 3:302 y 3:303).

La cesión de un crédito y la sustitución de deudor exige, según los PECL, la concurrencia de un acuerdo: entre cedente y cesionario, en el primer caso<sup>22</sup>, entre acreedor, deudor sustituido y deudor sustituto en el segundo.

La distinta configuración del supuesto de hecho pone ya de manifiesto dos importantes diferencias estrechamente vinculadas entre sí. Ante todo cabe destacar la inexistencia de cualquier tipo de acuerdo entre los sujetos implicados en la representación indirecta como requisito para que se produzca la vinculación entre *dominus* y tercero: el intermediario, una vez que se dan las circunstancias que hacen posible la vinculación entre *dominus* y tercero, está obligado a indicar al *dominus* o al tercero los datos identificativos del otro<sup>23</sup>. Por tanto, el *dominus* ejercita un derecho o derechos del intermediario con independencia de la voluntad de este último, a diferencia de lo que sucede en el caso de la cesión de créditos en la que el cedente acuerda ceder su pretensión<sup>24</sup>; y el tercero ejercita sus derechos contra el *dominus* de manera unilateral separándose considerablemente de la sustitución de deudor en la que se exige el acuerdo de los tres sujetos implicados, deudor original, nuevo deudor y acreedor.

Probablemente debido a la falta de acuerdo, la vinculación entre *dominus* y tercero presenta un carácter excepcional (no predicable de la cesión de créditos ni de la sustitución de deudor) pues para que se produzca debe tener lugar una acusada desprotección del tercero o del *dominus*, según el caso. Únicamente este hecho justifica que la actuación del intermediario en interés del *dominus*

---

<sup>22</sup> Respecto de la cesión de créditos, en los comentarios oficiales se afirma expresamente que el capítulo 11 se refiere al «consensual assignment of claims», *PECL III*, 2003, p. 87.

<sup>23</sup> Artículos 3:302 (a) y 3:303 (a), respectivamente.

<sup>24</sup> Precisamente ésta es una de las críticas de Reynolds al analizar la asimilación de la *doctrine of undisclosed agency* a la cesión de créditos: *Bowstead & Reynolds on Agency*, 2001, p. 343.

adquiera una relevancia jurídica en el ámbito de las relaciones *dominus*-tercero que inicialmente no estaba destinada a adquirir. Nótese, además, que en uno de los casos en los que se permite la intervención del *dominus*, la insolvencia del intermediario, una hipotética cesión de créditos sería imposible al estar privado el cedente de la libre disposición de sus bienes<sup>25</sup>.

## 2. Requisitos negativos: la alineación de los PECL con el caso *Siu Yin Kwan*

Los que hemos denominado «requisitos negativos» se prevén sólo para la cesión de créditos y son dos: el artículo 11:301 establece que no podrán cederse pretensiones derivadas de un contrato que prohíba la cesión. En virtud del siguiente artículo tampoco podrá cederse un derecho cuyo cumplimiento no pueda serle razonablemente exigido al deudor por acreedor distinto al original. Los comentarios oficiales<sup>26</sup> ilustran este caso con el supuesto de la contratación de una póliza de seguro en la que el riesgo asumido por la aseguradora depende del sujeto asegurado.

En el ámbito del *undisclosed agency*, sin embargo, los PECL no prevén ningún caso en el que, aun teniendo lugar alguna de las circunstancias que permiten la intervención del *dominus*, ésta deba ser excluida.

La diferencia señalada en la regulación de ambas figuras nos conduce a poder afirmar que los PECL se aproximan a la postura mantenida por el *Privy Council* en el caso *Siu Yin Kwan v. Eastern Insurance* en el que, como ya se ha señalado, se considera indiferente a la hora de estimar la reclamación del *undisclosed principal* contra el tercero el carácter no cedible de los derechos derivados del contrato celebrado por el intermediario. La postura que mantenemos se refuerza si tenemos en cuenta que no parece adecuado proponer, en el seno de los PECL, una aplicación de los «requisitos negativos» de la cesión de créditos a la intervención del *dominus* en caso de representación indirecta. Y ello fundamentalmente porque los PECL se separan visiblemente de su antecedente e inspirador claro de la regulación de la representación, la *Convention on agency in the International Sale of Goods* (CAISG), en un punto fundamen-

---

<sup>25</sup> No queremos dejar de señalar que, como ya habrá notado el lector, los PECL sitúan al *dominus* en una posición privilegiada respecto de los demás acreedores del intermediario en caso de quiebra de éste. Lo mismo cabe predicar del tercero cuando reclama directamente al *dominus*.

<sup>26</sup> *PECL III*, 2003, p. 110.

tal en relación con nuestro objeto de estudio. En los apartados 6 y 7 del artículo 13 CAISG se contemplan dos casos, muy similares a los previstos en los artículos 11:301 y 11:302 PECL para la cesión de créditos, en los que se impide al *dominus* reclamar al tercero aun cuando se cumplan los requisitos que, de modo muy similar a los PECL<sup>27</sup>, se exigen para que tenga lugar la vinculación directa entre *dominus* y tercero: el primer caso es aquel en que se demuestra que el tercero, de haber conocido la existencia del *dominus*, no habría celebrado el contrato; el segundo caso es el del acuerdo entre tercero e intermediario para excluir la aplicación de las disposiciones de la CAISG que permiten la vinculación entre *dominus* y tercero. La aproximación de la regulación de la CAISG en este aspecto concreto a la cesión de créditos es más evidente a partir de la lectura del *Explanatory Report* en el que se establece, como un medio de exclusión de la intervención del *dominus*, la inserción de una cláusula por la que se prohíba la cesión de los derechos derivados del contrato celebrado entre tercero e intermediario.

Llegados a este punto estamos en condiciones de responder a la cuestión principal de la que parten las presentes reflexiones: ¿cuál habría sido la solución del caso *Siu Yin Kwan v. Eastern Insurance* según los PECL? Probablemente la invocación de la analogía con la cesión de créditos no habría tenido acogida. Sin embargo, es dudoso que el caso entrase dentro de algunos de los supuestos que el artículo 3:302 enumera como casos que legitiman al *undisclosed principal* para reclamar directamente al tercero.

En términos generales cabe afirmar que, según los PECL, el tercero no podría impedir la intervención del *dominus* ni a través de una cláusula que prohíba la cesión de créditos ni alegando que contrató con el intermediario por sus características personales.

La protección que los PECL ofrecen al deudor cedido es, en este aspecto, mayor que la dispensada al tercero que contrata con un intermediario sin saber ni tener razones para saber que existe un *dominus* en cuyo interés se celebra el contrato. Esta desprotección, sin embargo, se atenúa si tenemos en cuenta que existen otros medios de defensa al alcance del tercero para evitar una intervención del *dominus*. No hay que olvidar que los PECL contemplan la intervención del *undisclosed principal* como algo excepcional, de tal modo que ésta sólo tiene lugar cuando entran en juego alguno de los supuestos de desprotec-

---

<sup>27</sup> Sobre las similitudes y diferencias entre los PECL y la CAISG en el ámbito de la representación indirecta véase FERNÁNDEZ GREGORACI, B.: «Representación indirecta y *Undisclosed agency*: su convergencia», en *ADC*, 2002, pp. 1717 a 1741.

ción que, a juicio de los PECL, la justifican (incumplimiento o insolvencia del intermediario). Añádase a ello la posibilidad de las partes de excluir la aplicación de algún artículo de los PECL o de derogar o modificar sus efectos, contemplada expresamente en el artículo 1:101 PECL. Haciendo uso de esta posibilidad, el tercero podría incluir, en el contrato celebrado con el intermediario, una cláusula que, en previsión de la sorpresiva aparición de un *undisclosed principal*, estableciera la inaplicación de los preceptos de los PECL que permiten su intervención.

### 3. Objeto

Cumplidos los requisitos (positivos) para que se produzca la vinculación entre *dominus* y tercero los derechos que se ejercitan son los derivados del contrato celebrado entre intermediario y tercero.

En relación con la cesión de créditos interesa detener nuestra atención en dos supuestos concretos contemplados expresamente en los PECL<sup>28</sup>, con el fin de establecer si puede aplicarse de algún modo al *undisclosed agency*: la cesión anticipada de un crédito futuro<sup>29</sup> y la cesión, junto con el crédito principal, de todos los accesorios.

También en sede de asunción de deuda se contempla la posibilidad de una futura sustitución de deudor<sup>30</sup>.

#### a) *La cesión anticipada de un crédito futuro y la sustitución de deuda futura*

Los PECL contemplan expresamente la cesión anticipada de un crédito futuro o la futura sustitución de deudor. En la regulación de la vinculación entre *dominus* y tercero en caso de *undisclosed agency* este supuesto no se encuentra expresamente previsto en los PECL. De ser viable la aplicación analógica en este punto de la cesión de créditos o de la sustitución de deudor, según quien sea el sujeto que ejercite el derecho, *dominus* o tercero respectivamente, se ampliarían considerablemente los

<sup>28</sup> Artículos 11:102 (2) y 11:201 (1) (b).

<sup>29</sup> A partir del artículo 11:102 (2) se deriva que el carácter futuro de un crédito se predica tanto de aquel cuya fuente es un contrato ya existente como de aquel cuya fuente contractual ni siquiera ha nacido. A este último supuesto es al que nos referiremos.

<sup>30</sup> Artículo 12:101 (2).

casos en los que la vinculación entre *undisclosed principal* y tercero es posible.

La posibilidad de que *dominus* e intermediario acuerden la cesión del crédito que nacerá una vez que el intermediario ejecute el encargo del *dominus* celebrando el contrato con el tercero, ha sido manejada por aquellos ordenamientos como el alemán que, en principio, no aceptan la vinculación entre *dominus* y tercero en caso de representación indirecta<sup>31</sup>. El hecho de que en los PECL se regule expresamente la cesión anticipada de un crédito futuro, permite ampliar el campo de supuestos en los que el *dominus* reclamaría directamente al tercero, pues podría hacerlo aun cuando el intermediario no fuera insolvente o no incumpliese esencialmente o no fuera claro que fuese a incumplir, esto es con independencia de que se cumplieran las condiciones previstas por los PECL para permitir la intervención del *dominus*. Siendo esto cierto, no hay que olvidar que ya no se trataría de una acción directa, sino de una cesión y que, por tanto, serían aplicables las reglas previstas por los PECL en el capítulo 11, incluidas naturalmente las restricciones que hemos tenido ocasión de señalar al tratar los requisitos negativos del supuesto de hecho.

El acuerdo de una sustitución futura del deudor-intermediario por el *dominus* no parece, sin embargo, conceptualmente posible en un caso puro de *undisclosed agency* pues, como ya hemos tenido ocasión de señalar, en el acuerdo participan tanto el acreedor (tercero) como los dos deudores (*dominus* e intermediario) y, por definición, antes de que nazca la deuda del intermediario frente al tercero éste desconoce la existencia de aquel.

#### b) *Accesorios del crédito*

Al ceder un crédito se ceden todos sus accesorios, tal y como se deriva del artículo 11:201 (1) (b). En sede de *undisclosed agency* y, en concreto, cuando es el *dominus* quien interviene ejercitando los derechos del intermediario, los PECL no hacen referencia expresa a los accesorios de éstos. La aplicación analógica de la cesión de créditos en este punto parece adecuada, pues para que el interés del *dominus* se vea completamente satisfecho resulta conveniente que cuente con todos los accesorios del crédito creados, además, en su interés.

---

<sup>31</sup> JÜRGEN SÄCKER, F.: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, Allgemeiner Teil (§§ 1-240)*, 1993, p.1386.

## B) EJERCICIO: EFECTIVIDAD Y EXCEPCIONES OPONIBLES

Una vez que se cumplen todos los requisitos exigidos para que pueda existir vinculación entre *dominus* y tercero, una cesión de créditos o una sustitución de deudor estas figuras entran en juego. Los requisitos adicionalmente exigidos en algunos casos para su efectividad, así como las excepciones oponibles por el demandado concreto en cada caso, constituyen los principales aspectos que serán analizados en las líneas que siguen.

### 1. Efectividad: el papel de la notificación

Nos preguntamos a continuación cuándo es efectiva frente al tercero o frente al *dominus* la intervención del *dominus* o el ejercicio de los derechos por el tercero contra aquel, respectivamente; en qué momento adquiere todos sus efectos frente al deudor la cesión de créditos, y cuándo es oponible al acreedor la sustitución del deudor.

Tanto en la cesión de créditos como en la intervención del *dominus* en el contrato celebrado entre intermediario y tercero, los PECL exigen para su efectividad una notificación. La función es la misma en ambos casos: se trata de un medio de información que pone de manifiesto el cambio que va a producirse en cuanto al sujeto legitimado para recibir el pago<sup>32</sup>.

La regulación de la notificación y sus efectos es mucho más completa en el ámbito de la cesión de créditos que en el de la representación indirecta: en relación con esta última, los PECL se limitan a establecer que el ejercicio de los derechos por parte del *dominus* exige notificar al tercero la intención de ejercitarlos y que tras su recepción el cumplimiento frente al intermediario no libera al tercero. En el ámbito de la cesión de créditos la regulación tiene como finalidad ofrecer la máxima protección al deudor cedido<sup>33</sup>. Teniendo en cuenta que, en sede de representación indirecta, el ejercicio del derecho del intermediario por un sujeto distinto a éste supondrá, cuando la existencia del *dominus* sea todavía des-

<sup>32</sup> DÍEZ-PICAZO, L.; ROCA, E.; MORALES, A. M.: *Los Principios de Derecho Europeo de Contratos*, 2002, p. 218.

<sup>33</sup> En nuestra doctrina, Pantaleón Prieto erige a la protección de la legítima confianza del deudor cedido como el principio inspirador del artículo 1.527 CC, precepto en el que, como es sabido, se establece la liberación del deudor que cumple frente al cedente antes de tener conocimiento de la cesión, «Cesión de créditos», en *ADC*, 1988, p. 1069.

conocida para el tercero, una situación sorpresiva para éste, parece lógico otorgarle el derecho a exigir la máxima fiabilidad de que quien demanda reúne efectivamente la condición de *dominus*. En este sentido se propone una aplicación analógica del régimen de la cesión de créditos en cuanto a la notificación.

La protección del deudor cedido se refleja, ante todo, en la exigencia de que la notificación se lleve a cabo por escrito identificándose el derecho cedido y requiriéndose al deudor para que cumpla frente al cesionario<sup>34</sup>. Añádase a ello que cuando la notificación es defectuosa o cuando el deudor tiene conocimiento de la cesión por fuente diversa, el deudor, si bien no está autorizado a cumplir frente al cedente, tampoco está obligado a cumplir frente al cesionario. La protección del deudor es especialmente intensa cuando la notificación procede del cesionario, supuesto idéntico al de la notificación de su intervención por parte del *dominus* al tercero. La especial protección del deudor cedido en estos casos se refleja en el derecho a exigir al cedente prueba de la cesión.

La aplicación analógica de estas reglas, con las adaptaciones oportunas, al supuesto de intervención del *undisclosed principal* conduce a una situación razonable de protección del tercero: éste podría exigir una notificación fehaciente por escrito en la que se indicara la existencia de una relación intermediario-*dominus* que justifique la intervención de éste. Al provenir la notificación del *dominus*, el tercero contaría con el derecho a exigir al intermediario prueba fehaciente de la actuación de éste por cuenta del *dominus*. Igualmente, el tercero no podría ser obligado a cumplir frente al *dominus* hasta no recibir una notificación fehaciente.

Cabe plantearse una última cuestión: ¿cuáles son los efectos del conocimiento por el tercero de la intención del *dominus* de ejercitar los derechos del intermediario a partir de una fuente diversa a la notificación? El artículo 11:303 (4) prevé en sede de cesión de créditos la falta de liberación del deudor que cumple frente al cedente con conocimiento de la cesión, sin especificar que éste tenga que provenir de la notificación. El artículo 3:304, sin embargo, no otorga ningún tipo de relevancia al conocimiento por fuente distinta de la notificación afirmando expresamente que «Upon receipt of the notice, the third party [...] is no longer entitled to render performance to the intermediary».

---

<sup>34</sup> En los comentarios se afirma que este último requisito «has been introduced in several jurisdictions to take account of the fact that a debtor who receives a notice of assignment may be uncertain of its effect on the obligation in the absence of an express direction to give performance to the assignee», *PECL III*, 2003, p. 111.

La notificación también se exige en sede de representación indirecta cuando es el tercero quien ejerce los derechos frente al *dominus*, a diferencia de lo que sucede en la regulación de la sustitución del deudor, en la que no se exige notificación alguna, pues las tres partes han acordado la sustitución por lo que el acreedor no necesita ser informado del cambio producido en el sujeto obligado.

Cuando, en sede de representación indirecta, el sujeto al que va dirigida la notificación es el *dominus* las razones que nos conducen a la aplicación analógica de la regulación prevista en sede de cesión de créditos en el caso de intervención del *dominus* no se encuentran presentes. Téngase en cuenta que el *dominus* no ocupa una posición que necesite de protección similar a la del tercero en la situación inversa: el ejercicio frente al *dominus* de los derechos que el tercero tuviera contra el intermediario no es algo sorprendente para quien, al fin y al cabo, ha ordenado al intermediario la celebración del contrato con el tercero. Por ello, no tiene sentido que el *dominus* exija prueba de la fehaciencia de una situación que él mismo ha creado.

## 2. Excepciones oponibles

El régimen de las excepciones oponibles es muy parecido en el ámbito de la cesión de créditos y en el de la intervención del *dominus*, pues el deudor cedido puede oponer las mismas excepciones que tenía contra el cedente (art. 11:307) y el tercero puede oponer las que tuviese contra el intermediario (art. 3:302). Las diferencias son más notables entre el régimen previsto para el caso de la sustitución de deudor y el contemplado para el caso en que el tercero ejercita sus derechos frente al *dominus*.

### a) *Cesión de créditos e intervención del dominus: ¿responsabilidad del intermediario?*

Aunque el régimen de las excepciones oponibles es muy similar, son distintas las consecuencias de la oponibilidad de estas excepciones en la relación cedente-cesionario, por un lado, e intermediario-*dominus*, por otro.

En virtud del artículo 11:204 el cedente responde frente al cesionario por la existencia de excepciones oponibles que afecten al derecho. En sede de *undisclosed agency* esta responsabilidad no se prevé expresamente; este hecho no nos debe conducir auto-



máticamente a afirmar que el intermediario no responde en este mismo supuesto frente al *dominus*, pues la inexistencia de una disposición al efecto se debe fundamentalmente a que los PECL no se ocupan de las relaciones internas<sup>35</sup>. Cabe, pues, preguntarse si el *dominus* puede exigir algún tipo de responsabilidad al intermediario como consecuencia del éxito de alguna excepción que el tercero alega por haberla podido oponer contra el intermediario. Probablemente no quepa dar una respuesta unívoca a la cuestión planteada. Partiendo de un caso de mandato de venta, planteamos dos hipotéticos casos en los que la solución parece que debe ser distinta:

1. El tercero comprador opone a la reclamación del precio por el *dominus* el carácter defectuoso de las mercancías entregadas. Parece dudoso que en este caso el *dominus* pueda pedir al intermediario algún tipo de responsabilidad, salvo que el carácter defectuoso de los bienes vendidos sea imputable a éste.

2. El tercero opone el pago del precio al intermediario, anterior a la notificación, precio que no ha sido entregado al *dominus*. Parece lógico que éste pueda reclamarlo al intermediario como manifestación del cumplimiento de la obligación de rendición de cuentas que asume todo intermediario.

En términos generales podría, pues, afirmarse que el intermediario responde frente al *dominus* por las excepciones opuestas por el tercero en la medida en que éstas supongan un incumplimiento de las obligaciones asumidas por el intermediario frente al *dominus*.

Dentro de las excepciones oponibles por el deudor cedido la compensación que podría oponerse al cedente recibe un tratamiento específico que se traduce en limitar su oponibilidad al cesionario a aquella compensación cuyo supuesto o bien existe en el momento en que se recibe la notificación de la cesión o bien nace posteriormente, siempre que se encuentre íntimamente conectado con el crédito cedido<sup>36</sup>. La compensación no recibe un tratamiento específico en sede de *undisclosed agency*: el artículo 3:302 afirma que el derecho ejercido por el *dominus* se encuentra sujeto a «las defensas y excepciones que el tercero hubiera podido oponer contra el intermediario» sin establecer límite alguno.

---

<sup>35</sup> Artículo 3:101 (3).

<sup>36</sup> Artículo 11:307 (2).

b) *Sustitución de deudor y reclamación al dominus: la relevancia de la relación dominus-intermediario en perjuicio del tercero.*

Existen importantes diferencias entre las excepciones oponibles por el nuevo deudor al acreedor y las oponibles por el *dominus* al tercero cuando éste le reclama directamente los derechos que tuviera contra el intermediario: en el primer caso el sustituto sólo puede oponer al acreedor las excepciones que contra éste tuviera el deudor sustituido; los PECL prohíben expresamente oponer al acreedor excepciones que tenga el nuevo deudor contra el original. Esto sí se permite en sede de *undisclosed agency*, pues el *dominus* no sólo puede oponer las excepciones que tuviera el intermediario contra el tercero sino también las del propio *dominus* contra el intermediario. Los comentarios oficiales justifican esta ventaja del *dominus* en la preexistencia de una relación entre intermediario y *dominus*<sup>37</sup>.

#### IV. CONCLUSIONES

El estudio comparativo realizado pone de manifiesto algunos datos de interés. Cabe afirmar ante todo que los PECL han optado por una regulación de los efectos directos entre *dominus* y tercero en los casos de *undisclosed agency* que muy difícilmente permite entenderla como una cesión de créditos, cuando es el *dominus* quien interviene, o como una sustitución de deudor, cuando el tercero decide dirigirse contra el *dominus*. Con todo, cabe destacar que son más numerosas las diferencias entre el régimen de sustitución de deudor y las reglas aplicables a la reclamación directa por el tercero contra el *dominus*.

Son fundamentalmente dos las diferencias que nos parece importante destacar y que reseñamos a continuación: en primer lugar la falta de acuerdo entre partes implicadas en los casos de *undisclosed agency* y la importancia esencial de éste para que tenga lugar una cesión de créditos o una sustitución de deudor. El efecto directo en los casos de representación indirecta se produce, en los casos expresamente previstos, por decisión unilateral del *dominus* o del tercero, según el caso. La cesión, sin embargo, se produce como consecuencia de un acuerdo entre cedente y cesionario; para la sustitución de deudor en el acuerdo no sólo tienen que intervenir

---

<sup>37</sup> PECL I & II, 2001, p. 224.

deudor sustituto y deudor sustituido, sino también el acreedor. La segunda de las diferencias que resaltamos, supone un alejamiento del régimen de la intervención del *undisclosed principal* del de la cesión de créditos: la falta de contemplación en los PECL de aquellos casos que permitían en la CAISG evitar la intervención del *dominus* mediante la inserción de una cláusula de no cedibilidad de los derechos derivados del contrato.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe afirmar que las evidentes similitudes entre el caso de la intervención del *dominus* en el contrato celebrado entre intermediario y tercero y el de la cesión de un crédito aconsejan, a nuestro entender, completar la regulación de la intervención del *dominus* acudiendo a algunos aspectos de la cesión de créditos<sup>38</sup>. Y así, consideramos adecuado que el *dominus* al ejercitar los derechos del intermediario contra el tercero está legitimado igualmente para utilizar sus accesorios; entendemos también adecuada la aplicación de las reglas previstas para la notificación al deudor cedido pues la necesidad de protección de éste que las inspira existe también en el caso del tercero que desconoce la existencia de un *dominus*.

Por otra parte, hemos apuntado también la posibilidad de utilizar la figura de la cesión de crédito futuro para ampliar los supuestos de intervención del *dominus* mediante el acuerdo con el intermediario de la cesión de los créditos que nacerán del futuro contrato a celebrar con el tercero por cuenta de aquel.

En conclusión, cabe afirmar que la representación indirecta cuenta en los PECL con un régimen propio por lo que no cabe configurarla como una subespecie de otra figura como la cesión de créditos o la sustitución de deudor. Ello no impide que las posibles lagunas puedan ser completadas acudiendo fundamentalmente a la cesión de créditos siempre que se aprecie la necesaria «identidad de razón»<sup>39</sup> entre las normas aplicadas analógicamente.

## BIBLIOGRAFÍA

AMES, J. B.: «Undisclosed principal: his rights and liabilities», en 18 *Yale L. J.*, 1909, pp. 453 a 483.

BRADGATE, R.: *Commercial Law*, London, 2001.

---

<sup>38</sup> Se trataría de una manifestación de la utilización conjunta de dos de las partes de los PECL augurada por los propios miembros de la comisión Lando. Véase la introducción a la III Parte de los PECL donde se afirma que ésta «is designed to be used in conjunction with the earlier volume», *PECL, III*, 2003, p. xv.

<sup>39</sup> Artículo 4 CC para la aplicación analógica de las normas.

- DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L.; ROCA TRÍAS, E.; MORALES MORENO, A. M.: *Los Principios de Derecho Europeo de Contratos*, Madrid, 2002.
- FERNÁNDEZ GREGORACI, B.: «Representación indirecta y undisclosed agency: su convergencia (la *Convention on Agency in the International Sale of Goods* y los *Principle of European Contract Law*)», en *ADC*, 2002, pp. 1717 a 1749. [Cit.: «Representación indirecta y undisclosed agency: su convergencia».]
- GEVA, B.: «Authority of sale and privity of contract: the proprietary basis of the right to the proceeds of sale at Common Law», en *McGill L. J.*, 1979, pp. 32 a 63.
- GOODE, R.: *Commercial Law*, London, 1995.
- GOODHART, A. L., y HAMSON, C. J.: «Undisclosed principal in contract», en 4 *Cambridge L. J.*, 1932, pp. 320 a 356.
- JÜRGEN SÄCKER, F.: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, Allgemeiner Teil (§§ 1-240)*, München, 1993.
- LANDO, O., y BEALE, H.: *Principles of European Contract Law. Prepared by the Commission on European Contract Law*, The Hague, 2000. [Cit. *PECL I, II.*]
- LANDO, O.; CLIVE, E.; PRÜM, A.; ZIMMERMANN, R.: *Principles of European Contract Law, Part III. Prepared by the Commission on European Contract Law*, The Hague, 2003. [Cit. *PECL III.*]
- LEWIS, W. M.: «The liability of the undisclosed principal in contract», en 9 *Col L. Rev.*, 1909, pp. 116 a 135.
- MARKESINIS, B. S., y MUNDAY, R. J. C.: *An Outline of the Law of Agency*, London, 1998.
- MECHEM, F. R.: «The liability of an undisclosed principal», en 23 *Harv. L. Rev.*, 1910, pp. 513 a 530.
- PANTALEÓN PRIETO, F.: «Cesión de créditos», en *ADC*, 1988, pp. 1033 a 1131.
- POLLOCK: «Notes», en 11 *LQR*, 1887, pp. 358 y 359.
- POWELL, R.: *Law of Agency*, London, 1952.
- REYNOLDS, F. M. B.: «Practical problems of the undisclosed principal doctrine», en 36 *Current Legal Problems* 1983, pp. 119 a 140.
- «Some agency problems in insurance law», en *Consensus ad idem*, 1997, pp. 77 a 95.
- *Bowstead & Reynolds on Agency*, London, 2001.
- SEAVEY, W. A.: «The rationale of agency», en 29 *Yale L. J.*, 1920, pp. 859 a 895.
- TETTENBORN, A.: «Insurers and undisclosed agency-Rough justice and commercial expediency», en 53 *Cambridge L. J.*, 1994, pp. 223 a 225.
- TREITEL, G.H.: *The Law of Contract*, London, 1999.
- VV.AA.: «Agency and co-insurance. The Siu Case», en 6 *Insurance Law Monthly*, 1994, pp. 1 a 3.



# CRÓNICA DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA COMUNITARIAS

**MARTA REQUEJO ISIDRO**

Profesora Titular de Derecho internacional privado  
Universidad de Santiago de Compostela

## I. LEGISLACIÓN

### A) NORMATIVA VIGENTE

#### DERECHO DE LA COMPETENCIA

1. **Reglamento (CE) núm. 2238/2003 del Consejo, de 15 de diciembre de 2003, relativo a la protección frente a los efectos de la aplicación de la Ley antidumping de Estados Unidos de 1916 y de las medidas basadas en ella o derivadas de ella. DOUE, L, núm. 333, de 20 de diciembre de 2003.**
2. **Reglamento (CE) núm. 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas («Reglamento comunitario de concentraciones»). DOUE, L, núm. 24, de 29 de enero de 2004.**

#### ESPACIO JUDICIAL CIVIL EUROPEO

3. **Reglamento (CE) núm. 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 1347/2000. DOUE, L, núm. 338, de 22 de diciembre de 2003.**

#### PROPIEDAD INDUSTRIAL E INTELECTUAL

4. **Reglamento (CE) núm. 1992/2003 del Consejo, de 27 de octubre de 2003, por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 40/94 sobre la marca comunitaria, con objeto de llevar a efecto la adhesión de la Comunidad Europea al Protocolo concerniente al Arreglo de Madrid relativo al registro internacional de marcas adoptado en Madrid el 27 de junio de 1989. DOUE, L, núm. 296, de 14 de noviembre de 2003.**

5. **Decisión del Consejo, de 27 de octubre de 2003, por la que se aprueba la adhesión de la Comunidad Europea al Protocolo concerniente al Arreglo de Madrid relativo al registro internacional de marcas, adoptado en Madrid el 27 de junio de 1989. DOUE, L, núm. 296, de 14 de noviembre de 2003.**
6. **Reglamento (CE) núm. 422/2004 del Consejo, de 19 de febrero de 2004, por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 40/94 sobre la marca comunitaria. DOUE, L, núm. 70, de 9 de marzo de 2004.**

#### RESPONSABILIDAD CIVIL

7. **Decisión del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, por la que se autoriza a los Estados miembros que son Partes Contratantes en el Convenio de París, de 29 de julio de 1960, acerca de la responsabilidad civil en materia de energía nuclear a firmar, en interés de la Comunidad Europea, el Protocolo por el que se modifica dicho Convenio. DOUE, L, núm. 338, de 22 de diciembre de 2003.**
8. **Decisión del Consejo, de 2 de marzo de 2004, por la que se autoriza a los Estados miembros a firmar, ratificar o adherirse, en interés de la Comunidad Europea, al Protocolo de 2003 del Convenio Internacional sobre la constitución de un fondo internacional de indemnización de daños debidos a contaminación por hidrocarburos, de 1992, y por la que se autoriza a Austria y Luxemburgo a adherirse, en interés de la Comunidad Europea, a los instrumentos subyacentes. DOUE, L, núm. 78, de 16 de marzo de 2004.**
9. **Decisión del Consejo, de 8 de marzo de 2004, por la que se autoriza a los Estados miembros que son Partes contratantes en el Convenio de París de 29 de julio de 1960 acerca de la responsabilidad civil en materia de energía nuclear a ratificar, en interés de la Comunidad Europea, el Protocolo por el que se modifica dicho Convenio o a adherirse a él. DOUE, L, núm. 97, de 1 de abril de 2004.**

#### TRANSPORTES

10. **Reglamento (CE) núm. 2187/2003 de la Comisión, de 15 de diciembre de 2003, por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 639/2003 en lo que atañe al primer lugar de descarga en el tercer país de destino final en el caso del transporte por carretera. DOUE, L, núm. 327, de 16 de diciembre de 2003.**

#### B) PROPUESTAS, PROYECTOS Y TRABAJOS LEGISLATIVOS

##### CONSUMIDORES

11. **Resolución del Parlamento Europeo sobre las repercusiones del Libro Verde sobre la protección de los consumidores en la Unión Europea para el futuro de la política europea de los consumidores. DOUE, C, núm. 61 E, de 10 de marzo de 2004.**

12. **Resolución del Parlamento Europeo sobre las perspectivas de la protección jurídica del consumidor a la luz del Libro Verde sobre la protección de los consumidores en la Unión Europea. DOUE, C, núm. 61 E, de 10 de marzo de 2004.**

**CONTABILIDAD**

13. **Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifican las Directivas 78/660/CEE, 83/349/CEE y 91/674/CEE sobre las cuentas anuales y consolidadas de determinadas formas de sociedades y empresas de seguros. DOUE, C, núm. 38 E, de 12 de febrero de 2004.**
14. **Posición del Parlamento Europeo adoptada en primera lectura el 14 de enero de 2003 con vistas a la adopción de la directiva 2003/.../CE del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifican las Directivas 78/660/CEE, 83/349/CEE, 86/635/CEE y 91/674/CEE del Consejo sobre las cuentas anuales y consolidadas de determinadas formas de sociedades, bancos y otras entidades financieras, así como empresas de seguros. DOUE, C, núm. 38 E, de 12 de febrero de 2004.**

**DERECHO DE LA COMPETENCIA**

15. **Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas. DOUE, C, núm. 31, de 5 de febrero de 2004.**
16. **Posición Común (CE) núm. 11/2004, de 18 de diciembre de 2003, aprobada por el Consejo de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 251 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, con vistas a la adopción de un Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la protección contra las subvenciones y las prácticas tarifarias desleales, que causan perjuicios a las compañías aéreas comunitarias, en la prestación de servicios de transporte aéreo desde los países no miembros de la Comunidad Europea. DOUE, C, núm. 66 E, de 16 de marzo de 2004.**
17. **Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre: la «Comunicación de conformidad con el artículo 33 del Reglamento (CE) núm. 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado», y la «Comunicación por la que se invita a terceros a presentar comentarios sobre los proyectos de comunicación de la Comisión». DOUE, C, núm. 80, de 30 de marzo de 2004.**



## ESPACIO JUDICIAL CIVIL EUROPEO

18. **Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre un proyecto de Decisión marco del Consejo relativa a la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y de aseguramiento de pruebas.** DOUE, C, núm. 261 E, de 30 de octubre de 2003.
19. **Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la propuesta de la Comisión para la aprobación de la Directiva del Consejo destinada a mejorar el acceso a la justicia en los litigios transfronterizos mediante el establecimiento de reglas mínimas comunes relativas a la justicia gratuita y otros aspectos financieros vinculados a los juicios civiles.** DOUE, C, núm. 273 E, de 14 de noviembre de 2003.
20. **Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental derogando el Reglamento (CE) núm. 1347/2000 y modificando el Reglamento (CE) núm. 44/2001 en materia de alimentos.** DOUE, C, núm. 25 E, de 29 de enero de 2004.
21. **Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental derogando el Reglamento (CE) núm. 1347/2000 y modificando el Reglamento (CE) núm. 44/2001 en materia de alimentos.** DOUE, C, núm. 25 E, de 29 de enero de 2004.
22. **Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Iniciativa del Reino de los Países Bajos con vistas a la adopción de un Reglamento del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 44/2001 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil».** DOUE, C, núm. 32, de 5 de febrero de 2004.
23. **Quinta puesta al día de la información comunicada por los Estados miembros de conformidad con el artículo 23 del Reglamento (CE) núm. 1348/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, relativo a la notificación al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil.** DOUE, C, núm. 37, de 11 de febrero de 2004.
24. **Resolución del Parlamento Europeo sobre el Libro Verde de la Comisión sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil.** DOUE, C, núm. 61 E, de 10 de marzo de 2004.
25. **Posición común (CE) núm. 19/2004, de 6 de febrero de 2004, aprobada por el Consejo de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 251 del Tratado constitutivo de la Comunidad**

**Europea, con vistas a la adopción de un Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un Título Ejecutivo Europeo para créditos no impugnados. DOUE, C, núm. 79 E, de 30 de marzo de 2004.**

LIBRE CIRCULACIÓN DE MERCANCÍAS

26. **Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a las promociones de ventas en el mercado interior. DOUE, C, núm. 272 E, de 13 de noviembre de 2003.**
27. **Posición del parlamento europeo adoptada en primera lectura el 4 de septiembre de 2002 con vistas a la adopción del Reglamento (CE) núm. .../2002 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a las promociones de ventas en el mercado interior. DOUE, C, núm. 272 E, de 13 de noviembre de 2003.**

OMC

28. **Resolución del Parlamento Europeo sobre el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS) en el marco de la OMC, incluida la diversidad cultural. DOUE, C, núm. 61 E, de 10 de marzo de 2004.**

PROPIEDAD INDUSTRIAL E INTELECTUAL

29. **Resolución del Parlamento Europeo sobre la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones sobre determinados aspectos jurídicos vinculados a las obras cinematográficas y a otras producciones del sector audiovisual. DOUE, C, núm. 271 E, de 12 de noviembre de 2003.**
30. **Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la propuesta de Reglamento del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CEE) núm. 2081/92 relativo a la protección de las indicaciones geográficas y de las denominaciones de origen de los productos agrícolas y alimenticios. DOUE, C, núm. 27 E, de 30 de enero de 2004.**
31. **Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las medidas y procedimientos destinados a garantizar el respeto de los derechos de propiedad intelectual». DOUE, C, núm. 32, de 5 de febrero de 2004.**
32. **Resolución del Parlamento Europeo sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes audiovisuales. DOUE, C, núm. 67 E, de 17 de marzo de 2004.**

## RECONOCIMIENTO MUTUO

33. **Comunicación interpretativa de la Comisión. Simplificación del acceso de productos al mercado de otro Estado miembro: aplicación práctica del reconocimiento mutuo.** DOUE, C, núm. 265, de 4 de noviembre de 2003.

## RESPONSABILIDAD CIVIL

34. **Propuesta de Decisión del Consejo por la que se autoriza a los Estados miembros a firmar y ratificar, en interés de la Comunidad Europea, el Convenio internacional sobre responsabilidad civil nacida de daños debidos a contaminación por los hidrocarburos para combustible de los buques, 2001 (Convenio «combustible de los buques»).** DOUE, C, núm. 261 E, de 30 de octubre de 2003.
35. **Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la propuesta de Decisión del Consejo por la que se autoriza a los Estados miembros a firmar y ratificar, en interés de la Comunidad Europea, el Convenio internacional sobre responsabilidad civil nacida de daños debidos a contaminación por los hidrocarburos para combustible de los buques, 2001 (Convenio «combustible de los buques»).** DOUE, C, núm. 261 E, de 30 de octubre de 2003.
36. **Propuesta de Decisión del Consejo por la que se autoriza a los Estados miembros a ratificar, en interés de la Comunidad Europea, el Convenio internacional sobre responsabilidad e indemnización de daños en relación con el transporte marítimo de sustancias nocivas y potencialmente peligrosas, 1996.** DOUE, C, núm. 261 E, de 30 de octubre de 2003.
37. **Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la propuesta de Decisión del Consejo por la que se autoriza a los Estados miembros a ratificar, en interés de la Comunidad Europea, el Convenio internacional sobre responsabilidad e indemnización de daños en relación con el transporte marítimo de sustancias nocivas y potencialmente peligrosas, 1996.** DOUE, C, núm. 261 E, de 30 de octubre de 2003.
38. **Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre responsabilidad ambiental en relación con la prevención y reparación de daños ambientales.** DOUE, C, núm. 67 E, de 17 de marzo de 2004.
39. **Posición del Parlamento Europeo adoptada en primera lectura el 14 de mayo de 2003 con vistas a la adopción de la Directiva 2003/.../CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre responsabilidad ambiental en relación con la prevención y reparación de daños ambientales.** DOUE, C, núm. 67 E, de 17 de marzo de 2004.

## SEGUROS

40. **Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la Posición común del Consejo con vistas a la adopción de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el seguro de vida.** DOUE, C, núm. 273 E, de 14 de noviembre de 2003.
41. **Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los requisitos de seguro de las compañías y operadores aéreos.** DOUE, C, núm. 67 E, de 17 de marzo de 2004.
42. **Posición del Parlamento Europeo adoptada en primera lectura el 13 de mayo de 2003 con vistas a la adopción del Reglamento (CE) núm. .../2003 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los requisitos de seguro de las compañías y operadores aéreos.** DOUE, C, núm. 67 E, de 17 de marzo de 2004.

## SERVICIOS FINANCIEROS

43. **Posición común (CE) núm. 9/2004, de 8 de diciembre de 2003, aprobada por el Consejo de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 251 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, con vistas a la adopción de una Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los mercados de instrumentos financieros, por la que se modifican las Directivas 85/611/CEE y 93/6/CEE del Consejo y la Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga la Directiva 93/22/CEE del Consejo.** DOUE, C, núm. 60 E, de 9 de marzo de 2004.
44. **Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la armonización de los requisitos de transparencia relativos a la información sobre los emisores cuyos valores se admiten a cotización en un mercado regulado y por la que se modifica la Directiva 2001/34/CE».** DOUE, C, núm. 80, de 30 de marzo de 2004.

## TIME SHARING

45. **Resolución del Parlamento Europeo sobre el seguimiento de la política comunitaria en el ámbito de la protección de los adquirentes de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido (Directiva 94/47/CE).** DOUE, C, núm. 271 E, de 12 de noviembre

## II. PRÁCTICA DEL TJCE Y DEL TPICE

## ESPACIO JUDICIAL CIVIL EUROPEO

46. **Sentencia del Tribunal de Justicia, de 9 de diciembre de 2003, en el asunto C-116/02 (Petición de decisión prejudicial planteada por**

el Oberlandesgericht Innsbruck, Austria). Erich Gasser GmbH contra MISAT Srl (Convenio de Bruselas. Artículo 21. Litispendencia. Artículo 17. Cláusula atributiva de competencia. Obligación de suspender el procedimiento del órgano jurisdiccional, designado en una cláusula atributiva de competencia, ante el que se ha interpuesto la segunda demanda. Duración excesivamente larga de los procesos ante los órganos jurisdiccionales del Estado del órgano jurisdiccional ante el que se ha interpuesto la primera demanda. Irrelevancia). DOUE, C, núm. 21, de 24 de enero de 2004.

47. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta), de 5 de febrero de 2004, en el asunto C-18/02 (petición de decisión prejudicial del Arbejdsret). Danmarks Rederiforening contra LO Landsorganisationen i Sverige (Convenio de Bruselas. Artículo 5, número 3. Competencia en materia delictual o cuasi delictual. Lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso. Medida adoptada por un sindicato en un Estado contratante contra el armador de un buque registrado en otro Estado contratante). DOUE, C, núm. 85, de 3 de abril de 2004.
48. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta), de 5 de febrero de 2004, en el asunto C-265/02 (petición de decisión prejudicial planteada por la Corte suprema di cassazione). Frahuil SA contra Assitalia SpA (Convenio de Bruselas. Competencias especiales. Artículo 5, número 1. Concepto de «materia contractual». Contrato de fianza celebrado sin conocimiento del deudor principal. Subrogación del fiador en los derechos del acreedor. Acción de reembolso del fiador frente al deudor principal). DOUE, C, núm. 85, de 3 de abril de 2004.
49. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta), de 15 de enero de 2004, en el asunto C-433/01, (petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof). Freistaat Bayern contra Jan Blijdenstein (Convenio de Bruselas. Competencias especiales. Artículo 5, punto 2. Obligación de alimentos. Acción de repetición ejercitada por un organismo público que se subroga en los derechos del acreedor de alimentos). DOUE, C, núm. 71, de 20 de marzo de 2004.
50. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta), de 5 de febrero de 2004, en el asunto C-18/02 (petición de decisión prejudicial del Arbejdsret). Danmarks Rederiforening contra LO Landsorganisationen i Sverige (Convenio de Bruselas. Artículo 5, número 3. Competencia en materia delictual o cuasi delictual. Lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso. Medida adoptada por un sindicato en un Estado contratante contra el armador de un buque registrado en otro Estado contratante). DOUE, C, núm. 71, de 20 de marzo de 2004.

## DERECHO DE LA COMPETENCIA

51. **Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta), de 18 de septiembre de 2003, en el asunto C-338/00 P: Volkswagen AG (Recurso de casación. Competencia. Distribución de vehículos automóviles. Compartimentación. Artículo 85 del Tratado CE, actualmente artículo 81 CE. Reglamento (CEE) núm. 123/85. Imputabilidad de la infracción a la empresa afectada. Derecho a ser oído. Obligación de motivación. Consecuencias jurídicas de una divulgación a la prensa. Incidencia de la regularidad de la notificación en la cuantía de la multa. Adhesión a la casación). DOUE, C, núm. 264, de 1 de noviembre de 2003.**
52. **Sentencia del Tribunal de Justicia, de 9 de septiembre de 2003, en el asunto C-198/01 (petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunale amministrativo regionale per il Lazio). Consorzio Industrie Fiammiferi (CIF) contra Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (Derecho de la competencia. Normativa nacional contraria a la competencia. Facultad de la autoridad nacional de defensa de la competencia de excluir la aplicación de dicha normativa. Requisitos de inimputabilidad a las empresas de los comportamientos contrarios a la competencia). DOUE, C, núm. 264, de 1 de noviembre de 2003.**
53. **Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta), de 11 de septiembre de 2003, en el asunto C-207/01 (petición de decisión prejudicial planteada por la Corte d'appello di Firenze). Altair Chimica SpA contra ENEL Distribuzione SpA (Competencia. Posición dominante. Suministro de electricidad. Facturación de un sovrapprezzo). DOUE, C, núm. 264, de 1 de noviembre de 2003.**
54. **Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta), de 2 de octubre de 2003, en el asunto C-176/99 P: ARBED SA contra Comisión de las Comunidades Europeas (Recurso de casación. Acuerdos y prácticas concertadas. Fabricantes europeos de vigas. Pliego de cargos). DOUE, C, núm. 275, de 15 de noviembre de 2003.**
55. **Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta), de 2 de octubre de 2003, en el asunto C-179/99 P: Eurofer ASBL contra Comisión de las Comunidades Europeas (Recurso de casación. Acuerdos y prácticas concertadas. Fabricantes europeos de vigas). DOUE, C, núm. 275, de 15 de noviembre de 2003.**
56. **Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta), de 2 de octubre de 2003, en el asunto C-182/99 P: Salzgitter AG contra Comisión de las Comunidades Europeas (Recurso de casación. Acuerdos y prácticas concertadas. Fabricantes europeos de vigas). DOUE, C, núm. 275, de 15 de noviembre de 2003.**
57. **Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta), de 2 de octubre de 2003, en el asunto C-194/99 P: Thyssen Stahl AG contra Comisión de las Comunidades Europeas (Recurso de casación. Acuerdos**

- y prácticas concertadas. Fabricantes europeos de vigas). DOUE, C, núm. 275, de 15 de noviembre de 2003.
58. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta), de 2 de octubre de 2003, en el asunto C-196/99 P: Siderúrgica Aristrain Madrid SL contra Comisión de las Comunidades Europeas (Recurso de casación. Acuerdos y prácticas concertadas. Fabricantes europeos de vigas). DOUE, C, núm. 275, de 15 de noviembre de 2003.
59. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta), de 2 de octubre de 2003, en el asunto C-198/99 P: Empresa Nacional Siderúrgica SA (Ensidesa) contra Comisión de las Comunidades Europeas (Recurso de casación. Acuerdos y prácticas concertadas. Fabricantes europeos de vigas). DOUE, C, núm. 275, de 15 de noviembre de 2003.
60. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta), de 2 de octubre de 2003, en el asunto C-199/99 P: Corus UK Ltd contra Comisión de las Comunidades Europeas (Recurso de casación. Acuerdos y prácticas concertadas. Fabricantes europeos de vigas). DOUE, C, núm. 275, de 15 de noviembre de 2003.
61. Sentencia del Tribunal de Justicia, de 30 de septiembre de 2003, en los asuntos acumulados C-57/00 P y C-61/00 P: Freistaat Sachsen Volkswagen AG et Volkswagen Sachsen GmbH contra Comisión de las Comunidades Europeas (Ayudas de Estado. Compensación de las desventajas económicas que resultan de la división de Alemania. Grave perturbación en la economía de un Estado miembro. Desarrollo económico regional. Directrices comunitarias sobre ayudas estatales en el sector de los vehículos de motor). DOUE, C, núm. 275, de 15 de noviembre de 2003.
62. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta), de 25 de septiembre de 2003, en el asunto C-170/02 P: Schlüsselverlag J.S. Moser GmbH y otros contra Comisión de las Comunidades Europeas (Recurso de casación. Recurso por omisión. Competencia. Denuncia. Control de las operaciones de concentración. Adopción de posición en el sentido del artículo 232 CE. Inadmisibilidad). DOUE, C, núm. 275, de 15 de noviembre de 2003.
63. Auto del Tribunal de Primera Instancia, de 25 de junio de 2003, en el asunto T-41/01: Rafael Pérez Escolar contra Comisión de las Comunidades Europeas (Ayudas de Estado. Denuncia. Recurso por incumplimiento. Legitimación. Admisibilidad). DOUE, C, núm. 275, de 15 de noviembre de 2003.
64. Sentencia del Tribunal de Justicia, de 30 de septiembre de 2003, en el asunto C-301/96: República Federal de Alemania contra Comisión de las Comunidades Europeas (Ayudas de Estado. Decisión 96/666/CE. Compensación de las desventajas económicas causadas por la división de Alemania. Perturbación grave de la economía de un Estado miembro. Desarrollo económico regional). DOUE, C, núm. 275, de 15 de noviembre de 2003.

65. **Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta), de 2 de octubre de 2003, en el asunto C-195/99 P: Krupp Hoesch Stahl AG contra Comisión de las Comunidades Europeas (Recurso de casación. Acuerdos y prácticas concertadas. Fabricantes europeos de vigas). DOUE, C, núm. 304, de 12 de diciembre de 2003.**
66. **Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 30 de septiembre de 2003, en el asunto T-158/00: Arbeitsgemeinschaft der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten der Bundesrepublik Deutschland (ARD) contra Comisión de las Comunidades Europeas (Competencia. Concentraciones. Admisibilidad. Mercados de la televisión de pago y de servicios de televisión digital interactiva. Serias dudas sobre la compatibilidad con el mercado común. Compromisos adoptados durante la primera fase de control. Plazos. Modificación de los compromisos. Insuficiencia de los compromisos). DOUE, C, núm. 304, de 12 de diciembre de 2003.**
67. **Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 30 de septiembre de 2003, en los asuntos acumulados T-346/02 y T-347/02: Cableuropa SA y otros contra Comisión de las Comunidades Europeas [Competencia. Control de las concentraciones entre empresas. Reglamento (CEE) núm. 4064/89. Decisión de remitir el asunto a las autoridades nacionales. Concepto de mercado definido]. DOUE, C, núm. 304, de 12 de diciembre de 2003.**
68. **Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 23 de octubre de 2003, en el asunto T-65/98: Van den Bergh Foods Ltd contra Comisión de las Comunidades Europeas (Recurso de anulación. Competencia. Artículos 85 y 86 del Tratado CE, actualmente artículos 81 CE y 82 CE). Helados de consumo impulsivo. Suministro de arcones congeladores a los minoristas. Cláusula de exclusiva. Obstáculos a la entrada en el mercado. Derecho de propiedad. Artículo 222 del Tratado CE, actualmente artículo 295 CE). DOUE, C, núm. 7, de 10 de enero de 2004.**
69. **Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 30 de septiembre de 2003, en los asuntos acumulados T-191/98, T-212/98 a T-214/98, Atlantic Container Line AB y otros contra Comisión de las Comunidades Europeas [Competencia. Conferencias marítimas. Reglamento (CEE) núm. 4056/86. Exención por categorías. Exención individual. Posición dominante colectiva. Abuso. Contratos de servicios. Adhesión a la Conferencia. Efectos en la estructura de la competencia. Revocación de la exención por categoría. Multas. Derechos de la defensa]. DOUE, C, núm. 7, de 10 de enero de 2004.**
70. **Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 16 de octubre de 2003, en el asunto T-148/00: The Panhellenic Union of Cotton Ginners and Exporters contra Comisión de las Comunidades Europeas (Ayudas de Estado. Exacción compensatoria. Modo de financiación de las ayudas. Régimen de ayudas comunitarias en favor del algodón. Recurso de anulación. Admisibilidad. Actos recurribles. Negativa de la Comisión a continuar un procedimiento**



por incumplimiento. Principio de autonomía de las distintas vías de recurso). DOUE, C, núm. 7, de 10 de enero de 2004.

71. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 21 de octubre de 2003, en el asunto T-368/00: General Motors Nederland BV y Opel Nederland BV contra Comisión de las Comunidades Europeas (Competencia. Distribución de vehículos automóviles. Artículo 81 CE. Reglamentos (CEE) núm. 123/85 y (CE) núm. 1475/95. Compartimentación. Estrategia global orientada a limitar las exportaciones. Restricción del abastecimiento. Sistema de restricción de primas. Prohibición de las exportaciones. Multa. Gravedad y duración de la infracción. Proporcionalidad. Directrices para el cálculo de las multas). DOUE, C, núm. 7, de 10 de enero de 2004.
72. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 23 de octubre de 2003, en el asunto T-255/01: Changzhou Hailong Electronics & Light Fixtures Co. Ltd y Zhejiang Yankon Group Co. Ltd contra Consejo de la Unión Europea (Dumping. Determinación del valor normal. Condiciones de economía de mercado. País análogo. Artículo 2, apartado 7, del Reglamento (CE) núm. 384/96). DOUE, C, núm. 7, de 10 de enero de 2004.
73. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta), de 27 de noviembre de 2003, en los asuntos acumulados C-34/01 a C-38/01 (petición de decisión prejudicial planteada por la Corte Suprema di Casazione). Enirisorce SpA contra Ministero delle Finanze (Empresas públicas. Atribución a empresas públicas de una parte de una tasa portuaria abonada al Estado. Competencia. Abuso de posición dominante. Ayuda de Estado. Exacción de efecto equivalente. Tributo interno. Libre circulación de mercancía). DOUE, C, núm. 21, de 24 de enero de 2004.
74. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta), de 7 de enero de 2004, en los asuntos acumulados C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P: Aalborg Portland A/S contra Comisión de las Comunidades Europeas (Recurso de casación. Competencia. Importaciones paralelas. Artículo 85, apartado 1, del Tratado CE, actualmente artículo 81 CE, apartado 1). Concepto de acuerdo entre empresas. Prueba de la existencia de un acuerdo. Mercado de productos farmacéuticos). DOUE, C, núm. 59, de 6 de marzo de 2004.
75. Sentencia del Tribunal de Justicia, de 6 de enero de 2004, en los asuntos acumulados C-02/01 P y C-03/01 P: Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eV contra Comisión de las Comunidades Europeas (Recurso de casación. Competencia. Importaciones paralelas. Artículo 85, apartado 1, del Tratado CE (actualmente artículo 81 CE, apartado 1). Concepto de acuerdo entre empresas. Prueba de la existencia de un acuerdo. Mercado de productos farmacéuticos). DOUE, C, núm. 59, de 6 de marzo de 2004.

76. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 11 de diciembre de 2003, en el asunto T-56/99, *Marlines SA* contra Comisión de las Comunidades Europeas [Competencia. Artículo 85, apartado 1, del Tratado CE, actualmente artículo 81 CE, apartado 1). Fijación de los precios. Prueba de la participación en un acuerdo. Duración. Error de apreciación de los hechos]. DOUE, C, núm. 71, de 20 de marzo de 2004.
77. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 11 de diciembre de 2003, en el asunto T-59/99: *Ventouris Group Enterprises SA* contra Comisión de las Comunidades Europeas [Competencia. Reglamento (CEE) núm. 4056/86. Inspección de locales de una sociedad distinta de la destinataria de la decisión de inspección. Artículo 85, apartado 1, del Tratado CE, actualmente artículo 81 CE, apartado 1). Fijación de precios. Prueba de la infracción. Error en la apreciación de los hechos. Multas. Proporcionalidad. Circunstancias atenuantes]. DOUE, C, núm. 71, de 20 de marzo de 2004.
78. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 11 de diciembre de 2003, en el asunto T-65/99: *Strintzis Lines Shipping SA* contra Comisión de las Comunidades Europeas [Competencia. Reglamento (CEE) núm. 4056/86. Inspección de locales de una sociedad distinta de la destinataria de la decisión de inspección. Artículo 85, apartado 1, del Tratado CE, actualmente artículo 81 CE, apartado 1). Normativa estatal sobre el transporte marítimo y práctica de las autoridades públicas. Aplicabilidad del artículo 85 del Tratado. Imputabilidad de la conducta infractora. Multa. Aplicación de las Directrices para el cálculo de las multas]. DOUE, C, núm. 71, de 20 de marzo de 2004.
79. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 11 de diciembre de 2003, en el asunto T-66/99: *Minoan Lines SA* contra Comisión de las Comunidades Europeas [Competencia. Reglamento (CEE) núm. 4056/86. Inspección de locales de una sociedad distinta de la destinataria de la decisión de inspección. Artículo 85, apartado 1, del Tratado CE, actualmente artículo 81 CE, apartado 1). Normativa estatal sobre el transporte marítimo y práctica de las autoridades públicas. Aplicabilidad del artículo 85 del Tratado. Imputabilidad de la conducta infractora. Multa. Aplicación de las Directrices para el cálculo de las multas]. DOUE, C, núm. 71, de 20 de marzo de 2004.
80. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 17 de diciembre de 2003, en el asunto T-219/99, *British Airways plc* contra Comisión de las Comunidades Europeas (Competencia. Abuso de posición dominante. Competencia de la Comisión. Discriminación entre compañías aéreas. Mercado sectorial y geográfico relevante. Vínculo de conexión entre los mercados sectoriales supuestamente afectados. Base jurídica de la decisión impugnada. Existencia de posición dominante. Explotación abusiva de la posición dominante. Proporcionalidad del importe de la multa). DOUE, C, núm. 71, de 20 de marzo de 2004.

81. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 16 de diciembre de 2003, en los asuntos acumulados T-5/00 y T-6/00: *Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied y Technische Unie BV* contra Comisión de las Comunidades Europeas (Prácticas colusorias. Venta de material electrotécnico en los Países Bajos. Asociación nacional de mayoristas. Acuerdos colectivos de exclusividad y de fijación de precios. Multas). DOUE, C, núm. 71, de 20 de marzo de 2004.
82. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 3 de diciembre de 2003, en el asunto T-208/01: *Volkswagen Ag* contra Comisión de las Comunidades Europeas (Competencia. Distribución de vehículos automóviles. Artículo 81 CE, apartado 1. Acuerdo sobre los precios. Concepto de acuerdo. Prueba de la existencia de un acuerdo). DOUE, C, núm. 71, de 20 de marzo de 2004.
83. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 11 de diciembre de 2003, en el asunto T-61/99: *Adriatica di Navigazione SpA* contra Comisión de las Comunidades Europeas (Competencia. Artículo 85, apartado 1, del Tratado CE, actualmente artículo 81 CE, apartado 1). Definición del mercado de referencia. Motivación. Acuerdo de fijación de precios. Prueba de la participación en las prácticas colusorias. Prueba del distanciamiento. Principio de no discriminación. Multas. Criterios de determinación). DOUE, C, núm. 85, de 3 de abril de 2004.
84. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 13 de enero de 2004, en el asunto T-67/01, *JCB Service* contra Comisión de las Comunidades Europeas (Competencia. Artículo 81 CE. Acuerdos de distribución). DOUE, C, núm. 85, de 3 de abril de 2004.

#### NOMBRE Y APELLIDOS

85. Sentencia del Tribunal de Justicia, de 2 de octubre de 2003, en el asunto C-148/02 (petición de decisión prejudicial planteada por el *Conseil d'État*). *Carlos Garcia Avello* contra *État Belge* (Ciudadanía de la Unión Europea. Transmisión del apellido. Hijos de nacionales de Estados miembros. Doble nacionalidad). DOUE, C, núm. 275, de 15 de noviembre de 2003.

#### PROTECCIÓN DE DATOS

86. Sentencia del Tribunal de Justicia, de 6 de noviembre de 2003, en el asunto C-101/01 (petición de decisión prejudicial planteada por el *Göta hovrätt*). *Bodil Lindqvist* (Directiva 95/46/CE. Ámbito de aplicación. Publicación de datos personales en Internet. Lugar de la publicación. Concepto de transferencia de datos personales a países terceros. Libertad de expresión. Compatibilidad con la Directiva 95/46 de una protección más rigurosa de los datos personales por parte de la normativa de un Estado miembro). DOUE, C, núm. 7, de 10 de enero de 2004.

## PUBLICIDAD

87. **Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta), de 23 de octubre de 2003, en el asunto C-245/01 (petición de decisión prejudicial planteada por el Niedersächsisches Oberverwaltungsgericht). RTL Television GmbH contra Niedersächsische Landesmedienanstalt für privaten Rundfunk (Directiva 89/552/CEE. Artículo 11, apartado 3. Radiodifusión televisiva. Publicidad televisiva. Interrupciones publicitarias de obras audiovisuales. Concepto de series). DOUE, C, núm. 304, de 12 de diciembre de 2003.**

## PROPIEDAD INDUSTRIAL E INTELECTUAL

88. **Auto del Tribunal de Primera Instancia, de 3 de julio de 2003, en el asunto T-10/01, Lichtwer Pharma AG contra Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos, OAMI). (Marca comunitaria. Oposición. Retirada de la solicitud de marca comunitaria. Sobreseimiento). DOUE, C, núm. 289, de 29 de noviembre de 2003. DOUE, C, núm. 261 E, de 30 de octubre de 2003.**
89. **Sentencia del Tribunal de Justicia, de 9 de septiembre de 2003, en el asunto C-361/01 P: Christina Kik contra Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos, OAMI). [Reglamento (CE) núm. 40/94. Artículo 115. Régimen lingüístico en vigor ante la Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos, OAMI). Excepción de ilegalidad. Principio de no discriminación]. DOUE, C, núm. 264, de 1 de noviembre de 2003.**
90. **Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 17 de septiembre de 2003, en el asunto T-71/02: Classen Holding KG contra Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos, OAMI). [Marca comunitaria. Admisibilidad del recurso ante la Sala de Recurso. Requisitos de forma. Presentación de un escrito en el que se exponen los motivos del recurso. Plazo de presentación de la petición de restituito in integrum. Artículos 59 y 78 del Reglamento (CE) núm. 40/94]. DOUE, C, núm. 275, de 15 de noviembre de 2003.**
91. **Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 14 de octubre de 2003, en el asunto T-292/01: Phillips-Van Heusen Corp. contra Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos, OAMI). [Marca comunitaria. Reglamentos (CE) núm. 40/94 y núm. 2868/95. Oposición. Riesgo de confusión. Modificación de una resolución de la Sala de Recurso. Solicitud de marca comunitaria denominativa BASS. Marca denominativa anterior PASH]. DOUE, C, núm. 304, de 12 de diciembre de 2003.**
92. **Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 15 de octubre de 2003, en el asunto T-295/01: Nordmilch eG contra Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos, OAMI).**

- [Marca comunitaria. Reglamento (CE) núm. 40/94. Vocablo OLDENBURGER. Motivo de denegación absoluto. Carácter descriptivo. Procedencia geográfica. Artículo 7, apartados 1, letra c), y 2. Limitación del derecho conferido. Artículo 12, letra b). Declaración sobre el alcance de la protección. Artículo 38, apartado 2]. DOUE, C, núm. 304, de 12 de diciembre de 2003.
93. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 23 de septiembre de 2003, en el asunto T-308/01: Henkel KGaA contra Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos, OAMI). [Marca comunitaria. Reglamentos (CE) núm. 40/94 y (CE) núm. 2868/95. Procedimiento de oposición. Uso efectivo de la marca anterior. Amplitud del examen realizado por la Sala de Recurso. Apreciación de las pruebas presentadas en el procedimiento ante la División de Oposición]. DOUE, C, núm. 304, de 12 de diciembre de 2003.
94. Auto del Tribunal de Primera Instancia, de 29 de septiembre de 2003, en el asunto T-183/01, Alza Corporation contra Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos, OAMI). (Marca comunitaria. Oposición. Acuerdo transaccional. Sobreseimiento). DOUE, C, núm. 304, de 12 de diciembre de 2003.
95. Auto del Tribunal de Primera Instancia, de 30 de septiembre de 2003, en el asunto T-182/02, Uni-Pharma. Kléon Tsetis Pharmakeutika Ergastiria Anonimos Viomihaniki kai Emboriki Eteria (Uni-Pharma ABEE) contra la Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos, OAMI). (Marca comunitaria. Oposición. Solución amistosa. Sobreseimiento). DOUE, C, núm. 304, de 12 de diciembre de 2003.
96. Sentencia del Tribunal de Justicia, de 23 de octubre de 2003, en el asunto C-191/01 P: Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos, OAMI) contra Wm. Wrigley Jr. Company [Recurso de casación. Marca comunitaria. Reglamento (CE) núm. 40/94. Motivo de denegación absoluto de registro. Carácter distintivo. Marcas compuestas exclusivamente por signos o por indicaciones descriptivos. Sintagma Doublemint]. DOUE, C, núm. 304, de 12 de diciembre de 2003.
97. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta), de 23 de octubre de 2003, en el asunto C-408/01 (petición de decisión prejudicial planteada por el Hoge Raad der Nederlanden). Adidas-Salomon AG, antiguamente Adidas AG, Adidas Benelux BV contra Fitnessworld Trading Ltd (Directiva 89/104/CEE. Artículo 5, apartado 2. Marcas de renombre. Protección contra el uso de un signo para productos o servicios idénticos o similares. Grado de similitud entre la marca y el signo. Efecto en el público. Signo que se percibe como elemento decorativo). DOUE, C, núm. 304, de 12 de diciembre de 2003.

98. Sentencia del Tribunal de Justicia, de 18 de noviembre de 2003, en el asunto C-216/01 (petición de decisión prejudicial planteada por el Handelsgericht Wien, Austria). Bud&caron; ejovický Budvar, národný podnik contra Rudolf Ammersin GmbH [Protección de las indicaciones geográficas y de las denominaciones de origen. Convenio bilateral celebrado entre un Estado miembro y un tercer Estado para la protección de las indicaciones de procedencia geográfica de dicho país tercero. Artículos 28 CE y 30 CE. Reglamento (CEE) núm. 2081/92. Artículo 307 CE. Sucesión de Estados en materia de tratados]. DOUE, C, núm. 7, de 10 de enero de 2004.
99. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 22 de octubre de 2003, en el asunto T-311/01: Les Éditions Albert René contra Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos, OAMI). [Marca comunitaria. Procedimiento de oposición. Marca comunitaria anterior ASTERIX. Solicitud de marca comunitaria figurativa que comprende el término starix. Motivos de denegación relativos. Artículo 8, apartados 1, letra b), y 5, del Reglamento (CE) núm. 40/94]. DOUE, C, núm. 7, de 10 de enero de 2004.
100. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta), de 27 de noviembre de 2003, en el asunto C-283/01 (petición de decisión prejudicial del Hoge Raad der Nederlanden). Shield Mark BV contra Joost Kilt h.o.d.n. Memex (Marcas. Aproximación de legislaciones. Directiva 89/104/CEE. Artículo 2. Signos que pueden constituir una marca. Signos que pueden ser objeto de representación gráfica. Signos sonoros. Notación musical. Descripción escrita. Onomatopeya). DOUE, C, núm. 21, de 24 de enero de 2004.
101. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 4 de noviembre de 2003, en el asunto T-85/02: Pedro Díaz, SA contra Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos, OAMI). (Marca comunitaria. Procedimiento de oposición. Solicitud de marca denominativa comunitaria CASTILLO. Marca nacional figurativa anterior EL CASTILLO. Riesgo de confusión. Existencia de marcas semejantes en el mercado de que se trata). DOUE, C, núm. 21, de 24 de enero de 2004.
102. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 26 de noviembre de 2003, en el asunto T-222/02: HERON Robotunits GmbH contra Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos, OAMI). [Marca comunitaria. Marca denominativa ROBOTUNITS. Motivos de denegación absolutos. Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 40/94. Carácter descriptivo]. DOUE, C, núm. 21, de 24 de enero de 2004.
103. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 25 de noviembre de 2003, en el asunto T-286/02: Oriental Kitchen SARL contra Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos, OAMI). (Marca comunitaria. Procedimiento de oposición. Solicitud de marca comunitaria denominativa KIAP MOU.

- Marcas nacionales denominativas anteriores MOU. Denegación de registro). DOUE, C, núm. 21, de 24 de enero de 2004.**
104. **Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 27 de noviembre de 2003, en el asunto T-348/02: Quick restaurants SA contra Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos, OAMI). [Marca comunitaria. Marca consistente en el vocablo Quik. Motivo de denegación absoluto. Carácter descriptivo. Artículo 7, apartado 1, letra c, del Reglamento (CE) núm. 40/94. Denegación parcial de registro]. DOUE, C, núm. 21, de 24 de enero de 2004.**
  105. **Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta), de 7 de enero de 2004, en el asunto C-100/02, (petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof). Gerolsteiner Brunnen GmbH & Co. contra Putsch GMBH (Directiva 89/104/CEE. Limitación de los efectos de la marca en relación con las indicaciones de origen geográfico. Uso con carácter de marca de una indicación geográfica como elemento de la conformidad con las prácticas leales en materia industrial o comercial). DOUE, C, núm. 47, de 21 de febrero de 2004.**
  106. **Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 3 de diciembre de 2003, en el asunto T-16/02: Audi AG contra Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos, OAMI). [Marca comunitaria. Reglamento (CE) núm. 40/94. Motivos de denegación absolutos Marca descriptiva. Carácter distintivo adquirido por el uso. Signo denominativo TDI Derecho a ser oído. Alcance de la obligación de motivación. Consecuencias del incumplimiento de la obligación de motivación]. DOUE, C, núm. 71, de 20 de marzo de 2004.**
  107. **Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 3 de diciembre de 2003, en el asunto T-305/02, Nestlé Waters France contra Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos, OAMI). (Marca comunitaria. Marca tridimensional. Forma de una botella. Motivo de denegación absoluto. Carácter distintivo. Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94]. DOUE, C, núm. 71, de 20 de marzo de 2004.**
  108. **Auto del Tribunal de Primera Instancia, de 18 de noviembre de 2003, en el asunto T-383/02: GD Searle LLC contra Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos, OAMI). (Marca comunitaria. Solicitud de nulidad. Causa de nulidad relativa. Solución amistosa. Sobreseimiento). DOUE, C, núm. 71, de 20 de marzo de 2004.**
  109. **Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta), de 12 de febrero de 2004, en el asunto C-363/99 (petición de decisión prejudicial planteada por el Gerechtshof te 's-Gravenhage). Koninklijke KPN Nederland NV contra Benelux-Merkenbureau (Aproximación de legislaciones. Marcas. Directiva 89/104/CEE. Artículo 3, apartado 1. Causas de denegación del registro. Consideración de**

todos los hechos y circunstancias relevantes. Prohibición de registrar una marca para determinados productos o servicios sujeta a la condición de que no presenten una característica determinada. Palabra compuesta por elementos descriptivos de características de los productos o servicios de que se trate). DOUE, C, núm. 85, de 3 de abril de 2004.

110. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta), de 12 de febrero de 2004, en el asunto C-265/00 (petición de decisión prejudicial del Benelux-Gerechtshof). Campina Melkunie BV contra Benelux-Merkenbureau (Aproximación de las legislaciones. Marcas. Directiva 89/104/CEE. Artículo 3, apartado 1. Causa de denegación del registro. Neologismo compuesto por elementos cada uno de los cuales es descriptivo de las características de los productos o servicios de que se trata). DOUE, C, núm. 85, de 3 de abril de 2004.
111. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta), de 12 de febrero de 2004, en el asunto C-218/01 [petición de decisión prejudicial planteada por el Bundespatentgericht). Henkel KGaA (Aproximación de las legislaciones. Marcas. Directiva 89/104/CEE. Artículo 3, apartado 1, letras *b*), *c*) y *e*). Causas de denegación del registro. Marca tridimensional constituida por el envase del producto. Carácter distintivo]. DOUE, C, núm. 85, de 3 de abril de 2004.

#### SOCIEDADES

112. Sentencia del Tribunal de Justicia, de 30 de septiembre de 2003, en el asunto C-167/01 (petición de decisión prejudicial planteada por el Kantongerecht te Amsterdam). Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam contra Inspire Art Ltd (artículos 43 CE, 46 CE y 48 CE. Sociedad constituida en un Estado miembro y que ejerce sus actividades en otro Estado miembro. Aplicación del Derecho de sociedades del Estado miembro de establecimiento con el objeto de proteger los intereses de terceros). DOUE, C, núm. 275, de 15 de noviembre de 2003.





## BIBLIOGRAFÍA

### Libros

**ARROYO APARICIO, Alicia:** *Los contratos a distancia en la Ley de ordenación del comercio minorista*, ed. Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2003, 414 pp.

En los Considerandos de la Directiva 97/7/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia, se califica como indispensable el hecho de que los consumidores puedan dirigirse a una empresa fuera de su país para el buen funcionamiento del mercado interior y se destaca el papel que desempeña en este ámbito el desarrollo de las nuevas tecnologías como vía que permitirá a los consumidores conocer las distintas ofertas que se realicen en la Comunidad. Los contratos a distancia constituyen por ello hoy día una de las principales modalidades de comercialización de productos y servicios. En nuestro ordenamiento, las ventas a distancia estaban reguladas desde 1996 en la Ley de 15 de enero de ordenación del comercio minorista. La publicación en 1997 de la Directiva citada hacía necesaria la revisión de este régimen, que hasta la publicación de la Ley de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico (LSSICE) en el año 2002 podía considerarse además como el régimen aplicable a la contratación electrónica. Hasta ahora se han publicado en España algunos estudios sobre la materia, aunque nuestro panorama doctrinal adolecía de un estudio completo de los problemas jurídicos que plantean este tipo de contratos, que no se limitan sólo a los aspectos regulados en la normativa de comercio interior.

La monografía de Alicia Arroyo, profesora Titular de Escuela Universitaria de la UNED, que toma como base el trabajo realizado en su tesis doctoral, ofrece una completa actualización de la literatura jurídica nacional en esta materia. La novedad más importante de esta obra reside en su elaboración de acuerdo con la Ley 47/2002, de 19 de diciembre, de reforma de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista (LOCM), para la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 97/7/CE, en materia de contratos a distancia, y para la adaptación de la Ley a diversas directivas comunitarias. La tesis fue dirigida por el Profesor don Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano, Catedrático de Derecho Mercantil de la UNED, quien elabora también el Prólogo de esta obra, destacando la importancia de la materia y su indudable oportunidad.

La obra se divide en ocho capítulos en los que se abordan los problemas que suscita el tema objeto de estudio, que se enmarca en el ámbito de la protección de los consumidores. El *sistema de fuentes* y el *ámbito de apli-*

*cación* son objeto de investigación en los cuatro primeros capítulos. El primero se centra en el análisis de la Directiva 97/7/CE y en el examen de las normas de transposición de otros Estados miembros. Las conclusiones a las que llega la autora aportan importantes referencias para realizar a continuación un exhaustivo análisis de la problemática que plantea en nuestro ordenamiento esta regulación, que se extiende no sólo a los preceptos específicos que regulan las ventas a distancia en la LOCM, sino también a las disposiciones generales de esta norma que inciden en los contratos a distancia. La importancia del ámbito de aplicación (al que se dedican los capítulos II, III y IV) queda fuera de duda, ya que de su adecuada delimitación (tanto en sus aspectos subjetivos como objetivos) dependerá que las normas puedan resultar o no aplicables a determinados sujetos o a determinados actos. Los capítulos restantes tienen por objeto tratar las especialidades que se exigen en cuanto a la *formación del contrato* (capítulo V) y a su *ejecución* (capítulo VII), así como aspectos específicos que surgen en aquellos contratos celebrados con consumidores, como el *suministro de bienes y servicios no solicitados* (capítulo VI) y el *derecho de desistimiento* (capítulo VIII).

Parte la autora de un presupuesto previo, importantísimo en el análisis de cualquier materia jurídica que tenga que ver con la adaptación de las normas europeas: la eficacia interpretativa de la Directiva 97/7/CE respecto a los artículos 38-48 LOCM y su DA 1.<sup>ª</sup> Aunque el resultado de la adaptación ha sido a nivel normativo la reforma LOCM, parece que hubiera sido más oportuno elaborar una nueva ley, al objeto de obtener una regulación más abreviada de la materia, así como una adecuada delimitación del ámbito de aplicación. Tras la exposición del contenido básico de la Directiva y de su tramitación, se ponen de manifiesto otras cuestiones relevantes desde la óptica del Derecho comunitario que no conviene olvidar: 1.º que la transposición debe llevarse a cabo por todas las administraciones públicas, y 2.º que el incumplimiento del plazo de transposición genera la responsabilidad del Estado, que en nuestro caso ha sido reconocida por el TJCE en su sentencia de 28 de noviembre de 2002. Para poder tratar con una amplia perspectiva la regulación española en esta materia, resulta muy útil el acercamiento a las legislaciones europeas que ya habían transpuesto la Directiva (Bélgica, Italia, Austria, Alemania, Luxemburgo, Reino Unido, Portugal y Francia).

El análisis de la regulación de los contratos a distancia en el Derecho español obliga a examinar previamente el marco normativo en el que esta materia se inserta: la LOCM. Así, es necesario tomar en consideración las disposiciones constitucionales que afectan a la materia comercial (en especial, las que se refieren a la delimitación de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de comercio interior) y las que determinan el ámbito de aplicación LOCM (art. 1) que se basa en la utilización de criterios subjetivos, a diferencia del artículo 2 del CCO. La venta a distancia, en este marco concreto que disciplina el comercio minorista, debe calificarse como una venta especial, aunque esta categoría no aparece definida en la Ley. Las disposiciones que regulan las ventas a distancia en la LOCM tienen un indudable carácter imperativo (art. 48), que se concreta en la irrenunciabilidad de derechos por parte del consumidor. A este respecto, la Directiva prevé (art. 12.2) el posible fraude a la imperatividad de estas normas si se elige el Derecho de un país tercero. El régimen supletorio aplicable a los contratos a distancia es el establecido en el Código civil, sin perjuicio de

la aplicación del artículo 85 del CCO. Por otra parte, es necesaria la integración de las normas que regulan los contratos a distancia con el resto del ordenamiento (Código de comercio, Ley general para la defensa de consumidores y usuarios, Ley general de publicidad, Ley de condiciones generales de la contratación y Ley de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico).

En el capítulo II, que se dedica a analizar el ámbito subjetivo de aplicación de la regulación sobre contratos a distancia, se pone de relieve que la delimitación que establece la Directiva (referida al campo estrictamente del consumo) contrasta con la que figura en la normativa española. Esto plantea importantes problemas en cuya solución desempeña un valioso papel el efecto interpretativo de la Directiva. Un instrumento que aporta gran utilidad a la autora para llevar a cabo este análisis, es tratar las distintas nociones de consumidor que se manejan en las normas de Derecho comunitario. Sin olvidar que la delimitación de esta noción resulta siempre problemática, concluye que es diferente según la finalidad concreta de la norma que se estudia. Y ello se deduce no sólo del atento estudio de las distintas disposiciones sino también del riguroso análisis de la jurisprudencia del TJCE en los diferentes asuntos en los que se ha pronunciado (que tiende a ofrecer un concepto estricto de consumidor). El análisis de este aspecto en el régimen interno obliga a partir de la noción de consumidor que ofrece la Ley general para la defensa de consumidores y usuarios (LGDCU). Esta norma utiliza una expresión clave con la que se identifica al consumidor («destinatario final»), entendido en relación con el mercado. Entiende la autora que aportaría uniformidad y claridad que las normas respetaran la noción contenida en la LGDCU (efectuando la oportuna remisión) o delimitando la noción en los propios textos. Un ejemplo de lo primero lo constituye la propia normativa sobre contratos a distancia, ya que el artículo 48.1 LOCM se remite en este aspecto a la LGDCU. Como contraparte, en los contratos a distancia, el consumidor se encuentra frente a un «profesional». La imprecisión LOCM dificulta su delimitación (en concreto, la posible inclusión de los profesionales liberales), aunque la Directiva, que ofrece un concepto amplio, califica como proveedor a toda aquella persona física o jurídica que actúe dentro del marco de su actividad profesional.

La cuestión del ámbito objetivo de aplicación exige un importante esfuerzo de análisis. De una parte, porque han de diferenciarse claramente aquellos contratos a distancia que quedarían incluidos en la regulación legal (capítulo III) y aquellos que quedarían excluidos (capítulo IV). Respecto a los primeros, se ponen de nuevo de manifiesto las importantes diferencias entre la regulación nacional (LOCM) y la Directiva comunitaria. Realizando una interpretación conjunta de ambas normas, el estudio de la profesora Alicia Arroyo llega a importantes conclusiones, entre las que cabe destacar las dos siguientes: 1.<sup>a</sup> que aunque la base de las ventas a distancia es el contrato de compraventa según la LOCM, esta noción se puede entender a otros contratos, pudiendo así quedar incluidos el contrato de compraventa, el arrendamiento de servicios, ciertos contratos de suministro, el arrendamiento de inmuebles y el arrendamiento de obra, y 2.<sup>a</sup> que pueden ser objeto de un contrato a distancia bienes muebles o inmuebles y los servicios. Para una completa delimitación del ámbito objetivo de aplicación, es necesario fijar las diferencias entre los contratos a distancia y los contratos que se celebran

fuera de establecimientos mercantiles (Ley 26/1991, de 21 de noviembre). A pesar de la existencia de ciertas notas comunes, la finalidad de ambas normas es distinta, pues responde a diferentes situaciones (la situación de distancia, en el caso de estos contratos, y la situación de «sorpresa» en el caso de contratos fuera de establecimiento). Esta distinta finalidad de la normativa influye en una diferente caracterización de las figuras contractuales. Como supuesto que puede plantear un posible conflicto en cuanto a la aplicación de una u otra norma, estudia la autora el de los contratos que se celebran sobre catálogo, utilizando para ello distintos supuestos de hecho que la obligan a catalogar esta técnica como un «supuesto mixto» que podría quedar sometido a la regulación contenida en la Ley 26/1991.

El artículo 38 LOCM tipifica expresamente algunas exclusiones del régimen legal de los contratos a distancia. La profesora Arroyo ofrece una clasificación aclaratoria de este régimen, distinguiendo entre exclusiones totales (al quedar excluidas completamente del ámbito de aplicación) y exclusiones parciales (al quedar excluidas de la aplicación sólo algunas disposiciones concretas). Utilizando este esquema, desgrana el significado de cada una de éstas, advirtiendo previamente que su número difiere del establecido en la Directiva. Entre las exclusiones totales, dedica una especial atención a los contratos relativos a bienes inmuebles. En primer lugar, se aprecia que en la LOCM se han excluido los contratos relativos a la construcción de inmuebles, pero se dispone que los de arrendamiento sí están incluidos (DA 1.<sup>a</sup>). Se puede calificar como una exclusión por razón del objeto, aunque con un alcance distinto al de la Directiva 97/7. Entre las exclusiones parciales, merecen ser destacadas aquellas que se refieren al ejercicio de actividades relacionadas con el sector turístico: a los contratos de suministro de alojamiento, transporte, comidas y actividades de recreo.

Especial importancia tiene el análisis de las peculiaridades que se presentan respecto a la formación del contrato. La autora incorpora a su estudio las más recientes novedades legislativas en este aspecto, como son las modificaciones que la LSSICE ha introducido en nuestros Códigos civil y de comercio (arts. 1262 y 54, respectivamente). Aunque la forma en que el legislador ha abordado la reforma adolece de ciertos defectos, la profesora Arroyo realiza una acertada interpretación de estos textos. Entiende que en realidad se mantiene el criterio del Código civil (*teoría del conocimiento*) aunque parece acercarse a la *teoría de la recepción* en el caso de que se considere que hay consentimiento cuando el oferente no pueda ignorar la aceptación remitida por el aceptante sin faltar a la buena fe. Para determinar la perfección de los contratos electrónicos, se sigue también un criterio único en los dos códigos. Al contrato a distancia (ante el silencio LOCM) le son también aplicables estas reglas.

En el estudio de la oferta contractual de un contrato a distancia deben integrarse las exigencias de información previa que se recogen en el artículo 40 LOCM. El contenido de la misma (que puede variar en función del medio de promoción que se utilice –vía electrónica o vía telefónica–) viene exigido por el apartado 1 de esta disposición (pudiéndose distinguir entre aquella información necesaria para que la oferta pueda ser considerada como suficiente y aquellos otros datos que no son esenciales). Un supuesto específico lo constituye la contratación telefónica y electrónica con condiciones generales. Su importancia en materia de contratos a distancia deriva de que la información previa puede suministrarse a los consumidores a través de

condiciones generales. Así pues, el Real Decreto 1906/99 de 17 de diciembre, que regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales, podría resultar también aplicable, a pesar de las confusiones que genera, a los contratos a distancia.

La regulación de los contratos a distancia contiene también ciertas especialidades en lo que respecta a su ejecución. En primer lugar, se impone al empresario que desarrolla esta actividad a distancia el deber de entregar al consumidor cierta información (por escrito o en soporte duradero) a la ejecución del contrato. Este aspecto obliga a diferenciar esta obligación de la de entregar al consumidor, con carácter previo a la celebración del contrato, la información a que se refieren los artículos 39 y 40 LOCM. Como referente, se puede tomar la definición de «soporte duradero» que ofrece la Directiva 2002/65/CE, de 23 de septiembre, sobre comercialización a distancia de los servicios financieros, en la que cabe incluir disquetes, CD-ROM, DVD y disco duro. El incumplimiento de este deber de información generará una sanción de carácter administrativo (al ser calificada como infracción grave) y otra de carácter civil (ampliación del plazo de desistimiento).

La principal obligación que debe cumplir el empresario para conseguir un adecuado cumplimiento del contrato a distancia es la de entrega del producto o prestación del servicio. El artículo 43 LOCM fija para ello un plazo máximo de treinta días a partir de aquel en que el consumidor haya comunicado el pedido, que puede no ser aplicable si las partes han pactado otro distinto. El hecho de que en la LOCM no se hayan previsto las consecuencias del incumplimiento de esta obligación, exige analizar el juego del derecho de desistimiento por parte del consumidor. Al tratar la obligación de entrega desde la óptica del objeto de la misma, la autora pone de manifiesto algunos problemas importantes: 1.º que no se ha tratado en la regulación de las ventas a distancia la cuestión del derecho de desistimiento en los supuestos de suministros periódicos, y 2.º que la LOCM, siguiendo lo establecido en la Directiva, contempla algunos aspectos (indisponibilidad del bien o del servicio y sustitución del objeto del contrato) sin haber valorado realmente cuáles son las consecuencias de haber procedido a su incorporación a nuestro ordenamiento jurídico. De otra parte, la principal obligación que asiste al consumidor, es la de pagar el precio. Las especialidades que se presentan en el cumplimiento de la obligación por la regulación contenida en la LOCM, afectan a diferentes aspectos. En primer lugar, a la cuantía (que incluye además del precio en sentido estricto, impuestos y gastos); en segundo lugar, a las circunstancias del pago (que parece admitir los pagos anticipados) y en tercer lugar al medio de pago utilizado (que se refiere exclusivamente al pago mediante tarjeta).

El capítulo VII, relativo a las especialidades que afectan a la ejecución del contrato, se completa con el estudio de un aspecto al que no se refiere la LOCM de forma expresa: la transferencia del riesgo. Para su análisis, la profesora Arroyo se basa en el texto de otras normas comunitarias y nacionales (como la Ley de contratos celebrados fuera de establecimientos mercantiles), concluyendo que el consumidor debe responder del deterioro fortuito que tenga lugar durante el plazo del ejercicio del derecho de desistimiento.

Una de las especialidades más importantes que contempla el régimen jurídico de los contratos a distancia es la prohibición de suministrar bienes o servicios no solicitados. Esta materia se trata por la autora en esta monografía de forma autónoma (cap. VI). Para su análisis parte de su califica-

ción como una práctica abusiva basándose la protección frente a ella en la presión psicológica que se ejerce sobre el destinatario y en cuestiones de competencia. Tras el estudio de esta prohibición en el Derecho comparado y en el Derecho comunitario (art. 9 Dir. 97/7/CE), se aborda su tratamiento en el nuevo régimen contenido en la LOCM (arts. 4 y 42). El incumplimiento de esta prohibición, además de generar sanciones administrativas y de orden civil, tiene un importante efecto jurídico: que al calificarse el envío no solicitado como un regalo o donación, el consumidor no está obligado ni a devolver el bien ni a pagar el precio, lo que implica que tampoco el remitente podrá reclamarlos. Efectos jurídicos diferentes produce el «envío por error».

Para finalizar su estudio, la profesora Arroyo ofrece un análisis detallado del derecho de desistimiento en el capítulo VIII. No se trata de un derecho específico de esta modalidad contractual, como lo demuestran algunas directivas comunitarias y sus correspondientes normas nacionales de incorporación. Como concluye la autora, en las prácticas comerciales o contractuales actuales con consumidores se observa el recurso al «reconocimiento al consumidor de un derecho que le permita desvincularse libre y unilateralmente del compromiso contraído». En el ámbito de las ventas a distancia, este derecho está reconocido en el artículo 44 LOCM. La problemática que plantea el reconocimiento de este derecho en la LOCM gira en torno al significado del desistimiento en relación con la perfección del contrato. Como pone de relieve la autora, la mayor parte de la doctrina entiende que en este supuesto concreto de los contratos a distancia el derecho de desistimiento lo es de un contrato perfeccionado. Después del estudio del Derecho comparado, concluye que en la LOCM el derecho de desistimiento no implica la formación progresiva o sucesiva del contrato. Una adecuada delimitación del derecho de desistimiento (como facultad unilateral y ejercitable *ad nutum*) implica su distinción de otras figuras (rescisión por lesión, resolución por incumplimiento y revocación). Tras este estudio, la autora puede concluir que el derecho de resolución del artículo 44.5 LOCM debe ser calificado realmente como un derecho de desistimiento, puesto que se puede ejercitar libremente. Por ello, afirma que lo que supone realmente es una ampliación del plazo para desistir, considerando cualquier otra interpretación como contraria a la finalidad de la Ley. El capítulo VIII se completa con un detallado estudio del régimen jurídico del derecho de desistimiento (plazo de ejercicio, forma, excepciones y efectos). Respecto a estos últimos, cabe destacar que el principal es el de la restitución recíproca de las prestaciones (cuestión que plantea problemas de adecuación para ciertos servicios).

Como se puede comprobar, la profesora Alicia Arroyo realiza un estudio muy serio, claro y completo sobre esta importante práctica comercial. Desde el punto de vista jurídico, esa importancia se acrecienta por el esfuerzo realizado para ofrecer un análisis ya adaptado a la reforma de diciembre de 2002, que incorpora a nuestro ordenamiento la Directiva 97/7. Sin duda, esta obra tendrá una importante repercusión, pues aporta a cualquier estudioso o profesional las claves para resolver los conflictos que se puedan plantear.

**BADOSA COLL, F. (Director): *Manual de Dret Civil Català*, ed. Marcial Pons, Barcelona/Madrid, 2003, 800 pp.**

Aunque la obra que presentamos puede calificarse de manual, pues así lo indica su nombre, su contenido no es única y exclusivamente de carácter didáctico. Nos lo señala el director en la presentación: la obra se dirige también a los profesionales del Derecho sobrepasando el estricto ámbito universitario. Pero es en este ámbito donde se sitúa el origen del libro, que constituye el resultado de diversos *working papers* presentados en un seminario de periodicidad semanal y de monografías y artículos de los propios autores. Son éstos un grupo de Profesores de la Universidad de Barcelona, todos ellos pertenecientes al área de Derecho Civil salvo Caballol i Angelats, Profesor de Derecho procesal de la misma Universidad, quien se ocupa de un tema como la mediación familiar, de carácter y regulación eminentemente procesal.

El libro se centra en el Derecho civil catalán dictado por la *Generalitat* y exclusivamente vigente en Cataluña. En este sentido cabe destacar lo acertado del título elegido *Manual de Dret Civil Català*, título que, a la vez que señala claramente el objeto tratado, indica al lector lo que está excluido *a sensu contrario*: el Derecho civil vigente en Cataluña pero no exclusivamente catalán. En relación con su objeto de estudio sí puede afirmarse, destacándolo además como uno de los méritos de la obra reseñada, la exhaustividad del material legislativo recogido y tratado. A este propósito cabe destacar la labor de sistematización que los autores llevan a cabo, labor verdaderamente loable pues aun cuando la política legislativa seguida por la *Generalitat* en los últimos tiempos tiende a la codificación parcial y, más recientemente, total (p. 51), son numerosas las leyes especiales que, debido a las nuevas exigencias sociales, se hacía necesario promulgar a costa de la sucesiva derogación parcial de la Compilación de Derecho civil especial de Cataluña del año 1984 (CDCC).

Además del material legislativo, el lector puede encontrar numerosas sentencias no sólo del TSJ de Cataluña, sino también de instancias inferiores, del TS y del TC. En relación con los criterios utilizados para la selección de las resoluciones judiciales cabe destacar, además de la importancia de cada resolución en el ámbito en que se cita, el carácter reciente de la mayoría de las sentencias elegidas. Esta característica, unida a que, como ya hemos señalado, el manual recoge de manera exhaustiva el material legislativo catalán, en muchos ámbitos promulgado muy recientemente (baste señalar el campo de los derechos reales donde la mayoría de las leyes especiales han sido dictadas del año 2000 en adelante) permite calificar al libro reseñado de «obra puesta al día».

No queremos dejar de mencionar la atención que se ha prestado a la doctrina, fundamental, pero no exclusivamente, catalana. Cabe señalar, ante todo, el abundante material bibliográfico que puede encontrarse al final de cada una de las partes en las que está estructurada la obra: de esta manera se ofrece al lector una agrupación de la bibliografía por materias. En el libro no se entra de lleno en polémicas doctrinales como no podía ser de otro modo, pues de lo contrario se excedería el ámbito de lo que constituye un manual. No piense el lector, sin embargo, que la faceta doctrinal no está presente a lo largo de la obra: existen referencias a las construcciones doctrinales en puntos donde no podían faltar (véase el epígrafe dedicado a la naturaleza jurídica



del contrato de cesión de suelo por obra, capítulo 16, p. 288) y de verdadera construcción doctrinal en sí misma cabe calificar capítulos como el 11 o el 12 en los que el Profesor Badosa Coll elabora a partir de material jurídico catalán la categoría de «bienes» y de «negocio jurídico», respectivamente.

Decíamos que el libro reseñado se centra en el Derecho civil exclusivamente catalán; no faltan, sin embargo, oportunas referencias al Derecho estatal, al Derecho extranjero y al Derecho europeo. Ahora bien, no debe buscarse en esta obra un estudio comparatista entre el Derecho catalán y los demás citados.

El papel que juega el *Derecho estatal* no es único: en ocasiones se tiene en cuenta para configurar adecuadamente determinadas figuras como la *venta a carta de gracia*, propia del Derecho civil catalán, cercana pero no identificable con la compraventa con pacto de retro (capítulo 13, p. 271). A veces la referencia al Derecho estatal resulta indispensable para delimitar los ámbitos que, dentro de una misma materia, corresponde regular al Derecho civil catalán, como sucede en sede de posesión que en Cataluña se rige por el Derecho civil estatal (arts. 430 ss. CC) salvo en lo que se refiere a la posesión civilísima, regulada en el artículo 430 CC e inoperante en Cataluña, y a la opción germanista del artículo 464 CC (capítulo 19, p. 321). Pueden también encontrarse comparaciones entre el Derecho civil catalán y el estatal: las notas comparatistas bien ponen de relieve alguna diferencia, como en el ámbito de los efectos patrimoniales del matrimonio en el que la responsabilidad de los cónyuges por los gastos familiares es solidaria en Cataluña y subsidiaria, para el régimen de separación de bienes, en el Derecho estatal (capítulo 28, p. 454); bien subrayan alguna similitud como la destacada por la profesora Casanovas i Mussons en relación con la posibilidad que el artículo 48 del Código de Sucesiones brinda a los acreedores del causante para oponerse a la partición, prerrogativa existente también en el artículo 1082 CC (capítulo 47, p. 643).

La cita del *Derecho extranjero* se produce principalmente al hilo del origen de algún tipo de regulación: cabe señalar, a este propósito, la inspiración que el Derecho catalán encontró en el Derecho alemán al regular por primera vez las inmisiones (capítulo 21, p. 349); o el origen de la causa de extinción de las servidumbres por falta de utilidad, que se sitúa en el Código civil italiano (capítulo 24, p. 397). El Derecho extranjero se utiliza también en ocasiones como instrumento de interpretación adecuada de un supuesto de hecho confuso: en este sentido, la profesora Marco Molina aproxima la facultad resolutoria de carácter cautelar prevista en la Ley de cesión de finca o de edificabilidad a cambio de construcción futura al *anticipatory breach* del Derecho anglosajón (capítulo 16, p. 291).

Las referencias al *Derecho europeo* cuentan con una más acusada presencia en el ámbito de contratos, como no podía ser de otro modo, habida cuenta de que el fenómeno de la armonización europea del Derecho privado se encuentra especialmente desarrollado en materia contractual. El capítulo 17, dedicado a los contratos de consumo, no podía dejar de abordar las Directivas existentes en esta materia. Los Principios de Derecho Contractual Europeo (PECL) están también presentes en varias partes de la obra: así, en el capítulo 5, dedicado a las fuentes del Derecho, los PECL se señalan como ejemplo de uno de los tres sentidos jurídicos que pueden atribuirse al término «principios», reflejado en los artículos 111.6 y 7 de la Primera Ley del Código civil de Cataluña (p. 87). Los PECL sirven incluso de apoyo a propuestas

de los autores, cual es, a título de ejemplo, la aplicación al ámbito de los consumidores de la rescisión por lesión: en concreto, uno de los apoyos a dicha propuesta se sitúa en su artículo 4:109 en virtud del cual es posible decretar la invalidez del contrato oneroso que determine un desequilibrio considerable para uno de los contratantes, siempre que concurren determinadas circunstancias (capítulo 17, p. 305).

La estructura de la obra se inspira, por lo que se refiere a la ordenación de materias, en el Plan Savigny. Hay seis partes: una *introducción* en la que la historia ocupa cuatro capítulos, comenzando por el Decreto de Nueva Planta y concluyendo con una síntesis de la situación actual del Derecho Civil Catalán; es en el último de los capítulos de esta introducción donde se estudian las *fuentes* del Derecho civil catalán; sigue una *parte general* dedicada también a la *persona*, los *bienes* y el *negocio jurídico*; en la tercera parte se pasa al estudio de las *obligaciones y contratos*, entrando de lleno la cuarta parte en los *derechos reales*; el *Derecho de familia* constituye el objeto de la quinta parte, siendo el *Derecho de sucesiones* el tema tratado en la sexta y última parte.

No queremos dejar de exponer algunas reflexiones que suscita la elección de la estructura. Cabe llamar la atención, ante todo, sobre la ubicación elegida para estudiar el Derecho de la persona. Los profesores Arroyo i Amayuelas y Mirambell i Abancó, señalan en la Introducción a la quinta parte (Derecho de familia) que suele hacerse una división del Derecho civil por la que el Derecho de la persona se trata en la Parte general y no en el Derecho de familia, sistematización que los propios autores critican al decir «segurament no té massa sentit estudiar el naixement, la personalitat, la capacitat d'obrar i la incapacitació en el dret de la persona i, en canvi, estudiar el matrimoni, la filiació i les institucions protectores de les persones incapaces en el Dret de família» (p. 446). Observación ésta coherente con el hecho de que en el futuro Código civil de Cataluña el Derecho de la persona y de familia estarían agrupados en un mismo libro, el Libro II (capítulo 3, p. 58). Sorprende, por ello, que el derecho de la persona, estudiado por los profesores Badosa Coll y Zahino Ruíz, se encuentre tratado en este *Manual de Dret Civil Català* en la parte general. Esta reflexión puede hacerse extensiva a la ordenación global de las materias que, tal y como ya se ha señalado, sigue el esquema tradicional. No se ha aprovechado, pues, la ocasión para poner en práctica la sistemática del futuro Código civil catalán que, además de agrupar el derecho de la persona y de familia en un mismo libro, sigue un orden distinto al elegido por los autores del Manual, pues el libro tercero se dedicaría a las Personas jurídicas, el libro cuarto a los Derechos reales, el quinto al Derecho de sucesiones y el último lugar lo ocuparían las obligaciones y contratos (art. 3 Primera Ley del Código civil de Cataluña).

La inspiración de la estructura global a la que acabamos de hacer referencia se rompe en algunos aspectos que merece la pena subrayar. Así, la *usucapión* recibe una mayor atención en la parte general, como uno de los efectos jurídicos del transcurso del tiempo junto a la prescripción, la caducidad y la preclusión (capítulo 6, pp. 133 a 136), que en la parte dedicada a los Derechos reales en la que su tratamiento se limita a poner de manifiesto las diferencias más significativas con su configuración en el Derecho estatal (capítulo 19, pp. 326 y 327). La *donación* no se estudia como un contrato, sino como un modo de adquirir la propiedad, a pesar de que la propia CDCC la regule en sede de contratos, hecho que para la profesora LAUROBA LACASA no

significa necesariamente que el legislador catalán haya tomado posición en la discusión clásica sobre si la donación es un contrato o un modo de adquirir la propiedad (véanse las razones que la autora aporta en apoyo de su postura en el capítulo 19, p. 322). En la parte relativa a las obligaciones y contratos (elaborada por las profesoras Guinebra Molins y Marco Molina) es reseñable que las categorías de *ineficacia contractual* se traten en último lugar (capítulo 18, estudiando de manera previa los contratos en particular).

Queremos también destacar que la estructura seguida no es una estructura rígida; nos referimos con ello a que una misma materia se aborda en ocasiones desde distintos puntos de vista enriqueciendo de este modo considerablemente su comprensión. Sirva como ejemplo la *herencia*, cuyo lugar principal de estudio se encuentra, lógicamente, en el Derecho de sucesiones (capítulo 43) pero que también se toma en consideración desde su condición de «bien» (capítulo 11, p. 205); o la *quarta vidual*, que el lector puede encontrar tratada desde la perspectiva del Derecho de familia, como efecto patrimonial en el momento de la disolución del matrimonio por causa de muerte (capítulo 28, p. 457) y desde el punto de vista estrictamente sucesorio en un capítulo dedicado exclusivamente a esta figura en la sexta parte del manual (capítulo 56).

Al referirnos a la estructura de la obra no podemos dejar de abordar una cuestión que cualquier lector de un manual elaborado por diversos autores se plantea: ¿existe armonía y cohesión entre las diversas partes del libro? Indudablemente se aprecia en cada capítulo un estilo distinto en función del autor que lo elabora así como una diversa sistemática de exposición, ya que las particularidades de cada materia así lo exigen. Pero ello no impide que exista una armonía y cohesión interna que no se rompa a pesar de las notas peculiares de cada parte. Así, si bien al final de cada una de ellas puede encontrarse la lista de bibliografía utilizada, a ella se añade en la Parte tercera (Obligaciones y contratos) y en la sexta (Sucesiones) una lista comprensiva de las sentencias citadas. Tanto la segunda parte como la quinta (Obligaciones y contratos y Derecho de familia, respectivamente) vienen precedidas de sendas introducciones que sintetizan las particularidades de la regulación catalana relativa a la materia concreta de la que cada parte se ocupa, introducciones que merecen ser destacadas por su utilidad, pues aportan gran claridad al situar al lector ante las líneas generales de lo que va a encontrar en las páginas siguientes. En el ámbito del Derecho de sucesiones y de los Derechos reales, si bien no existe una introducción formal que preceda a los capítulos singulares, encuentra el lector epígrafes que cumplen la misma función: la presentación del capítulo 19, primero de la parte dedicada a los derechos reales, y el capítulo 41, en el que el profesor Marsal Guillamet expone con gran claridad los rasgos básicos del Derecho de sucesiones catalán que en las páginas posteriores se desarrollan.

En conclusión, hay que felicitar a los profesores de Derecho civil de la Universidad de Barcelona que han elaborado un *Manual de Dret Civil Català* de gran calidad y seriedad logrando algo tan difícil como el ser de utilidad tanto al jurista investigador como al estudiante de las aulas de las facultades de Derecho.

**BERMÚDEZ SÁNCHEZ, Javier:** *El derecho de propiedad: límites derivados de la protección arqueológica*, ed. Montecorvo, Madrid, 2003, 180 pp.

Los civilistas explicamos, en general, el derecho de propiedad sin profundizar demasiado en los límites que responden a intereses de Derecho público. Para ello necesitaríamos instruirnos con los estudios de nuestros colegas de Derecho administrativo, que son los que han tomado el relevo en el análisis del derecho real por excelencia desde la perspectiva de su disciplina. Del mismo modo, los administrativistas deben beber de las fuentes iusprivatistas que tanto han contribuido a moldear el concepto de propiedad, lo que meritoriamente ha hecho el profesor Bermúdez en esta interesantísima monografía sobre los límites del derecho de propiedad derivados de la protección arqueológica. Sus aportaciones sobre esta materia, continuando una línea de investigación sobre arqueología y Derecho iniciada con trabajos más reducidos, serán sin duda apreciados por los cultivadores del Derecho civil, que para solucionar, por ejemplo, problemas de responsabilidad civil por retraso en la entrega de una obra han de basarse en premisas abordadas en la obra que se recensiona (cfr. p. 106).

La hipótesis planteada por el autor, que es la diferenciación entre privaciones del derecho de propiedad en razón de la protección arqueológica e instituciones que garantizan la indemnización procedente, se desarrolla en cinco capítulos muy bien estructurados, con un estilo sobrio, sin concesiones a la galería. El capítulo I se dedica a los límites y privaciones del derecho de propiedad según la Constitución; el II, a la protección de restos arqueológicos como función social; el III y el IV, respectivamente, a las privaciones legales y a las privaciones realizadas por la Administración del derecho de propiedad derivadas de la protección de restos arqueológicos; y en el V, por último, se ensaya una respuesta a la duda sobre qué Administración está obligada a indemnizar las privaciones sufridas por los particulares.

I. El objetivo declarado del primer capítulo es distinguir entre delimitaciones del derecho de propiedad derivadas de su función social, y por tanto no indemnizables, y limitaciones, por utilidad pública o interés social, indemnizables. Frente a la tesis doctrinal mayoritaria que, a partir de la STC 37/1987, de 26 de marzo, integra la función social de la propiedad en el contenido esencial del derecho (lo que no se conciliaría, a juicio del autor, con el art. 53.1 CE), el autor se decanta por la tesis crítica encabezada por civilistas de peso como Peña Bernaldo de Quirós, según la cual la garantía constitucional de la propiedad supone dejar fuera de su contenido esencial la función social, susceptible así de delimitación legal.

Interesa destacar su concepto de privaciones: «las delimitaciones desproporcionadas respecto al destino de la cosa, fin o función social que persigan» (p. 32). Estas privaciones, frente a las expropiaciones, son ilegítimas, pero ambas quedarían englobadas en el artículo 33.3, primer inciso, de la CE. Propone, así, distinguir dentro del artículo 33.3 una prohibición general de privaciones del derecho de propiedad y una salvedad a la misma, que se daría cuando se cumplen los tres requisitos especificados en la norma para que una privación pueda considerarse legítima. Estos requisitos no definirían la privación considerada por la Constitución, sino la legitimidad de un supuesto de privaciones. Habría, por tanto, privaciones indemnizables no expropiatorias. Reconoce el autor, así, que se aparta de la posición doctrinal que diferencia la

expropiación de la limitación no indemnizable (derivada de la función social de la propiedad), pero no de otros supuestos indemnizables aun no expropiatorios.

Separa, en definitiva, dos cuestiones: por un lado, los supuestos en los que procede indemnización, por expropiación o por desproporcionalidad del límite impuesto, y por otro, cuándo hay expropiación. Serían supuestos expropiatorios los que eliminan el contenido esencial del derecho de propiedad, desvinculando el bien de su titular; y no sólo los singulares o especiales, sino también los generales en los que es el legislador el que directamente hace desaparecer el derecho de propiedad. Pero entre las privaciones indemnizables referidas en el artículo 33.3 de la CE no sólo se hallarían los supuestos expropiatorios, sino también los supuestos de alcance expropiatorio y los supuestos que ocasionen limitaciones desproporcionadas al fin social, aunque respeten el contenido esencial de la propiedad. Y frente a estas privaciones, dos serían las posibles garantías: el procedimiento expropiatorio, en el primer caso, y la exigencia de responsabilidad patrimonial a la Administración responsable, en los dos últimos casos. Las limitaciones proporcionadas al fin social de la propiedad no serían indemnizables, mientras que sí lo serían las privaciones expropiatorias de su contenido esencial y las privaciones desproporcionadas de su contenido no esencial. Redondea el autor su estudio señalando que en la exposición sistemática de estas privaciones se puede tener en cuenta, además, si provienen del legislador o de la Administración, y el procedimiento o institución que garantiza la indemnización.

La vulneración del principio de proporcionalidad en la delimitación legal del contenido del derecho de propiedad dará pie a los particulares para demandar responsabilidad patrimonial, además de la inconstitucionalidad de la ley. Por el contrario, las privaciones legales, de acuerdo con la legislación de expropiación forzosa, son constitucionales. No así las privaciones materialmente expropiatorias que realice el legislador, y si la Administración actuase para llevarlas a efecto, la indemnización por los daños causados se reclamará por el procedimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración. Un último supuesto sujeto a responsabilidad patrimonial de la Administración se daría cuando ésta, de hecho, lleva a cabo alguna actuación expropiatoria.

II. Bajo el sugerente título de «La protección de restos arqueológicos como función social. La arqueología preventiva» se analiza la función social de la propiedad con ocasión de actuaciones arqueológicas, que constituye el presupuesto justificador de las limitaciones.

La regulación sobre restos arqueológicos contenida en la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio histórico español (en adelante, LPHE), se explica respondiendo a estas dos preguntas: 1) ¿cuándo hay que solicitar autorización para llevar a cabo excavaciones y prospecciones arqueológicas y para realizar movimientos de tierra en zonas arqueológicas?; 2) ¿cómo se protegen los restos arqueológicos?

1) La premisa de la que debemos partir son los dos supuestos de intervenciones arqueológicas posibles (que no son opuestos ni excluyentes, pues el segundo sería específico del primero): las programadas por la Administración (o sistemáticas), que son planificadas en atención a su finalidad de estudio, investigación o examen de restos arqueológicos, y las que han de realizarse tras un hallazgo casual, llamadas excavaciones de urgencia. De acuerdo con la Ley estatal, el órgano competente en materia de patrimonio histórico

de la Comunidad Autónoma deberá autorizar: 1.º las remociones de tierra con la finalidad señalada, ya sean sistemáticas o de urgencia; 2.º las remociones de tierra con otra finalidad en zonas declaradas arqueológicas o en zonas donde es notoria la existencia de restos.

2) A juicio del autor, la titularidad de los bienes arqueológicos, derivada de la gestión de su protección, será normalmente autonómica y, en algún caso, estatal, pudiendo incluso fundarse una titularidad municipal en la asunción del coste de una excavación por un Ayuntamiento. Se plantea el problema de quién corre con los perjuicios derivados de la suspensión de obras y el coste de la excavación ordenadas por la Administración en terrenos públicos o privados. Protección singular se concede a los bienes declarados de interés cultural (como las zonas arqueológicas): será necesaria la aprobación de una específica planificación urbanística y cualquier remoción del terreno deberá ser autorizada, *ex* artículo 22 LPHE, por el órgano competente en materia de patrimonio histórico (autorización que es distinta a la exigida por el art. 42.1 para realizar prospecciones o excavaciones arqueológicas). Considera el profesor Bermúdez relevante este precepto, porque cabe apoyar en su regulación la tesis de que no pueden existir hallazgos casuales en zonas arqueológicas, de modo que no se aplicará el régimen jurídico de aquéllos cuando los restos se descubran en zonas declaradas arqueológicas. Aun prevista por el artículo 37.1 LPHE, tampoco parece que pueda producirse una suspensión de obras, con su consecuente indemnización, en estas zonas arqueológicas, ya que el control se realiza *a priori* (suspensión que hay que distinguir del no inicio de obras hasta que lo permita la intervención acordada, que no es indemnizable pues no habría derecho a empezar las obras hasta que lo permitiera la protección de los bienes con relevancia arqueológica). Deriva de estos supuestos legales el principio de que la Administración ha de costear las intervenciones arqueológicas, o principio de conservación pública de los restos arqueológicos, aunque si bien una lectura del artículo 22.1 LPHE podría llevar a entender que en zonas arqueológicas la Administración afronta el pago de las excavaciones, otra, defendida por las Comunidades Autónomas, obliga al promotor a realizar, a su costa, la intervención. Respecto de zonas no declaradas arqueológicas, la Administración competente en patrimonio histórico está legitimada para suspender las obras que puedan afectar a restos arqueológicos durante treinta días hábiles, para decidir acerca de la incoación de la declaración de interés cultural (art. 37.3 LPHE), del mismo modo que la Administración competente en materia de urbanismo (art. 25 LPHE) también puede suspender obras durante seis meses, para resolver sobre la adopción de medidas de protección previstas en la legislación urbanística. Ambas suspensiones, ¿dan derecho a indemnización?; durante su vigencia, ¿puede realizar la Administración prospecciones o excavaciones arqueológicas sin que surja derecho a indemnización por la ocupación? Tras resolver estos interrogantes, el autor concluye que no quedarían suficientemente protegidas por la Ley las zonas (que son mayoría en los términos municipales) no declaradas arqueológicas, en las que no haya una excavación programada por la Administración, pues habría que esperar a la aparición de un hallazgo.

Después de explicar esta regulación general de la LPHE, acomete el autor el análisis de las nuevas formas de gestión en la arqueología preventiva, demandadas por la falta de atención de la Ley estatal al desarrollo territorial y urbanístico, en el que abundan los hallazgos casuales, acrecentándose el riesgo de pérdida de información arqueológica. Con la arqueología preventiva se trata

tanto de reducir el campo de aplicación de los hallazgos casuales como de conseguir colaboración financiera, pues, por las razones que se explican en la obra reseñada, es un principio de esta arqueología exigir responsabilidad al promotor de una obra que va a generar una intervención arqueológica, debiendo precisarse los supuestos ante la confusión normativa que se traslada a la práctica administrativa. Así, en ocasiones la Administración exige al particular que asuma el coste de la intervención arqueológica siempre, con ocasión de obras urbanísticas o de ordenación territorial, desconociendo los diferentes supuestos que establecen las propias normas autonómicas, en las que el presupuesto del traslado de costes al responsable que los genera se sitúa en la delimitación y aprobación de áreas de protección. Si éstas fueran sólo las zonas arqueológicas definidas por la LPHE, quedarían privadas de protección situaciones de gran trascendencia, lo que motiva la defensa de la extensión de su régimen jurídico (y la necesidad de autorización previa) a las áreas en las que se presume la existencia de restos arqueológicos o en las que resulte notoria su existencia —como hace la legislación comparada y autonómica.

En las leyes autonómicas encontramos, por una parte, zonas en las que se presume la existencia de restos arqueológicos o zonas arqueológicas de protección preventiva junto a zonas arqueológicas propiamente dichas, y por otra parte, en la planificación urbanística, la delimitación de áreas en las que se exige autorización previa del órgano competente en materia de patrimonio histórico, con base en la noticia de existencia o presunción de restos arqueológicos. Lo más relevante, en todo caso, es la delimitación de niveles de protección con diferentes obligaciones en cada uno de ellos, previas a la obtención de la autorización de remoción de tierras. Ejemplo de esta política es la legislación de la Comunidad de Madrid, ampliamente expuesta por el profesor Bermúdez, siendo destacable su intento de precisar el ámbito de protección general de esta legislación, que se extendería a áreas no declaradas zonas arqueológicas ni incluidas en el inventario, sino donde se presume la existencia de restos.

Otro requisito de la protección preventiva del patrimonio arqueológico, que a continuación se estudia, es la confección de una carta arqueológica o inventario (censo) de lugares donde existen restos arqueológicos. Se plantean en torno a ella dos problemas jurídicos. Sobre si debe ser pública, conocida incluso por futuros expoliadores, se muestra el autor partidario del sigilo en cuanto a la ubicación exacta de los yacimientos arqueológicos (aun a costa de la investigación). La carta sería un documento interno de la Administración, para preparar la declaración de zonas protegidas por parte del órgano competente de la Comunidad Autónoma, que serviría a los Ayuntamientos y promotores en el planeamiento urbanístico. Con ello se contesta a la segunda pregunta, relativa a la finalidad jurídica de este inventario: no cabe confundirlo con la declaración de zonas protegidas, por lo que no quedan protegidos los yacimientos censados ni nacen las consiguientes obligaciones para los que pretendan actuar en ellos.

Tras dedicar unas palabras a la colaboración de los Ayuntamientos en la protección del patrimonio histórico de su municipio, acaba el capítulo con los sujetos que pueden realizar la intervención arqueológica, determinados por la legislación autonómica de acuerdo con un modelo de arqueología de gestión (los arqueólogos son contratados por los promotores obligados a costear las excavaciones, limitándose la Administración a controlar).

III. Gira este capítulo, destinado a las privaciones legales del derecho de propiedad derivadas de la protección de restos arqueológicos, en torno a la distinción entre limitaciones que no afectan al contenido esencial, y por ello no son expropiatorias, y limitaciones que sí afectan al contenido esencial, y por ende son expropiatorias.

Dentro de las primeras incluye la obligación de obtener autorización previa a la iniciación de las obras, diferenciando las zonas arqueológicas declaradas bien de interés cultural de las zonas en las que se presume la existencia de restos, y la obligación de costear las intervenciones arqueológicas en las áreas previamente delimitadas. Se mantiene que al obligar al promotor a no iniciar las obras hasta que se hayan realizado los estudios necesarios, en zonas arqueológicas, se establece una limitación del derecho de propiedad no indemnizable por atender a la función social de la propiedad, siendo proporcionada la medida al fin tuitivo perseguido. Respecto de áreas en las que se presume la existencia de restos, la legislación autonómica trata de aplicarles la misma técnica preventiva, lo que plantea dudas sobre su constitucionalidad que son aclaradas por el autor. Hay que alabar la criba de supuestos que intenta, concluyendo que sólo sería inconstitucional la delimitación de zonas presuntamente arqueológicas, y subsiguiente autorización para ejecutar obras en ellas, en el planeamiento urbanístico sin sustento legal, por vulnerar la reserva de ley establecida en el artículo 33 de la CE: el retraso, en este caso, sería indemnizable.

En relación a la obligación de costear las intervenciones arqueológicas, aunque la LPHE establece el principio general de conservación pública de los restos arqueológicos (arts. 22 y 43), la legislación autonómica ha interpretado de forma distinta estos preceptos y «derivado de la obligación de solicitar autorización previa a cualquier remoción de terreno (art. 22.1 LPHE) la de llevarla a cabo, esto es, contratar y costear las intervenciones arqueológicas necesarias» (p. 113). El autor confronta esta legislación con la básica estatal (que expresamente no establece la financiación pública en todo caso, aunque implícitamente puede defenderse que excluye cualquier financiación privada de la función social de la propiedad) y con la Constitución, llegando a la conclusión de que las Comunidades Autónomas son competentes para configurar el derecho de propiedad de acuerdo con su política de patrimonio histórico, sin que se vulnere el artículo 43 LPHE al no existir orden de la Administración sino obligación legal de pagar las intervenciones arqueológicas por los promotores. La delimitación sería, además, razonable, pues la necesidad de la actuación arqueológica deriva de la voluntad del promotor de realizar una remoción de tierras en un lugar que previamente ha sido delimitado por su posible o evidente existencia de restos. En todo caso, la participación del promotor en la financiación de la actuación arqueológica, necesariamente parcial porque la finalidad de ésta es pública, debería ser proporcionada a la cuantía de la inversión que va a realizar aquél en su proyecto de obras, lo que se traduciría en un 1 por 100, que es la cifra más adecuada por ser éste el porcentaje establecido en la legislación estatal para las obras públicas. En consecuencia, las normas autonómicas que superen este límite serían inconstitucionales por desproporcionadas, dando lugar a indemnización conforme al procedimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración.

En cuanto a las privaciones indemnizables, por afectar al contenido esencial de la propiedad, distingue el autor los daños legítimos, por adaptarse a la legislación de expropiación forzosa, de la delimitación materialmente expropiatoria. En el primer caso, la Administración «deberá recurrir al procedimien-



to establecido en la legislación de expropiación forzosa cada vez que ocupe un terreno con la finalidad de realizar una prospección o una excavación arqueológica» ya sea por tiempo definido o indefinido (p. 131). En el segundo caso, entrarían las limitaciones aparentemente orientadas hacia un fin social «que, en realidad, supongan una desvinculación tal del titular respecto al bien, que deba ser calificada como *privación del contenido esencial*, esto es, de *privación materialmente expropiatoria*» (p. 131). Serían supuestos discutibles en este sentido los contenidos en los artículos 37 y 43 LPHE, que la legislación autonómica suele fundir (o tal vez confundir), «de forma que, cuando establece la suspensión de cualquier clase de obra en zonas declaradas o no, permite a la Administración que lleve a cabo la excavación requerida u otros estudios oportunos» (p. 132), ocupando por tanto el terreno. Aunque se proclama como más acertada la distinción de la LPHE entre suspensión de la actuación que supone deterioro y ocupación del terreno para realizar excavaciones, por afectar la primera a la función social de la propiedad y la segunda al contenido esencial de dicho derecho, la mezcla de ambos supuestos por la legislación autonómica lleva al autor a incluir en el apartado sobre privación del contenido esencial: *a)* no sólo las excavaciones ejecutadas por la Administración tras un hallazgo casual, sino también, *b)* la obligación de soportar los gastos ocasionados por la suspensión de obras fuera de zonas declaradas (hallazgo casual) y *c)* la obligación de soportar los gastos por la suspensión de obras en zonas declaradas.

*a)* Se analizan críticamente en este primer apartado las distintas normas autonómicas que regulan tales excavaciones, normas que podrían considerarse respetuosas con el derecho de propiedad cuando niegan la indemnización al propietario si se estimasen expropiatorias sólo las suspensiones y ocupaciones desproporcionadas, concepción que no comparte el autor.

*b)* La LPHE no especifica, en los preceptos dedicados al hallazgo casual de restos arqueológicos fuera de zonas declaradas, si la suspensión fijada genera o no derecho a indemnización, mientras que la normativa autonómica se ha decantado por no conceder tal derecho salvo que la suspensión se prolongue más allá del plazo máximo permitido. Cuando las leyes autonómicas prevén un fin diferente de la suspensión, como es la ocupación del terreno para llevar a cabo una excavación arqueológica, serían inconstitucionales, pues tal ocupación entra en la categoría de expropiatorio, desconociéndose el contenido esencial del derecho de propiedad.

*c)* En zonas declaradas, al prever la legislación autonómica la obligación del promotor de realizar la oportuna intervención de forma previa a la remoción de tierras, no será fácil que se vuelva a plantear la necesidad de suspender la obra.

IV. Como presupuesto para analizar la responsabilidad patrimonial por las lesiones al derecho de propiedad causadas por la Administración, el autor dedica unas páginas al concepto de «actuación administrativa» con ocasión de intervenciones arqueológicas. El supuesto general de responsabilidad patrimonial de la Administración se define en el artículo 2.1 del Real Decreto 429/1993, y en él se encuentran casos en los que la participación pública se produce en diferentes grados: intervenciones arqueológicas ejecutadas directamente por técnicos de la Administración, o contratadas, subcontratadas o programadas, o por último, sólo autorizadas por ésta. ¿En todos estos casos las lesiones que sufran los particulares serán consecuencia de una actuación administrativa? Se defiende que lo decisivo será el ejercicio de una

actividad que sea función pública, es decir, que corresponda a la Administración, que la programe, coorganice o financie, con independencia de la persona que la lleve a cabo. A continuación se desgranar los distintos supuestos.

La Administración será responsable de los daños causados a sus trabajadores o a terceros cuando se trate de intervenciones arqueológicas ejecutadas directamente por ella, pues no hay duda de que estamos ante la prestación de un servicio público (la protección del patrimonio histórico). Si las actuaciones arqueológicas se realizan por la Administración a través de un contratista, responderá de los daños causados sólo cuando se produzcan con ocasión de una orden directa e inmediata suya o de los vicios del proyecto que ella haya elaborado, pues en estos casos siguen considerándose daños causados por el funcionamiento de un servicio público. La forma normal de llevar a cabo las excavaciones sistemáticas, que han sido programadas por la Administración, es a través de sujetos meramente autorizados, y en este supuesto podrá exigirse responsabilidad solidaria si las actividades se considerasen servicio público de ejecutarse por la Administración. Las excavaciones subvencionadas, pero no programadas por la Administración, en las que ésta nombra al director de la intervención, generarán responsabilidad en los mismos casos en que un contratista ejecuta las obras (orden directa o elaboración del proyecto por la Administración). Si no lo nombra, la naturaleza de la subvención incidirá en la existencia o no de responsabilidad, pues de costearse con aquélla una actividad que corresponde en parte a la Administración y en parte al particular, habrá responsabilidad, mientras que si la subvención excediera de la obligación pública, no cabría exigir responsabilidad. Por último, en el caso de intervenciones arqueológicas meramente autorizadas por la Administración, ésta no será responsable salvo que haya un deber de vigilancia incumplido o una orden directa suya.

En el apartado II del capítulo IV se distinguen dos supuestos de lesiones: deberes antijurídicos impuestos por la Administración y actuaciones materialmente expropiatorias. Entre los primeros se recogen la obligación de no iniciar las obras hasta la conclusión de la actuación arqueológica en zonas no declaradas, la obligación de soportar los gastos por la suspensión de las obras más allá de los límites establecidos en la Ley en zonas no declaradas, la obligación de realizar la excavación o prospección en zonas no declaradas, la obligación de realizar una nueva actuación arqueológica en zona declarada tras la suspensión, y la obligación de costear la excavación arqueológica por encima del máximo legalmente previsto, en zonas declaradas. En las segundas estarían la ocupación de terrenos durante la suspensión de las obras en zonas no declaradas y la ocupación de terrenos tras la suspensión en zonas declaradas.

V. Se cierra la obra contestando a la pregunta de quién está obligado (la Comunidad Autónoma o la Administración local) a indemnizar los límites al derecho de propiedad derivados de la protección arqueológica. La Administración local sólo deberá indemnizar cuando sea ella la expropiante, ejerciendo la potestad expropiatoria subsidiaria que se le reconoce (pero no impone), y cuando el Municipio toma una decisión de colaboración en la protección del patrimonio arqueológico no amparada por la actuación de la Comunidad Autónoma, o en ejercicio de su competencia sobre urbanismo.

**LETE DEL RÍO, José Manuel: *Derecho de Obligaciones, III, Contratos en particular*, ed. Tecnos, 4.<sup>a</sup> edición, Madrid, 2003, edición revisada y puesta al día con la colaboración de Javier LETE ACHIRICA, 573 pp.**

## 1. CONTENIDO

El volumen correspondiente al «Derecho de Obligaciones» del libro manual de Derecho civil de los profesores José Manuel Lete del Río y Javier Lete Achirica –todos sus volúmenes redactados inicialmente por el primero y, a partir de la 3.<sup>a</sup> edición, ampliados y mejorados posteriormente con la colaboración del segundo, a quien le corresponde la autoría en solitario de algunos epígrafes y capítulos (*vid.* nota preliminar a la cuarta edición)– ofrece al público lector algo que no es frecuente entre las obras de estas características, como es la incorporación de la explicación de las leyes de transposición de directivas comunitarias o, incluso, de las directivas más recientes aún no transpuestas (vgr. la 2002/65, sobre servicios financieros a distancia), así como la referencia a y el estudio de convenios internacionales y, señaladamente, el de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías, o, en menor medida, normativa fiscal (vgr. a propósito de las donaciones), procesal (vgr. a propósito del convenio de realización en sede de transacción), o de derecho internacional privado (vgr. en sede de arbitraje). Se incorporan, además, materias que tradicionalmente han sido estudiadas por los mercantilistas (vgr. el contrato de seguro, capítulo XXIII)<sup>1</sup>. Lo cual no significa que el libro sea un intento de acabar con la distinción entre el Derecho civil y el mercantil: como regla general, en el mismo se explican los contratos «entre particulares», no tienen cabida los contratos entre comerciantes (una excepción sería el análisis de ciertos aspectos de la compraventa internacional de mercaderías, regulada en el Convenio de Viena) y, a lo sumo, se explican también aquellos en los que una de las partes contratantes es una empresa, que son contratos que tradicionalmente el derecho mercantil tiende a reclamar para sí.

Estamos ante un manual de Derecho de contratos, de entre cuyos veintiséis capítulos los seis primeros están dedicados a la compraventa, lo cual ya da idea de la importancia que los autores acuerdan a la institución. No voy a hacer un resumen de cada uno de ellos, pero sí, una vez agrupados sistemáticamente los que regula el Código civil, intentaré dar algunas ideas acerca de algunos contenidos, a medida que desarrolle la estructura que los autores dan al libro.

La sistemática de la que yo me sirvo a continuación no es la utilizada por los profesores Lete del Río y Lete Achirica, sino la que yo sigo en clase, y mi pretensión no es plantear una alternativa a su forma de enfocar las cosas sino, simplemente, dar idea de los contratos que regula el Código civil, con la finalidad de poner de relieve posteriormente los muchos otros que éste no incluye y que, sin embargo, son tomados en consideración por los autores en un loable esfuerzo de acercar la disciplina a la realidad jurídica actual.

---

<sup>1</sup> Refiriéndose a los planes y fondos de pensiones, destaca la naturaleza mercantil de los seguros, la STC 27. de noviembre de 1997 (BOE núm. 312, de 30 de diciembre de 1997) y STC 18 de marzo de 1998 (BOE núm. 96, de 19 de junio de 1998, suplemento; rectificación BOE núm. 146, de 19 de junio de 1998). Contra, en la doctrina, CHULIÁ, Vicent, «La unificación del derecho de obligaciones» 1 (1999) *Revista de Derecho Patrimonial* 28, y, con detalle, 47.

Desde un punto de vista dogmático, los contratos regulados en el Código civil pueden sistematizarse siguiendo diferentes puntos de vista:

a) por razón de la perfección, éstos son consensuales (regla general, art. 1258 CC) y reales *quoad constitutionem* (mutuo, depósito, comodato y prenda; éste, es también real *quoad effectum*);

b) por razón de la causa, existen contratos causales onerosos que, a su vez, pueden ser conmutativos (compraventa o la permuta) o aleatorios (juego, renta vitalicia). Los contratos también pueden ser gratuitos (comodato) —de manera que si se pacta contraprestación cambia el tipo (vgr. el comodato pasa a ser arrendamiento, art. 1741 CC)— y neutros. Estos últimos son los que admiten ser tanto onerosos como gratuitos sin que el hecho de pactar o no una contraprestación les cambie su naturaleza (préstamo, mandato, depósito, fianza). Finalmente, cabe hacer mención a los contratos abstractos (fianza y novación), que no tienen causa porque asumen la del contrato principal, ya que en todo caso reproducen una obligación ya existente<sup>2</sup>;

c) Por razón de su eficacia subjetiva —de las obligaciones que generan—, los contratos son unilaterales (mutuo o depósito), bilaterales (compraventa) y plurilaterales (sociedad);

d) por razón de la naturaleza del efecto, éstos provocan, bien una legitimación posesoria (arrendamiento o comodato), bien la creación de derechos reales (prenda, hipoteca), bien la creación de obligaciones (compraventa).

A esta clasificación todavía debe añadirse el criterio del objeto, es decir, según los contratos tengan por objeto una cosa (compraventa, mutuo) o una actividad y, aún ésta, según comporte un resultado (arrendamiento de obra) o no (arrendamiento de servicios). Finalmente, están los contratos de solución de conflictos (la transacción y el convenio arbitral).

Como ya he comentado, la sistemática de los profesores Lete del Río y Lete Achirica es, en parte, otra, y, sobre todo, debido al hecho de que incorporan muchos más contratos de los hasta ahora expuestos. Además, lo que en otros manuales es un estudio que cabría ubicar en el derecho de bienes (en su vertiente de régimen jurídico inmobiliario o en su configuración como derecho real) o dentro del derecho de arrendamiento, en el libro aparece como una compraventa especial. Me refiero al «contrato de adquisición de derechos de aprovechamiento por turno de bienes muebles» (capítulo V). Resulta, además, original la ubicación del contrato de edición, que acaso cabría esperar encontrar situado junto a la propiedad intelectual (también, pues, en sede de Derecho de bienes), pero que los autores sitúan junto al viaje combinado y el hospedaje. Y, entre otras muchas cuestiones sistemáticas dignas de destacarse, cabe señalar que los arrendamientos rústicos y la aparcería vienen separados entre sí por contratos tales como el préstamo, los servicios, la obra e ingeniería, el transporte, el mandato, o la sociedad. Este último contrato es, precisamente, el que da entrada a aquélla, con lo que se da a entender que la naturaleza jurídica de la institución está más cerca de la fórmula societaria que de la del contrato de arrendamiento, aunque, en palabras de los autores, lo que caracteriza al contrato es la aleatoriedad (p. 441). Desde ese punto de vista, quizás, lo más adecuado hubiera sido situarlo junto a la renta vitalicia,

<sup>2</sup> Sobre el concepto de negocio abstracto, *vid.* CASANOVAS MUSSONS, Anna, *La relación obligatoria de fianza*, Barcelona, 1984, 59.

el juego y la apuesta; contratos, estos últimos que los autores diferencian claramente del de lotería (capítulo XXII) y a los que sigue luego el estudio del contrato de seguro (capítulo XXIII).

Tras el estudio de la venta y sus numerosas modalidades, el Cap. VII, dedicado a la permuta, incluye un epígrafe VII dedicado a la de cosa futura y, en este punto, quizás debería señalar la incorrección que supone la expresión «permuta de cosa futura», al menos desde el punto de vista del negocio transmisor de la propiedad, porque da a entender la posibilidad de transmisión actual de pisos o locales del edificio a construir, a pesar de no ser posibles derechos reales que tengan por objeto cosas inexistentes<sup>3</sup>.

El libro incluye también el estudio de la donación (capítulo VIII-IX), cosa que implica prescindir de su configuración como modo de adquirir la propiedad, que es la que creo que debería haberse seguido. Y es que, sin negar que pueda existir una donación contractual siempre que la autonomía de la voluntad configure la mera liberalidad como causa obligacional, entiendo, de acuerdo con la doctrina de los profesores Ferran Badosa y Anna Casanovas, que la donación de los artículos 618 ss, es la donación que el artículo 609 CC define como modo de adquisición autónomo, diferenciado del contrato. Lo demostraría la posibilidad de crear títulos de adquisición sucesivos (art. 641 CC).

Los capítulos X-XIII se dedican al arrendamiento (de cosas, urbanos y rústicos) y, tras él, sigue el préstamo en el capítulo XIV. En él, los autores incluyen una referencia al precario, al que consideran una variedad del comodato (p. 330) y del que, en todo caso, destacan su naturaleza contractual, descartando así la opción que supone su análisis desde el punto de vista de la posesión y, por tanto, en sede de Derecho de bienes. Se incluye, además, el estudio del crédito al consumo (pp. 341 ss.).

Junto a la explicación del contrato de obra –y ello incluye la de la Ley de Ordenación de la Edificación– los autores añaden la del contrato de *engineering* (capítulo XVI) que es aquél mediante el cual, siguiendo la definición tomada de Alberto Bercovitz, «un ingeniero o empresa consultora se obliga a realizar un proyecto de ingeniería, para otra persona a cambio de un precio», (p. 380)

Tras el contrato de depósito y aparcamiento (capítulo XXI), se presenta el contrato atípico de exposición, esto es, «aquél mediante el cual una persona asume la carga de manifestar públicamente cosas u obras de otros gratuitamente o mediante una retribución de distinta modalidad» (en cita de Roca Juan, aportada por los autores, p. 468).

Además, el estudio de la fianza (capítulo XXIV) incluye el de las garantías personales atípicas como el aval bancario, el seguro de caución, las garantías a primer requerimiento o las cartas de patrocinio (pp. 522 ss.).

## 2. MÉTODO

Una relación bibliográfica inicial, presentando aparte los manuales y los comentarios al Código civil da entrada a las lecciones sobre Derecho de contratos al final de cada cual aparece ya lo que puede considerarse una bibliografía sucinta específica relacionada con el tema que se ha tratado. La cita de

---

<sup>3</sup> BADOSA COLL, Ferran – POZO CARRASCOSA, Pedro, «La cessió de finca o edificabilitat a canvi de construcció futura: estudi preliminar» I (2002) *Revista Catalana de Dret Privat*, 25.

jurisprudencia reciente y relevante es abundante y, en todo caso, adecuada a las explicaciones que convienen a una obra de estas características: concisa, concreta, didáctica y pedagógica y en la que las notas al pie son las imprescindibles para aclarar precisiones de detalle. Con todo, en algún caso la obra trasciende el ámbito estrictamente estudiantil, al aportar referencias a los Principios de Derecho contractual europeo y Unidroit que, seguramente, hoy por hoy todavía exceden de las necesidades básicas de un alumno. En este punto, me complace destacar la anticipación de los autores a lo que me temo que empezará a ser una necesidad a corto plazo.

El libro no escatima referencias a los Derechos territoriales o forales, especialmente el gallego, pero en ocasiones se echa en falta una mirada más atenta al Derecho catalán, cuyas leyes recientes aportan modernidad al estudio del Derecho civil y proporcionan nuevas soluciones a temas tan antiguos como el «vitalicio» o, por volver con el ejemplo al que antes se aludía, la llamada «permuta» de finca a cambio de edificación futura.

### 3. CRÍTICA

Una visión interdisciplinar del Derecho de contratos es algo que debe celebrarse y, como estarían dando a entender los autores con la cita de Ihering con la que encabezan el libro, parece como si «esta nueva receta (en forma de librote)», por fin venga a descubrir «la vía de la salud», teniendo en cuenta que, como continúa escribiendo Ihering, numerosas medicinas hasta el momento inútiles habían hecho andar a la curación desencaminada.

Como civilistas, los profesores Lete del Río y Lete Achirica aportan aire nuevo en la enseñanza del Derecho de contratos. Un profesor de Derecho civil tiende a prescindir, en sus explicaciones de clase, de las otras modalidades de compraventa que no se celebran entre particulares y que caen fuera del ámbito del Código civil (arts. 1445 ss.). Me refiero a las ventas entre un consumidor y un empresario (por ejemplo, de bienes muebles a plazos, a distancia o fuera de establecimientos comerciales), menos a las entre comerciantes (arts. 325-345 CCO) –que el libro no menciona–, pero también a la internacional (Convención de Viena de 1980).

Que el estudio no compartimentado de los contratos, presentando juntos tanto el mandato (civil) como el corretaje (mercantil) o, en sede de compraventa, junto a la civil, el contrato de *renting*, *leasing* o el suministro, sea algo que satisfaga a los estudiantes como público potencialmente más numeroso al que se dirige el libro o, todo lo contrario, sea algo que se perciba como duplicación de las explicaciones que ya otros profesores deben asumir, es algo que no me corresponde juzgar a mi sino a ellos, de acuerdo, en todo caso, con los planes de estudios de la Facultad a que cada uno pertenece. De todas maneras, el hecho de que el pasado año 2003 se haya editado ya la cuarta edición permite augurar que, como las anteriores (la primera, en el año 1990), ésta también tendrá una acogida favorable. Personalmente, en mi calidad de investigador que ya no debe pasar exámenes de licenciatura, alabo sin duda la elección de presentar en un mismo libro la materia que normalmente se presenta dispersa en varios y varias disciplinas.

Y es de celebrar, más aún si se tiene en cuenta especialmente que el Derecho privado contractual europeo sí cubre todo el área relativa a la protección de los consumidores. Esta es una materia que, por el contrario, en los ordenamientos jurídicos nacionales tiene una autonomía y una problemática autó-

nomas<sup>4</sup>, tal y como demuestra su ausencia en los principales manuales universitarios y su expulsión de los programas de Derecho civil de las asignaturas troncales<sup>5</sup>. Insisto, pues, en que el libro que ahora se recensiona constituye una loable excepción.

Por último y sin que pueda entenderse como defecto, sino avatares propios del *décalage* que siempre existe entre el momento del cierre de la edición y la publicación definitiva, el texto del proyecto de ley de arrendamientos rústicos que se cita en p. 300 debe ir hoy referido a la Ley 49/2003, de 26 de noviembre, de *arrendamientos rústicos*<sup>6</sup>. Y, además, en relación con el vitalicio (pp. 483-485), hoy cabe tener ya en cuenta la 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 Enjuiciamiento civil y de la Normativa tributaria con esta finalidad*<sup>7</sup>, que modifica el Código civil en materia de contrato de alimentos (arts. 1791-1797).

Esther ARROYO I AMAYUELAS

**VAQUER ALOY, Antoni: *La interpretación del testamento*, ed. Cálamo Barcelona, 2003, 130 pp.**

I. Qué o cual es el objeto que se interpreta (el testamento y, en concreto, las cláusulas testamentarias), con qué criterios (la intención o voluntad del testador), cómo o con qué medios (a través de las palabras utilizadas en su redacción), qué diferencia la actividad de interpretación de la de integración, cuáles son los límites en uno y otro caso y quién, en definitiva, está legitimado para interpretar (el testador, el albacea, el contador-partidor, los sucesores y, naturalmente, los jueces y tribunales), constituyen el núcleo básico de la obra de Antoni Vaquer, *La interpretación del testamento* (Barcelona, Cálamo, 2003), que se desarrolla a lo largo de 130 páginas divididas en ocho capítulos y que es parte del ejercicio realizado para acceder a una plaza de catedrático en la Universitat de Lleida, el pasado mes de noviembre de 2002.

La monografía del profesor Vaquer que, de entrada, destaca por ser una entre la minoría, toma por base el Derecho civil sucesorio catalán y pretende

<sup>4</sup> Con las notables excepciones que representan Holanda y Alemania. Holanda integró las directivas comunitarias de consumo en el Código Civil de 1992. Vid. HONDIUS, Ewoud, «Niederländisches Verbraucherrecht-vom Sonderrecht zum integrierten Zivilrecht» 9 (1996) *Verbraucher und Recht* 295-301. Alemania lo hizo después de la reforma del Derecho de obligaciones (*Gezetz zur modernisierung des Schuldrechts*, de 26 de noviembre de 2001). Vid. entre muchos otros, SCHMID-RÄNTSCH, Jürgen, «Reintegration der Verbraucherschutzgesetze durch den Entwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes» y DÖRNER, Heinrich, «Die Integration des Verbraucherrechts in das BGB», ambos en SCHULZE, Reiner – SCHULTE-NÖLKE, Hans, *Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts*, Tübingen, Möhr, 2001 169-176 y 177-188; KITTNER, Michael, *Schuldrecht. Rechtliche Grundlagen-Wirtschaftliche Zusammenhänge*, München, Franz Vahlen, 2002<sup>2</sup>, Rn, 68, 24 y Rn. 868-932, 258-273; LOOSCHELDERS, Dirk, *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, Köln [u.a.], Carl Heymanns, 2003, § 9, Rn. 158-180, 68-74.

<sup>5</sup> GRUNDMANN, Stefan, «La struttura del diritto europeo dei contratti» (2000) *Rivista di Diritto Civile*, 372.

<sup>6</sup> BOE núm. 284, de 27 de noviembre de 2003.

<sup>7</sup> BOE núm. 277, de 19 de noviembre de 2003.

hacer una «exposición horizontal de los diversos Derechos civiles vigentes en España» (p. 14), aunque él mismo reconoce que, ante la ausencia de regulación propia, «cuanto se diga [sobre el art. 675 CC] debe considerarse aplicable a los derechos civiles gallego, navarro, vasco y balear» (p. 18), con lo que, en la práctica, la comparación se nutre esencialmente de los elementos que proporcionan el Derecho castellano, aragonés y catalán, siendo también frecuente el recurso ejemplificativo a otros ordenamientos jurídicos europeos vigentes más allá del territorio español. Precisamente, una de las características más remarcables del trabajo, es que el autor maneja como pocos el Derecho inglés. Su debilidad por «ese otro Derecho europeo» se advierte ya en la introducción, cuando inicia al lector en el tema que se propone desarrollar, con dos ejemplos sacados del Derecho escocés y una cita de Lord Eduard Coke en «*Roberts vs. Roberts*» (1613) 80 ER 1002, 1008. Con la utilización del Derecho anglosajón, el profesor Antoni Vaquer no hace sino remarcar, por contraste, la marginación jurídica a la que viene siendo tradicionalmente sometido el *Common Law* en los estudios jurídicos continentales. Debo inmediatamente añadir, sin embargo, que, también tradicionalmente, no por su parte. Lo sabe bien quien haya leído otros trabajos anteriores del autor, en los que, a propósito del ejercicio de los derechos de buena fe, estudia, junto al Derecho alemán de la *Verwirkung*, también la institución de los *laches* en el *Common Law* (vid. «[E]l retraso desleal en el ejercicio de los derechos. La recepción de la doctrina de la *Verwirkung* en la jurisprudencia española» 2 (1999) *RdP* 89-129 y, luego, «Importing foreign doctrines: Yet another approach to the Unification of European Private Law? Incorporation of the *Verwirkung* doctrine into Spanish case Law» 2 (2000) *ZEuP* 301-310).

Y, puesto que en materia de interpretación es básico fijar el sentido del texto y ésta es una labor que frecuentemente corresponde a los tribunales, la obra no escatima las necesarias citas de jurisprudencia española, catalana y europea que sirven para ilustrar la teoría.

II. La interpretación del testamento consiste en averiguar la verdadera voluntad del causante y, según el profesor Vaquer, ello puede llevarse a cabo desde posiciones literalistas (la que, según él, adopta en la redacción de la primera parte el art. 675 CC; vid. STJC 27 de mayo de 2002 [RJ 7817], para un caso de literalidad, resuelto al amparo de ese precepto) o bien subjetivistas (vgr., el art. 110 Llei 40/1991, *Codi de Successions per causa de mort en el dret civil de Catalunya* [= CS] o, en parte, el art. 101 Ley 1/1999, *de Successiones*, en Aragón [= LSA]). Dualidad de puntos de vista, contraponiendo las soluciones del Código civil y del CS, que se expresa ya en la STJC 10 de diciembre de 1998 [RJ 630]. Uno u otro, según se dé primacía a la declaración de voluntad o bien a la voluntad real del testador, con independencia, en este último caso, de las palabras empleadas. Esto último, según la STJC 11 de noviembre de 2002 [RJ 10923], forma parte de la tradición jurídica catalana. Pero Vaquer, pp. 44, 48-49, lo matiza.

Para ilustrar el debate, el profesor Vaquer expone principalmente el sistema inglés de interpretación («[L]iteralismo e intencionalismo en el Derecho inglés», pp. 32-42) que, según él, es el que mejor permite contemplar las dos aproximaciones teóricas a la interpretación del testamento (p. 13). Efectivamente, en Inglaterra el Derecho de testamentos sobre *personal property* (bienes muebles) fue desarrollado por los tribunales eclesiásticos, que juzgaban según equidad y, por tanto, según Derecho romano y canónico (W. W. Buckland y Arnold D. McNair, *Derecho romano y Common Law*.



*Una comparación en esbozo*, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense, 1994, pp. 159-165) y, por eso, es pertinente establecer la vinculación existente entre las reglas de interpretación del Derecho inglés con las del Derecho romano. Pero, quizás, junto a la rica casuística del *Common Law*, que sirve al autor para constatar que «la evolución desde posiciones objetivistas y literalistas a un talante más subjetivista o intencionalista no es nueva» porque «el mismo fenómeno se vivió incluso en Roma» (p. 42), hubiera sido también muy útil plantearse ¿Qué reglas del Derecho romano perviven en el Derecho inglés? ¿En relación con qué instituciones? Desde luego, ello hubiera exigido entrar a profundizar mucho más en el examen de reglas interpretativas en materia de, por ejemplo, fideicomisos, legados, acrecimiento, o error en la institución o en el objeto. Esa «pléyade de supuestos interpretativos» esparcidos por los textos del *Corpus* a los que el autor alude (pp. 43, 81), pero que no explica y, digámoslo ya ahora, tampoco en relación con la regulación vigente en los distintos territorios. Ello es congruente con la voluntad del autor y es, por tanto, omisión deliberada. Efectivamente, a juicio del profesor Vaquer, las normas presuntivas o interpretativas no forman parte de la interpretación del testamento (p. 53, «[L]a presunción o la atribución de un determinado sentido a la voluntad del causante por el legislador ya no puede calificarse como interpretación del testamento»; p. 81, «[E]n realidad no son normas de carácter propiamente hermenéutico»; p. 82, «su estudio en detalle escapa a los objetivos de este trabajo»). Sobre normas interpretativas, *vid. todavía, infra*, VII.

La interpretación, objetiva o subjetiva, proviene de la retórica griega (Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford, Oxford University Press, 1996, pp. 631-632) y en Roma coexisten ambos tipos (vgr. D. 33.25.1 «*cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio*» [para un caso de fideicomisos] y D. 50.17.12 «*in testamentis plenius voluntates testantium interpretamur*»; Zimmermann, *The Law of Obligations*, p. 632: «[B]ut the important progress that had been made lay in the fact that both rigid and wide, both objective and subjective interpretation could now prevail»), si bien en relación con los testamentos y el Derecho sucesorio, en general, se dio especial importancia a la «*mens testatoris*» o «*quid sensit testator*» (Zimmermann, *The Law of Obligations*, p. 633). Es, en definitiva, la evolución de ese principio, a través de la doctrina del *ius commune* y/o la legislación regia, la que se acaba reflejando en los ordenamientos jurídicos nacionales, codificados o no, de los que tan abundantemente se sirve el profesor Vaquer a lo largo de su obra. Lo explica el autor, sucintamente, bajo la rúbrica «¿Un regreso al pasado?» (pp. 42-47). Desde un punto de vista metodológico, el Dr. Vaquer maneja con mucha soltura las fuentes históricas, aunque no siempre estima necesaria una exposición sistemática de la evolución del Derecho en los diferentes aspectos que cuestiona o somete a consideración. Sí lo hace, brevemente, cuando, por ejemplo, analiza la «tensión entre literalismo y subjetivismo», por utilizar sus mismas palabras (pp. 44-47) o al escribir sobre la prueba extrínseca en la interpretación (pp. 71-72). Pero, por lo general, Antoni Vaquer recurre a los antecedentes históricos y a los precedentes legislativos sólo cuando trata de apoyar determinadas afirmaciones, esto es, para corroborar o desmentir lo afirmado en el texto en relación con, normalmente, la regulación del Derecho vigente. Ocurre, sin embargo que, en ocasiones, ese uso instrumental de las fuentes induce al profesor Vaquer a comprimir demasiado el relato y a con-

frontar, sin solución de continuidad, la opinión de juristas del *ius commune* con las de nuestros contemporáneos. Así, Franciscus Mantica (1534-1614) o el aragonés naturalizado catalán, Iacobus Cancerius (1549-1629) son citados junto a un jurista tan actual como el Prof. Dr. Ferran Badosa [notas 141, 142, p. 54]. O, según otros ejemplos, Bartolus à Saxoferrato (1314-1357) [nota 175, p. 63] comparte protagonismo con los profesores Luis Díez-Picazo y Sergio Cámara Lapuente [nota 174, p. 62].

III. El objeto de la interpretación es la declaración de voluntad testamentaria manifestada en las distintas cláusulas («unidades negociales» o «unidades de declaración de voluntad», según el Dr. Vaquer, p. 19). Ello implica vincular «forma» e «interpretación», de manera que no podrá interpretarse una voluntad que no tenga un punto de apoyo en cualquiera de los tipos negociales testamentarios admitidos en el ordenamiento jurídico, esto es, que no esté debidamente documentada o amparada por la forma (*Andeutungstheorie*, pp. 97-98). Según la STS 29 de diciembre de 1997 (RJ 9490), «[E]l testamento no puede recoger una voluntad del testador que sea posterior a su otorgamiento; y pensar en su voluntad real, por unos hechos posteriores a la muerte del testador, es ya caer en el absurdo».

IV. No es la intención del profesor Vaquer realizar un estudio sobre la interpretación, en general, ni tampoco pretende encontrar reglas generales para la interpretación de los negocios jurídicos. Más bien lo contrario, el Dr. Vaquer cuestiona si es preciso e incluso correcto recurrir a normas procedentes de los contratos para interpretar la declaración de voluntad testamentaria (pp. 28-30). Según él, bastarían por sí mismos los artículos 675 CC, 110 CS o 101 LSA, para averiguar la voluntad del testador y en ningún caso deberían generalizarse las reglas de los contratos. Desde luego, la interpretación del testamento ofrece unas particularidades propias que impiden la aplicación de determinadas reglas de la interpretación de aquéllos (todas aquellas que partan de un criterio objetivo: principio de responsabilidad negocial y buena fe) pero, sin embargo, es claro que determinados principios de la interpretación son aplicables a todo tipo de negocios. Así, el artículo 1284 CC, que proclama el principio de conservación del contrato, tiene su homólogo en el artículo 110 CS, que parte de los criterios del *favor testamenti*, la *benigna interpretatio* y el considerar como no puestas las cláusulas ininteligibles o contradictorias (pp. 57-60). Por otra parte, es regla general de interpretación el tener en cuenta el sentido gramatical, lógico, sistemático y teleológico de lo declarado: ello se predica tanto de los contratos como de los testamentos (en relación con estos últimos, Vaquer, pp. 69 ss.). Como recuerda Federico de Castro (*El Negocio jurídico*, Madrid, Cívitas, 1991, p. 82), el principio de que es preferente «lo que se quiere más que lo que se dice», triunfó en la causa curiana (en un caso de sucesiones, Vaquer, pp. 42-43) y luego fue proclamado por Justiniano respecto de los convenios (D. 50.16.219). Es el principio contractual *falsa demonstratio non nocet* (la voluntad concorde se aplica preferentemente al tenor literal), que es aplicable también al testamento (Florencio García Goyena, comentario al art. 1019.1 Proyecto 1851, relativo a la interpretación del contrato; Vaquer, p. 46), lo que supone admitir que puede y debe probarse que el testador tenía una voluntad distinta de la que resulta de la interpretación normativa de su disposición (Werner Flume, *El negocio jurídico*, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1996, pp. 400-401). Ocurre, por ejemplo, en el caso de error en la designación del favorecido o del objeto de la atribución (art. 126.4 y 5 CS), o cuando resulta probado que

la utilización del nombre de heredero no comporta voluntad de instituirlo (art. 137 CS).

Por otra parte, el recurso a elementos extrínsecos al testamento —que el profesor Vaquer admite sin reservas, pp. 29, 70-80— supone adoptar para la interpretación de la voluntad testamentaria, algunos de los mismos criterios que sirven para la interpretación de la contractual (vgr. 1282 o 1287 CC).

V. Con la interpretación se trata siempre de dar a conocer la verdadera voluntad del causante en los casos en que el sentido aparente y el real no coincidan o, en su caso, para constatar que, efectivamente, coinciden. Señala Antoni Vaquer que toda declaración de voluntad es, por definición, interpretable, sin que sea posible apartar una cláusula testamentaria de esta actividad con base en una aparente claridad que hace vislumbrar dicha interpretación como innecesaria o incluso como improcedente (pp. 21, 47-52). Una vez interpretada, del sentido de una determinada disposición dependerá su eficacia o, incluso, la eficacia del testamento, supuesto que la interpretación no consiga descifrar el sentido de las cláusulas oscuras o ambiguas (pp. 21-22).

La voluntad del disponente es lo que importa, incluso si ésta no se encuentra directamente expresada en su declaración. En este sentido, ya he mencionado que la denominación del favorecido con el nombre de heredero no es, por sí sola, decisiva, de la misma manera que la indicación de bienes concretos y determinados tampoco excluye la atribución del título universal cuando resulta que el testador ha querido asignar los bienes como parte alícuota de su patrimonio (en relación con el Derecho catalán, arts. 137-138 CS, *vid.* Joan Marsal Guillaumet, *El testament*, Barcelona, Departament de Justícia, 2000, 113 ss.; en cuanto a la determinación del título del instituido heredero en cosa cierta, al amparo del art. 768 CC, STS 09 de marzo de 1993 [RJ 2053] y, en la doctrina, Juan Berchmanns Vallet de Goytisolo, *Panorama del Derecho de Sucesiones*, I, *Fundamentos*, Madrid, Cívitas, 1982, §§ 29-30).

De todas maneras, la voluntad del testador no prevalece frente a una disposición legal contraria (pp. 21, 60). En ese caso, y en la medida de lo posible, la ley corrige los efectos de la voluntad manifestada. Y, aunque Vaquer guarda silencio sobre este punto, puede hacerlo de dos maneras: o bien a base de convertir el negocio, o bien conservándolo, o bien corrigiendo los efectos de determinadas cláusulas. Lo cual, en cualquier caso, sólo es posible a partir de la interpretación de la voluntad del causante; interpretación que, por lo demás, supone un control sobre la autonomía privada. Ejemplo de lo primero es la conversión en codicilo del testamento que es nulo o ineficaz por no contener institución de heredero (art. 125.4 CS); o la conversión del cerrado nulo en ológrafo (art. 715 CC). Respecto de lo segundo, la conservación del negocio exige tener por no formuladas determinadas cláusulas (arts. 159, I CS, 792-793 CC). Y, en cuanto a la corrección de los efectos de algunas de ellas, además del ejemplo que proporciona el artículo 758 CC, me limitaría a recordar el que tradicionalmente ha suscitado la polémica admisibilidad, en el Código civil, de la institución de personas no concebidas para después de la muerte del usufructuario universal de la herencia. Es un ejemplo sobre capacidad sucesoria, que debe añadirse al expuesto por el profesor Vaquer, sobre este mismo tema, con el fin de ilustrar la relación entre interpretación y nulidad del negocio (pp. 21-22).

El problema al que me refiero se resume acudiendo a la polémica protagonizada en los años cincuenta por los notarios José González Palomino y José Luis Díez Pastor, que ha polarizado la opinión posterior de la doctrina

y la jurisprudencia (reproduzco aquí lo que ya escribí en Esther Arroyo i Amayuelas, *L'estatut jurídic del curador en el Codi de Successions per causa de mort en el Dret civil de Catalunya*, Barcelona, Departament de Justícia, 2001, pp. 336-338). Esencialmente, se trata de saber si y como pueden resultar instituidos los no concebidos y si puede existir usufructo sin nuda propiedad. González Palomino entiende que la voluntad del testador es muy clara cuando utiliza la fórmula de lo que él denomina «pseudousufructo testamentario» pero opina que no se adapta a los preceptos del ordenamiento jurídico, porque el testamento contiene cláusulas contradictorias que hacen imposible su ejecución: hace falta, pues, convertir al usufructuario en heredero fiduciario, porque el hecho de que no exista nuda propiedad –los herederos *post mortem* reciben el pleno dominio– demuestra que, en realidad, nunca ha existido usufructo. Además cree que la sustitución fideicomisaria es la única vía –excepcional, a partir del principio recogido en el art. 758 CC– mediante la cual el testador puede instituir no concebidos. Los argumentos de González Palomino son más cercanos al *favor negotii* que al *favor voluntas testatoris*. Por el contrario, Díez Pastor defendía la tesis según la cual debían reputarse instituciones diferentes la sustitución fideicomisaria y la hecha *post mortem usufructuarii* porque convertir al usufructuario en heredero fiduciario suponía consolidar el dominio en la hipótesis de que el heredero *post mortem* no llegara a serlo y, en ese caso, transmitiría los bienes a sus sucesores, cosa que, indudablemente, no quería el testador. Critica la falta de fundamento que proporciona el artículo 758 CC porque el precepto sólo se refiere a la capacidad de las personas existentes y el del no concebido no es un problema de capacidad sino de existencia y, finalmente, entiende que no es cierto que no pueda existir usufructo sin nuda propiedad correlativa. En todo caso, lo que no hay es nuda propiedad sin usufructo, ya que las vicisitudes del derecho real limitado no dependen de las del dominio del cual se desgaja. Es decir, precisamente porque existe nuda propiedad, aunque sin titular, también puede existir el usufructo, que sí lo tiene. A favor de la primera tesis, es decir, que la institución *post mortem usufructuarii* es sustitución fideicomisaria, *vid.* STS 04 de diciembre de 1975 [RJ4324], 03 de noviembre de 1989 [RJ 7847]. En cambio, son muchas más las que admiten la existencia de usufructo sin nuda propiedad simultánea: STS 24 de abril de 1963 [RJ 1996], 04 de febrero de 1970 [RJ 524], 28 de noviembre de 1986 [RJ 6622], 09 de febrero de 1998 [RJ 609]; RDGRN 08 de julio de 1924 [ROCA-MOLINA, V, pp. 962-967], 23 de julio de 1924 [ROCA-MOLINA, V, pp. 968-975], 27 de diciembre de 1982 [RJ 8065], 02 de diciembre de 1986 [RJ 7883].

El problema hasta aquí descrito no se plantea en el Derecho civil catalán, que admite plenamente la delación al legatario de usufructo universal a la muerte del testador y la eficacia de la institución de heredero tras la extinción del derecho real, salvo por causa de renuncia (art. 143.2 CS; Arroyo, *El curador*, 329 ss.)

VI. La voluntad del testador puede manifestarse de forma cierta, porque se deduce de sus palabras (vgr. art. 668.2 CC; art. 137 CS), o de forma probable, en caso contrario (arts. 773.1, 769 *in fine*, 779 CC; arts. 126.4, 141.2 CS). En este supuesto, la voluntad puede conocerse a través de diversos «criterios» de interpretación (que, para el profesor Vaquer, son «medios» de interpretación, pp. 69 ss.): literal o gramatical (palabras), lógica (según el espíritu de la disposición), sistemática o teleológica (interpretando conjuntamente todas las cláusulas del testamento). El autor expone tales criterios de

interpretación intrínsecos, afirmando que no existe una relación jerárquica en su utilización, y plantea la cuestión de la admisibilidad de los extrínsecos (pp. 70-80). En este último caso, se trata de explicar las expresiones testamentarias con ayuda de los actos del testador anteriores, coetáneos o posteriores al otorgamiento del testamento, los usos locales, o el propio modo habitual del testador de expresarse (su propio diccionario). Así, entre otras muchas, STS 24 de mayo de 2002 [RJ 4459], en la que se valoran los conocimientos jurídicos del testador; ya antes, STS 31 de diciembre de 1992 [RJ 10426]. De la investigación del Dr. Vaquer se deduce que tales criterios extrínsecos son un medio de interpretación tan válido como puedan serlo los demás (en cuanto al ámbito de aplicación del Código civil y los derechos civiles catalán, navarro y gallego, pp. 74-78) y que hoy en día son pocos los ordenamientos que consideran que sólo cabe recurrir a ellos como último recurso. Según Vaquer, Alemania, Austria, Portugal e Italia son países en los que no se observan restricciones (p. 73).

VII. Junto a las normas de interpretación (art. 675 CC, art. 110 CS, art. 101 LSA), todos los ordenamientos contienen también normas interpretativas (en Cataluña, arts. 39, II, 40, III, 42, I, 142, 143.2, 144-145, 149.2.<sup>a</sup>, 249, II CS etc.; *vid.* la exhaustiva relación efectuada por Vaquer, pp. 27-28), que anudan determinadas consecuencias a ciertos supuestos de hecho, presumiendo cuál debería haber sido la voluntad del causante de haberla éste manifestado. Dicho de otra manera, la ley establece de manera general y abstracta un significado a ciertas palabras, expresiones o cláusulas testamentarias. Pero la voluntad del testador, tal y como resulta de la interpretación, puede ser otra. Más que de normas que establecen presunciones, Antoni Vaquer prefiere hablar de normas «que construyen la voluntad declarada en un determinado sentido mientras ésta no contradiga la voluntad interpretada –aunque incompletamente– del causante, a manera de máximas de la experiencia» (p. 82). Son, efectivamente, normas que prevalecen siempre, a no ser que pueda colegirse una voluntad contraria del propio causante y, a veces, es difícil diferenciarlas bien de las normas de integración. Éstas permiten averiguar la voluntad del causante cuando éste no la ha manifestado (vgr. sustitución vulgar en fideicomiso, arts. 169, 205 CS; v. *infra*). Pero no se trata en ningún caso de que la ley supla la cláusula que el causante nunca redactó.

VIII. A la integración del testamento dedica Antoni Vaquer el capítulo VI (pp. 85-96) y parte del capítulo VII de su trabajo (pp. 97-103). Según el autor, la integración intenta construir una voluntad hipotética, virtual, del causante. Es decir, atendiendo al fin declarado ¿cómo hubiera testado de conocer la nueva situación acaecida, distinta a la existente en el momento de otorgar testamento? Se trata de reconstruir, a modo de conjetura, el propósito del disponente no expresado en el testamento o expresado sólo de manera incompleta. El ejemplo de integración más socorrido por parte de la doctrina alemana es el que se deriva del § 2077 BGB, según el cual la ley presume que la disposición hecha a favor del cónyuge es nula cuando antes de la muerte del testador el matrimonio se declarare nulo o se hubiere disuelto: se entiende que esa hubiere sido entonces la voluntad del testador (porque era la condición de cónyuge lo determinante de la institución). Pero la cláusula será válida si se puede deducir que, aún estando posteriormente separado o divorciado de su mujer, el testador también la habría hecho (§ 2077.3 BGB). Y para averiguarlo, según Flume (*El negocio*, 403-404), lo que hay que ver es

si, tras el otorgamiento del testamento, el comportamiento del testador haría creer que la disposición debe mantenerse en contra de lo que prevé la ley.

No es, desde luego, ese el planteamiento del artículo 132 CS que prevé el mismo resultado que el precepto alemán y que exige, para la eficacia de la cláusula, deducir esa voluntad (esto es, que a pesar de la disolución del vínculo, el testador también habría instituido al cónyuge) del contexto del testamento, el codicilo o la memoria testamentaria (vgr. porque la designa por su nombre de pila y no con referencia a su condición civil de casada). Es decir, pretende deducir de una voluntad anterior (pretérita) —y no de la actual—, cuál sería la voluntad hipotética (en el momento actual), en relación con un supuesto de hecho que no existía en el momento del otorgamiento. Seguramente ello es más conforme con la necesaria relación que debe existir entre forma y contenido. El profesor Vaquer anuncia el análisis de tal disposición en un artículo monográfico en *ADC* (en concreto, añadido yo, en el núm. 1 del año 2003). Del tema se han ocupado algunas resoluciones y, entre ellas, la RDGRN 26 de noviembre de 1998 (RJ 8541), en un caso en el que el testador tenía vecindad civil de «Derecho común». La resolución concluye que mientras no se pruebe que el testador no habría hecho la institución de haber sabido que el vínculo conyugal con la instituida no subsistiría y que eso quería expresar al mencionar en la disposición la condición de esposa del beneficiario, debe prevalecer, mientras tanto, «la interpretación favorable a la eficacia de la institución, en congruencia con el principio de conservación de las disposiciones de última voluntad que late en diversas normas del Código civil». Solución, pues, diferente a la establecida en el CS.

Entre los límites de la integración, además del mencionado, Antoni Vaquer señala que no se puede desarrollar la integración en perjuicio de terceros favorecidos por el testamento, ni en perjuicio de la seguridad del tráfico (pp. 93, 102-103). Tampoco debe constituirse en remedio sanador de la nulidad, aunque, excepcionalmente, el profesor Vaquer admite que así pueda ser. Por ejemplo, en el caso de error en los motivos que consiste en considerar legatario a quien no está designado como tal por su nombre en el testamento, pero que es perfectamente identificable a partir de los motivos que da el testador para establecer la atribución, *ex art. 773 CC* (p. 103). No sería legatario el designado, pero tampoco la cláusula sería nula puesto que cabría interpretar que el legado subsiste a favor de ese tercero. No creo que este sea un caso de integración o no, al menos, en el sentido en que la define el autor (p. 89). Más bien, de interpretación.

IX. El último capítulo está dedicado a la legitimación para interpretar el testamento, admitiéndose que pueda hacerlo el testador, el albacea y contador partidor, los jueces y tribunales y los árbitros (*ex art. 7 Ley 36/1988 y, actualmente art. 10 Ley 60/2003*). El notario no efectúa, propiamente, la interpretación del testamento sino que contribuye a que la voluntad del testador sea clara y se exprese sin ambigüedades (arts. 176, 146 RN). El autor analiza en qué casos es posible la posterior interpretación judicial, aún después de haber sido ésta fijada por el propio testador o el albacea. Admite que los propios herederos puedan otorgar un contrato fijando una interpretación que siempre es vinculante para el registrador de la propiedad (p. 114); pero no, en cambio cuando es el contador partidor quien pretende inscribir (p. 110). Los jueces no podrían tampoco modificar la interpretación propuesta por las partes. En casación no corresponde juzgar sobre cuestiones de interpretación, salvo que la interpretación dada por el juzgador de instancia sea

ilógica o contraria al testador o a la ley (vgr. STS 31 de diciembre de 1992 [RJ 10426], STS 29 de diciembre de 1997 [RJ 9490], STS 24 de mayo de 2002 [RJ 4459]; STJC 11 de noviembre de 2002 [RJ 10923]; Vaquer, pp. 114-115).

X. Las quince páginas finales del libro están dedicadas a la muy extensa bibliografía utilizada, la relación de jurisprudencia citada en el texto y el índice o esquema del libro. Un índice de conceptos hubiera hecho la obra un poco más manejable de lo que, por su volumen, ya es. En esto hubiera sido de desear, una vez más, originalidad, pues, a diferencia de lo que sucede en otros países, Alemania señaladamente, en el nuestro, los autores prescinden por principio de este instrumento tan útil. Siendo las referencias jurisprudenciales tan abundantes –y tan necesarias en una obra de estas características–, no hubiera sobrado en absoluto una remisión a la página en la que se encuentran citadas las sentencias, así como una pequeña referencia al tema del litigio.

XI. Si los artículos sobre la *Verwirkung* antes citados eran un excelente ejemplo de armonización espontánea o por trasplante de modelos, en terminología de Alan Watson, con la interpretación del testamento, Antoni Vaquer da un nuevo paso en la labor de comparación y aproximación de los derechos en Europa y, esta vez, habilitando una armonización en el ámbito del Derecho sucesorio que, por cierto, Bruselas todavía considera una *cura posterior*. También en este ámbito el autor está entre los pioneros.

ESTHER ARROYO I AMAYUELAS

## Revistas Extranjeras

**REMEDIOS ARANDA RODRÍGUEZ, EVA CANO VILÀ, MARÍA ROSARIO DÍAZ ROMERO, BEATRIZ FERNÁNDEZ GREGORACI, MARTÍN GARCÍA-RIPOLL, MARÍA PAZ GARCÍA RUBIO, CARMEN JEREZ DELGADO, JORDI RIBOT IGUALADA, ALMA RODRÍGUEZ GUITIÁN, ALBERT RUDA GONZÁLEZ, JOSEP SOLÉ FELIU, ISABEL SIERRA PÉREZ, BELÉN TRIGO GARCÍA**

SUMARIO: I. *Derecho Civil*: 1. Parte general. 2. Derecho de la persona. 3. Persona jurídica. 4. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 5. Derechos reales. Derecho hipotecario. 6. Derecho de familia. 7. Derecho de sucesiones. 8. Varia.–II. *Derecho Mercantil*: 1. Parte general. Empresa. 2. Derecho de sociedades. 3. Instituciones y agentes auxiliares del tráfico. 4. Contratos mercantiles. 5. Derecho cambiario. 6. Derecho concursal.–Abreviaturas.

### DERECHO CIVIL

#### PARTE GENERAL

ALPA, G.: «Diritto privato europeo: fonti normative e programmi di armonizzazione», *NGCC*, 2003, núm. 1, pp. 16-34.

Estudio de algunas cuestiones relativas al Derecho privado europeo: derechos fundamentales, derechos de los consumidores y relación entre la Carta Europea y la Convención; el Derecho privado europeo como instrumento de evolución de la cultura jurídica y como instrumento de formación de la experiencia profesional. (*Alma R. G.*)

ALPA, G.: «L'armonizzazione del diritto contrattuale e il progetto di codice civile europeo», *NGCC*, 2003, núm. 2, pp. 169-174.

Artículo dedicado a la promulgación del Código civil europeo: la Resolución del Parlamento Europeo de 15 de noviembre de 2001, las reacciones a la comunicación de la Comisión sobre el derecho contractual europeo y la unificación de tal derecho. (*Alma R. G.*)

BÖCKENFÖRDER, E. W.: «Menschenwürde als normative Prinzip. Die Grundrechte in der bioethischen Debatte», *JZ*, 2003, pp. 809-815.

La dignidad humana como principio normativo. Los derechos fundamentales en el debate bioético.

El artículo analiza el valor normativo del principio constitucional de dignidad de la persona en relación con los problemas generados por la Biome-



dicina y la Biotecnología, tales como la investigación con células madre, el diagnóstico preimplantacional o la clonación terapéutica. (M. P. G. R.)

BYK, C. H.: «La jurisprudence est-elle une source du droit des sciences de la vie?», *GP*, 2003, núms. 117-119, pp. 5-8.

Discusión doctrinal sobre la función de la jurisprudencia en la sociedad. (I. S. P.)

CABRILLAC, R.: «L'avenir du Code civil», *SJ*, 2004, núm. 13, I-121, pp. 547-551.

El autor se cuestiona si el Código civil francés debe o no ser reemplazado por un futuro Código civil europeo y las consecuencias de tal cambio. (R. A. R.)

CAPRIOLI, S.: «Codice (abbozzo di una voce per un dizionario di diritto privato)», *RTDPC*, 2003, núm. 2, pp. 379-393.

Reflexión acerca de la técnica de la codificación: estructura, caracteres, tipología, contenido, ámbito, naturaleza, etc. (M. R. D. R.)

CONTE, A.: «Le fonti del diritto a Hong Kong dopo il ritorno alla sovranità cinese: un paese, due sistemi giuridici», *RTDPC*, 2003, núm. 2, pp. 561-574.

Breves consideraciones sobre las fuentes del derecho y el sistema jurídico de Hong Kong, especialmente en relación al comercio internacional. (M. R. D. R.)

DE VITA, A.: «Buona fede e common law (Attrazione non fatale nella storia del contratto)», *RDC*, 2003, núm. 3, parte prima, pp. 251-270.

Observaciones de Derecho histórico en el marco del *common law*: del contrato inglés de la *common law* medieval al derecho moderno, tutela jurisdiccional, *tort* y *contract*, fundamento de la *law of contract* en la teoría clásica y en la época moderna. (M. R. D. R.)

DOGLIOTTI, M./PICCALUGA, F.: «L'art. 8 della legge sull'adozione prima e dopo la riforma del 2001», *RTDPC*, 2003, núm. 2, pp. 593-624.

Análisis de la adopción a través del artículo 8 de la ley, tras su reforma por la l. 28 marzo 2001, n. 149. Especial referencia al requisito de abandono y el derecho de asistencia legal del menor en el procedimiento. (M. R. D. R.)

FLEISCHER, H.: «Der Rechtsmißbrauch zwischen Gemeineuropäischen Privatrecht und Gemeinschaftsprivatrecht», *JZ*, 2003, pp. 865-874.

El abuso del derecho entre el Derecho privado europeo y el Derecho comunitario europeo.

El autor analiza la teoría del abuso del derecho desde sus orígenes en la doctrina francesa, su desarrollo en Alemania, su reflejo en algunos Códigos como el español y, sobre todo, el papel que juega en el Derecho privado europeo. (M. P. G. R.)

FOYER, J.: «Le Code civil est vivant. Il doit le demeurer», *SJ*, 2004, núm. 13, I-120, pp. 543-546.

Entrevista sobre el valor del Código civil francés hecha a Jean Foyer y su opinión sobre un futuro código europeo. (R. A. R.)

GANDOLFI, G.: «Per l'assetto normativo del mercato interno europeo: proposte e prospettive», *RDC*, 2003, núm. 4, parte prima, pp. 395-408.

Reflexión sobre el sistema de fuentes de la Comunidad Europea y la propuesta de elaborar una codificación progresiva. (*M. R. D. R.*)

GITTI, G.: «Le clausole d'uso come fonti del diritto», *RDC*, 2003, núm. 2, parte prima, pp. 115-126.

Notas sobre las fuentes del Derecho privado, en relación a los usos, cláusulas de uso y autonomía contractual. (*M. R. D. R.*)

GLIOZZI, E.: «Postmodernismo giuridico e giuspositivismo», *RTDPC*, 2003, núm. 3, pp. 801-827.

Revisión del problema del fundamento del derecho positivo, desde la teoría postmoderna y el positivismo. (*M. R. D. R.*)

GUCKELBERGER, A.: «Die Drittwirkung der Grundrechte», *JuS*, 2003, pp. 1151-1157.

La eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales.

La cuestión de si y en qué medida los derechos fundamentales vinculan también en las relaciones entre sujetos privados es un tema siempre candente. Esta contribución da una panorámica general sobre las opiniones más representativas al respecto. Además muestra cómo la pregunta por los efectos *inter privatos* es tratada en el ámbito europeo-comunitario. (*M. P. G. R.*)

KRIEGK, J. F.: «Le bicentenaire du Code civil, "Peristyle de la législation française"», *GP*, 2003-2004, núm. 365-3, pp. 2-7.

Estudio sobre los antecedentes a la codificación francesa. Intención de los legisladores. Principios y fines en materia de sociedad civil, concepto de justicia. Tendencia a la internacionalización de las relaciones jurídicas. (*I. S. P.*)

LAKKIS, P.: «Die Verjährungsvereinbarung nach neuem Recht», *AcP*, núm. 6, 2003, pp. 763-785.

El nuevo § 202 BGB dispone que «1. La prescripción no puede ser acortada previamente mediante negocio jurídico en el caso de responsabilidad por dolo./ 2. La prescripción no puede ser alargada mediante negocio jurídico más allá de un plazo de treinta años desde el comienzo legal del plazo de prescripción». El modelo de esta nueva norma es el artículo 17:116 de los *Principles of European Contract Law*, si bien con algunas modificaciones. (*M. G.-R.*)

LASSERRE-KIESSOW, V.: «Le discours final de Portalis», *SJ*, 2004, núm. 13, I-122, pp. 552-557.

Reproducción de los motivos expuestos por Portalis para presentar el proyecto de código civil. Texto inédito. (*R. A. R.*)

LIPARI, N.: «Valori costituzionali e procedimento interpretativo», *RTDPC*, 2003, núm. 3, pp. 865-878.

Reflexión acerca de una relectura del Código civil a la luz de la Constitución y la necesidad de adaptar el positivismo a los valores de la jurisprudencia constitucional y ordinaria. (*M. R. D. R.*)

MOCCIA, L.: «Comparazione e studio del diritto», *RTDPC*, 2003, núm. 3, pp. 973-991.

Reflexión sobre la concepción del método comparativo de estudio del derecho como apertura al diálogo entre culturas jurídicas. El Derecho como dogmática y como práctica en aras de una ciencia jurídica europea. (*M. R. D. R.*)

MOCCIA, L.: «Dal “mercato” alla “cittadinanza”»: ovvero, dei possibili itinerari di diritto privato europeo», *RTDPC*, 2003, núm. 2, pp. 395-432.

Observaciones acerca del Derecho europeo y sus técnicas de uniformización, aunque tratado específicamente desde el derecho de la contratación en el mercado laboral. (*M. R. D. R.*)

MONTICELLI, N.: «Equità ed equity a confronto: esperienze ordinamentali di civil law e common law», *GC*, 2003, núm. 12, pp. 549-559.

Revisión de la figura de la equidad desde una perspectiva histórica y un análisis de su función en el *civil law* y *common law*. (*M. R. D. R.*)

PHILLIPSON, G.: «Transforming Breach of Confidence? Towards a Common Law Right of Privacy under the Human Rights Act», *Mod. L. Rev.*, septiembre 2003, vol. 66, núm. 5, pp. 726-758.

El artículo analiza la creación jurisprudencial de un mecanismo de protección para casos de difusión no autorizada de información personal en el *common law*. Este mecanismo resulta de la fusión del conocido *tort de breach of confidence* y la aplicación horizontal del artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos. En la práctica, los tribunales utilizan el *tort de breach of confidence* como *remedy* frente a ciertas intromisiones del derecho a la intimidad, aunque no siempre resulta eficaz. (*E. C. V.*)

PICARDI, N.: «La funzione del giudice nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto», *GC*, 2003, núm. 9, pp. 363-370.

De nuevo, observaciones sobre la función del juez en la interpretación y aplicación del Derecho: sobre si el poder del juez es discrecional o está sometido a límites y controles. (*M. R. D. R.*)

PINGEL, I.: «La responsabilité de l'Etat pour violation du Droit communautaire par une juridiction suprême», *GP*, 2004, núms. 63-64, pp. 2 ss.

Principio y condiciones de la responsabilidad del Estado en cuestiones específicas. (*I. S. P.*)

RIVOLTA, G.: «Ricerca biotecnologica e impresa sociale», *RDC*, 2003, núm. 3, parte prima, pp. 239-250.

Reflexión sobre la relación investigación tecnológica y empresas sociales o con finalidad de utilidad social, especialmente en los casos de entidades sin ánimo de lucro. (*M. R. D. R.*)

RÜCKERT, J.: «Das Bürgerliche Gesetzbuch – ein Gesetzbuch ohne Chance», *JZ*, 2003, pp. 749-760.

El Código civil alemán. ¿Un Código sin oportunidades?

Con la vista puesta en el campo de los principios del BGB se describe en este artículo cómo el legislador, la jurisprudencia y la sociedad se han relacionado con este cuerpo legal desde 1900. (*M. P. G. R.*)

THIBIERGE, C.: «Le droit souple. (Réflexion sur les textures du droit)», *RTDC*, 2003, núm. 4, pp. 599-628.

Extensión de la discusión doctrinal internacionalista en el ámbito del derecho interno sobre la evolución del derecho y las nuevas tendencias. (*I. S. P.*)

VIDIRI, G.: «Organizzazione dell'attività agonistica, autonomia dell'ordinamento sportivo e d.l. n. 220 del 2003», *GC*, 2003, núm. 11, pp. 509-524.

Análisis de la tutela jurídica de las actividades deportivas: competencia de las federaciones deportivas nacionales y relación del ordenamiento deportivo con la legislación estatal. (*M. R. D. R.*)

VV.AA.: «La société européenne», *GP*, 2003, núm. 92-93.

Número especial sobre la influencia de la Unión Europea en Francia: repercusión en el Derecho francés y su influencia en el ámbito económico (necesidad de mayor competitividad productiva). (*I. S. P.*)

ZENATI, F.: «Mise en perspective et perspectives de la théorie du patrimoine», *RTDC*, 2003, núm. 4, pp. 667-678.

Estudio sobre la discusión doctrinal y legal sobre el concepto de patrimonio. (*I. S. P.*)

## DERECHO DE LA PERSONA

AMSON, D.: «Cinéma et atteintes à la vie privée», *GP*, 2003, núms. 99-100, pp. 27-34.

Notas a la sentencia del Tribunal de París, sección 1.<sup>a</sup> B, de 14 de noviembre de 2002, sobre atentado a la vida privada a través de la emisión de un filme biográfico sin autorización. (*I. S. P.*)

BÉCOURT, D.: «Images et vie privée: réflexions sur la proposition de loi du 16 juillet 2003», *GP*, 2003, núms. 44-45, pp. 7-10.

Estudio sobre la proposición de ley, en especial de su exposición de motivos. (*I. S. P.*)

CAMELI, S.: «In tema di diffamazione a mezzo stampa e riparazione pecuniaria—osservazione a Trib. Roma 31 ottobre 2002, e a Trib. Roma 24 settembre 2002», *GC*, 2003, núm. 9, pp. 1940-1941. (*M. R. D. R.*)

CARIUS, M.: «L'extension des conséquences de l'arrêt Bosman par le Conseil d'Etat», *GP*, 2003, núms. 134-135, pp. 10-16.

Eficacia de la norma internacional. La libre circulación de deportistas profesionales. (*I. S. P.*)

CASAMASSIMA, A.: «Il danno esistenziale nel labirinto delle norme costituzionali- nota a Trib. Torino 23 dicembre 2002», *GC*, 2003, núm. 12, pp. 2974-2979. (*M. R. D. R.*)

CASSANO, G./CATULLO, F. G.: «Intervista diffamatoria e responsabilità del giornalista ex artt. 595, 596 e 596-bis c.p.», *DFP*, 2003, núm. 4, pp. 836-864.

Configuración y límites de la responsabilidad del periodista que informa de una entrevista en la que el sujeto entrevistado hace declaraciones lesivas de la reputación de terceras personas. (*Alma R. G.*)

CINGOLANI, M./PECORA, S.: «Contributo ad una rilettura “costituzionale” del reato di maltrattamenti tra riconoscimento del danno esistenziale e fenomeno del “mobbing”», *DFP*, 2003, núm. 2, pp. 483-491.

El maltrato en el contexto familiar, un nuevo daño a la persona. (*Alma R. G.*)

D'ANGELO, G.: «La testimonianza dei minori vittime di presunti abusi in ambiente scolastico», *DFP*, 2003, núm. 4, pp. 879-914.

Artículo dedicado a la violencia sobre menores con la puesta en riesgo de la salud psicológica de tales menores. (*Alma R. G.*)

D'ARIENZO, M.: «La condizione giuridica della donna nell'Islam», *DFP*, 2003, núm. 4, pp. 943-951.

Régimen jurídico de la mujer desde una perspectiva religiosa islámica. (*Alma R. G.*)

DELPRAT, L.: «La loi du 2 janvier 2004 relative à la protection de l'enfance et le secret médical», *GP*, 2004, núms. 63-64, pp. 11-12.

Estudio de las reglas deontológicas. Las resoluciones jurisprudenciales y la evolución del régimen legal. (*I. S. P.*)

DOGLIOTTI, M./FIGONE, A.: «Diffamazione a mezzo stampa e risarcimento del danno», *DFP*, 2003, núm. 4, pp. 865-879.

Responsabilidad del periodista a causa de un delito de difamación por la divulgación de una noticia lesiva de la reputación ajena, cuando el periodista reproduce el contenido de un comunicado procedente de una agencia de prensa sin comprobar tal noticia. (*Alma R. G.*)

FAVILLI, C.: «In tema di potestà genitoria», *NLCC*, 2002, núm. 6, pp. 1091-1114.

Estudio del artículo 37-bis de la ley de 28 de marzo de 2001, núm. 149, sobre medidas de alejamiento de la residencia familiar del progenitor y del conviviente que maltrata o abusa del menor: noción de abuso y maltrato, relación con la ley de 5 de abril de 2001, núm. 154, sobre medidas contra la violencia en las relaciones familiares, técnicas procesales, intervención del defensor del menor. (*M. R. D. R.*)

FIORAVANTI, C.: «I diritti del bambino tra protezione e garanzie: l'entrata in vigore, per la Repubblica italiana, della Convenzione di Strasburgo», *NLCC*, 2002, núm. 6, pp. 561-568.

Análisis de la adaptación de la normativa de la Convención de Estrasburgo al ordenamiento interno italiano, a través de la ley 20 de marzo 2003, núm. 77, sobre los derechos del menor y su capacidad jurídica. Incidencia de la Convención de Nueva York y de la jurisprudencia de Estrasburgo. (*M. R. D. R.*)

FRACOLINI, G.: «Il dibattito sull'eutanasia tra Corte Europea e giurisprudenza interna», *DFP*, 2003, núm. 4, pp. 795-823.

Análisis del caso *Pretty*: el derecho a morir a la luz de la Convención Europea. Tratamiento inhumano y suicidio asistido. La Convención y la calidad de vida. La licitud de la eutanasia pasiva consensual. (*Alma R. G.*)

GALUPPI, G.: «L'imputabilità», *DFP*, 2003, núm. 2, pp. 431-452.

Límites de edad para la imputabilidad, madurez y capacidad de entender y querer. Factores que excluyen la capacidad de entender y querer. El objeto de la capacidad de entender y querer. (*Alma R. G.*)

GARAY, A./AWIL, E.: «Tumulte autour de la laïcité», *RDS*, 2004, núm. 4, pp. 225-229.

El Consejo de Estado ha reconocido a los alumnos el derecho a manifestar sus creencias religiosas en el interior de los centros escolares. El 17 de diciembre de 2003 el presidente de la república prohíbe los signos religiosos en las escuelas. Análisis de la decisión. (*R. A. R.*)

GRIDEL, J. P.: «L'acte éminemment personnel du mineur», *GP*, 2003, núms. 80-81, pp. 7-13.

El autor se plantea la necesidad de renovar la representación legal para dotar al menor de mayor autonomía en los actos de carácter personal. (*I. S. P.*)

ITRAC, J. M./SAOUDI, H.: «La loi de 1881 sur la liberté de la presse est-elle toujours adaptée?», *GP*, 2004, núms. 46-48, pp. 2-5.

Crítica de la legislación actual y división de la doctrina en cuanto a las soluciones a adoptar. ¿Reside la solución en la modificación de la ley? (*I. S. P.*)

MASSIP, J.: «Le juge aux affaires familiales et l'enlèvement international d'enfants», *GP*, 2004, núms. 79-80, pp. 12-14.

Notas a la sentencia de la Corte de París, sección primera, C, de 26 de junio de 2003, sobre incumplimiento de los deberes de los padres respecto de los hijos. El Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980. (*I. S. P.*)

MAZZONI, C. M.: «La tutela reale dell'embrione», *NGCC*, 2003, núm. 6, pp. 457-466.

Artículo dedicado a la protección jurídica del embrión: la vida antes del nacimiento, vida biológica y nacimiento jurídico, persona y sujeto de derecho. (*Alma R. G.*)

ROBERTI, M.: «Attuazione della tutela del diritto di informazione nei sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo», *NLCC*, 2002, núm. 6, pp. 1171-1185.

Comentario a la sentencia *Corte cost.*, 20 novembre 2002, n. 466, sobre recursos de los medios informativos en sistemas de telecomunicación y radio-

televisivos, en relación con la sentencia precedente núm. 420 de 1994. (*M. R. D. R.*)

SUDRE, F.: «Droit de la Convention européenne des droits de l'homme», *SJ*, 2004, núm. 5, I-107, pp. 181-186.

La integridad física y moral de la persona. El derecho a la libertad y a la seguridad. El derecho a un proceso justo y al respeto a la vida privada y familiar. Derecho al domicilio y secreto de la correspondencia. La libertad de expresión y la no discriminación. El derecho a la propiedad. (*R. A. R.*)

ZATTI, P.: «Spunti in tema di limitata capacità di fatto», *NGCC*, 2003, núm. 4, pp. 315-320.

Estudio de las hipótesis en que existe una capacidad de hecho limitada. (*Alma R. G.*)

ZIRONI, S.: «Privacy e reti telematiche», *Dir. Aut.*, 2003, núm. 3, pp. 424-471.

Protección del derecho a la intimidad ante el tratamiento de los datos personales operado a través de la Red. (*Alma R. G.*)

## PERSONA JURÍDICA

MUSCHELER, K.: «Stiftung und Gemeinwohlgefährdung», *NJW*, 2003, pp. 3161-3166.

Fundación y peligro para el bien común.

En el año 2002 entró en vigor la reforma del derecho de fundaciones en Alemania. Uno de los conceptos centrales de esta reforma es la puesta en peligro del bien común (*Gefährdung des Gemeinwohls*). El autor del artículo trata de mostrar lo desacertado de ese concepto. (*M. P. G. R.*)

NONNE, L.: «Note in tema di patrimoni destinati ad uno scopo non lucrativo», *RTDPC*, 2003, núm. 4, pp. 1299-1330.

Notas sobre los diferentes tipos de patrimonios fiduciarios destinados a una finalidad no lucrativa, y los efectos o consecuencias jurídicas de la transformación o extinción de la entidad o persona jurídica a la que han sido confiados o donados dichos bienes. (*M. R. D. R.*)

## OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

ABOUKRAT, G.: «Course d'obstacles dans la procédure d'arbitrage», *GP*, 2004, núms. 53-55, pp. 2 ss.

Dificultades para la puesta en marcha del procedimiento de arbitraje interno e internacional. (*I. S. P.*)

AGOSTINELLI, B.: «Sulla risarcibilità dei danni riflessi al congiunto del macroleso», *Rass. Dir. Civ.*, 2003-I y II, pp. 460-473.

Comentario de la sentencia de la *Corte di Cassazione* de 2 de febrero de 2001, núm. 1516, que considera indemnizable el daño sufrido por el cónyuge de la víctima de un accidente de tráfico, concretado en la renuncia a su actividad laboral para la asistencia a la víctima. (B. F. G.)

AGOSTINIS, B.: «La vendita forzata di un bene “difforme”», *Rass. Dir. Civ.*, 2003-I y II, pp. 1 a 26.

Análisis de las ventas forzosas desde la perspectiva de la tutela del adjudicatario cuando el bien no cuenta con las cualidades esenciales en él presupuestas y en casos de *aliud pro alio*. La autora pone de relieve la falta de armonización existente entre los artículos 1497 del *Codice Civile*, aplicable a las ventas voluntarias, y 2922 del *Codice Civile*, relativo a las ventas forzosas. Se hace también referencia a las consecuencias en este ámbito de la transposición de la Directiva 1999/44 relativa a la garantía en la venta de los bienes de consumo. (B. F. G.)

ALBERTINI, J. A.: «Les mots qui vous engagent ...», *RDS*, 2004, núm. 4, pp. 230-232.

Estudio sobre el momento de la formación del contrato. Respuesta clásica y nuevas aportaciones. (R. A. R.)

ALESSANDRINI, M.: «Profili critici della promessa del fatto del terzo», *NGCC*, 2003, núm. 4, pp. 327-336.

Algunas cuestiones sobre la promesa del hecho de tercero: naturaleza jurídica, estructura y contenido, forma y capacidad del tercero, figuras afines ... (Alma R. G.)

ARLEN, J./MACLEOD, W. B.: «Malpractice Liability for Physicians and Managed Care Organizations», *N. Y. Univ. L. Rev.*, 2003, vol. 78, núm. 6, pp. 1929-2006.

En los Estados Unidos la prestación de servicios médicos y sanitarios se desarrolla hoy, en más del 90% de los casos, mediante el llamado *managed care*. En esta modalidad de gestión, las compañías de seguros sanitarios ejercen un control muy estricto sobre la actividad de los médicos y del personal sanitario. Con el objetivo de mantener los costes sanitarios dentro de unos límites aceptables, las aseguradoras deciden por ejemplo si un tratamiento o una decisión terapéutica son razonables en términos de coste-beneficio. El cambio de modelo de gestión exige según los autores un modelo económico distinto al aplicado hasta ahora y que en el enjuiciamiento de las negligencias médicas se tome en consideración no sólo la actividad del médico, sino el impacto sobre ésta de las decisiones de la empresa que gestiona y controla los cuidados prescritos al paciente. (J. R. I.)

ASTONE, A.: «Tutela della persona e rapporto di lavoro: *mobbing* ed aree di danni risarcibili», *DFP*, 2003, núm. 4, pp. 1048-1114.

Comportamientos reconducibles al *mobbing*. Clases de daños resarcibles. En especial, daños biológico, biopsíquico, moral y existencial. Propuestas legislativas. (Alma R. G.)

AZZARO, A.: «Tutela del consumatore e regolazione del mercato», *GC*, 2003, núm. 6, pp. 237-269.



Análisis del artículo 1469 bis, 2 del Código civil italiano, y la noción de consumidor: ámbito de aplicación, designación de la parte débil del contrato, tutela del consumidor y reglas de mercado, contratos de masa y control de su contenido y forma, etc. (*M. R. D. R.*)

BALDASSARI, S.: «Sterilità mancata. La nascita indesiderata e la responsabilità del medico – nota a Trib. Venezia 10 settembre 2002», *GC*, 2003, núm. 11, pp. 2613-2622. (*M. R. D. R.*)

BARBANERA, R.: «In tema di responsabilità degli insegnanti statali», *NGCC*, 2003, núm. 2, pp. 273-278.

Comentario a sentencia judicial sobre responsabilidad del profesorado en colegio público por autolesiones de un alumno. (*Alma R. G.*)

BARCA, A.: «Brevi note in ordine alla nozione di consumatore», *NGCC*, 2003, núm. 5, pp. 367-381.

Aproximación al concepto jurídico de consumidor: fuentes legislativas, doctrinales y jurisprudenciales. (*Alma R. G.*)

BAROLA, V.: «Il diritto ad un giusto processo: responsabilità e profili riparatori», *NGCC*, 2003, núm. 1, pp. 138-157.

El derecho del ciudadano a una razonable duración del proceso judicial y responsabilidad de la Administración en caso de que se vulnere tal derecho. (*Alma R. G.*)

BASEDOW, J.: «Ein optionales Europäisches Vertragsgesetz – opt-in, opt-out, wozu überhaupt», *ZEuP*, núm. 1, 2004, pp. 1-4.

A principios de 2003 la Comisión Europea ha lanzado la idea, dentro de su plan para un Derecho contractual europeo, de crear unas normas jurídicas opcionales en esta materia (*vide* además STAUDENMAYER, en esta misma revista, 4/2003, en la sección *Entwicklungen*, que no se recensiona aquí). Sería un nuevo modo de facilitar la unificación europea en esta materia. El autor plantea sus dudas al respecto. (*M. G.-R.*)

BÉGUIN, J./ORTSCHEIDT, J./SERAGLINI, C. H.: «Droit de l'arbitrage», *SJ*, 2003, núm. 39, I-164, pp. 1672-1678.

El arbitraje interno y el internacional. La conciliación y la mediación. (*R. A. R.*)

BÉGUIN, J./ORTSCHEIDT, J./SERAGLINI, C. H.: «Droit de l'arbitrage», *SJ*, 2004, núm. 12, I-119, pp. 499-504.

Estudio del arbitraje en sus distintos aspectos: la convención de arbitraje; el tribunal; la instancia arbitral; la sentencia y los recursos. (*R. A. R.*)

BELLAFFIORE, F.: «Fondamento e operatività del divieto del patto commissorio», *Rass. Dir. Civ.*, 2003-I y II, pp. 474-494.

Comentario de la sentencia de la *Corte di Cassazione* de 23 de noviembre de 2001, número 14911 relativa a la prohibición del pacto comisorio y, en concreto, a su violación mediante el otorgamiento de un poder para la venta de un bien del deudor. La especialidad del citado caso estriba en que la sen-

tencia considera que se vulneró dicha prohibición aun cuando el poder fue concedido a un sujeto distinto del propio acreedor. (B. F. G.)

BOGGIO, L.: «Concordato con cessione di beni e sopravvenienze attive successive all'omologazione: regime legale ed autonomia privata», *RDC*, 2003, núm. 3, parte seconda, pp. 175-221.

Estudio jurisprudencial sobre acuerdos de cesión de bienes y régimen jurídico a aplicar a bienes obtenidos con posterioridad al acuerdo. Opiniones doctrinales relacionadas con la responsabilidad universal del deudor, y diferentes supuestos de obtención de bienes, herencias, separaciones patrimoniales, etc. (M. R. D. R.)

BOLONDI, E.: «Leasing finanziario e acquisto a non domino: l'utilizzatore come *adiectus solutionis causa* del concedente», *NGCC*, 2003, núm. 6, pp. 949-958.

Comentario a sentencia judicial sobre el contrato de *leasing* financiero y adquisiciones a *non domino*. (Alma R. G.)

BONNEAU, J.: «L'accès au dossier médical», *GP*, 2003, núms. 127-130, pp. 3-7.

Análisis del contenido del informe médico según el decreto núm. 2002-637 de 29 de abril de 2002. (I. S. P.)

BOU, C. H.: «Les apports de la loi du 4 mars 2002 concernant l'indemnisation des accidents médicaux», *GP*, 2003, núms. 155-156, pp. 2-10.

Tablas sistemáticas sobre las indemnizaciones por accidentes médicos. (I. S. P.)

BÜDENBENDER, U.: «Die Bedeutung der Verbrauchsgüterkaufrechtlinie für das deutsche Kaufrecht nach dem Schuldrechtreform», *ZEuP*, núm. 1, 2004, pp. 36-58.

El legislador alemán, al incorporar a su Derecho la Directiva europea sobre garantías en la venta de bienes muebles de consumo no se ha limitado a una transposición en el ámbito de estas ventas, sino que ha reformado todo el BGB en materia de compraventa, haciendo aplicable las indicaciones de la Directiva a todo tipo de compraventas. El autor se plantea entonces cuál es la interpretación que debe primar respecto de los preceptos que exceden del ámbito de la Directiva. En su opinión, argumentos derivados de la doctrina de las fuentes, del ámbito de validez de las normas, del sentido y finalidad de la norma europea, y otros, conllevan rechazar la suposición de que, en las normas que exceden el ámbito de la Directiva, haya de imponerse una interpretación conforme al Derecho europeo. La interpretación de las nuevas normas sólo se puede basar en el Derecho nacional. (M. G.-R.)

BUGADA, A.: «Nul n'est censé ignorer les méfaits du tabac», *RDS*, 2004, núm. 10, pp. 653-656.

Estudio sobre la sentencia de casación civil de 20 de noviembre de 2003 sobre ausencia de responsabilidad de la SEITA por los efectos de los cigarrillos.

llos en los fumadores con cáncer. Reflexiones sobre los problemas de salud pública. (R. A. R.)

BUGIANI, C.: «In tema di cessione dei diritti d'autore. Tipicità dei negozi di trasferimento dei diritti di utilizzazione. Causa tipica di liberalità—nota a Cass. 16 aprile 2002, n. 5461», *GC*, 2003, núm. 5, pp. 1086-1090. (M. R. D. R.)

BUSANI, A.: «La doppia alienazione immobiliare», *NGCC*, 2003, núm. 1, pp. 73-110.

Análisis exhaustivo de los problemas que plantea la doble venta de bienes inmuebles. (Alma R. G.)

CALVARI, F.: «In tema di responsabilita dello Stato per il fatto illecito dei magistrati», *NGCC*, 2003, núm. 5, pp. 780-786.

Comentario a sentencia judicial sobre responsabilidad civil del juez. (Alma R. G.)

CAMELI, S.: «In tema di diffamazione a mezzo stampa e riparazione pecuniaria—osservazione a Trib. Roma 31 ottobre 2002, e a Trib. Roma 24 settembre 2002», *GC*, 2003, núm. 9, pp. 1940-1941. (M. R. D. R.)

CAMPIONE, A.: «Danno morale e presunzione legale di responsabilità: la giurisprudenza cambia orientamento—nota a Cass. 17 maggio 2003, n. 7282», *GC*, 2003, núm. 10, pp. 2063-2066. (M. R. D. R.)

— «Il divieto di anatocismo si estende ai mutui bancari. Un primo commento—nota a Cass. 20 febbraio 2003, n. 2593», *GC*, 2003, núm. 5, pp. 931-936. (M. R. D. R.)

CANARIS, C.: «La mancata attuazione del rapporto obbligatorio: profili generali. Il nuovo diritto delle Leistungsstörungen», *RDC*, 2003, núm. 1, parte prima, pp. 19-38.

Análisis del parágrafo 275 BGB, y derecho comparado, sobre imposibilidad de cumplimiento de la obligación primaria, como supuesto de liberación del deudor, resolución contractual, y posibilidad de exigir una prestación resarcitoria. (M. R. D. R.)

CAPECCHI, M.: «Caduta da viadotto e responsabilita dell'ente gestore dell'autostrada», *NGCC*, 2003, núm. 1, pp. 115-118.

Comentario a sentencia judicial sobre daños sufridos por el usuario de una autopista. Responsabilidad del ente concesionario de la misma. (Alma R. G.)

— «Le sezioni unite penali sul nesso di causalita omissiva. Quali riflessi per la responsabilita civile del medico?», *NGCC*, 2003, núm. 2, pp. 257-264.

Comentario a sentencia penal sobre un caso de homicidio culposo de un médico respecto a un paciente, que plantea un análisis sobre el presupuesto de la relación de causalidad en el ámbito penal y civil. (Alma R. G.)

CARBONI, B.: «Sussidiarietà e diritto di preventiva escussione», *Rass. Dir. Civ.*, 2003-I y II, pp. 27-49.

Fianza. Análisis del pacto de previa excusión de los bienes del deudor. Comparación con el derecho concedido en este mismo sentido al socio de una sociedad personalista. (B. F. G.)

CARIMINI, F.: «La responsabilità contrattuale del comodatario per perimento e deterioramento della cosa», *Rass. Dir. Civ.*, 2003-I y II, pp. 50-74.

Análisis de las obligaciones del comodatario a raíz de la sentencia de la Corte di Cassazione de 6 de noviembre de 2001, núm. 13691, que amplía el ámbito objetivo de aplicación del artículo 1805 *Codice Civile*, referido a la responsabilidad del comodatario por pérdida de la cosa, al supuesto de su deterioro. (B. F. G.)

CARUSI, D.: «La rilevanza del negozio nullo e l'interpretazione sistematica dell'art. 2035 cc.», *RDC*, 2003, núm. 4, parte seconda, pp. 345-359.

Análisis del artículo 2035 del Código civil italiano sobre efectos del contrato nulo por causa ilícita. (M. R. D. R.)

CASAMASSIMA, A.: «Il danno esistenziale nel labirinto delle norme costituzionali—nota a Trib. Torino 23 dicembre 2002», *GC*, 2003, núm. 12, pp. 2974-2979. (M. R. D. R.)

CAVALLINI, C.: «Il trasferimento della clausola compromissoria», *RDC*, 2003, núm. 5, parte seconda, pp. 473-492.

Reflexiones sobre la figura de la cláusula compromisoria en relación a cesión de contratos, cesión de créditos, contratos a favor de terceros, contratos fiduciarios, etc. (M. R. D. R.)

CHINDEMI, D.: «Leasing di autovettura non immatricolata: diritti ed obblighi delle parti», *NGCC*, 2003, núm. 3, pp. 440-444.

Comentario a sentencia judicial sobre las obligaciones recíprocas de las partes en el contrato de *leasing* financiero. (Alma R. G.)

— «Il “tradimento” del coniuge non é fonte di responsabilità extracontrattuale per l' “amante”, ma puo esserlo per il coniuge infedele», *NGCC*, 2003, núm. 5, pp. 764-770.

Responsabilidad civil extracontractual por vulneración del deber conyugal de fidelidad. (Alma R. G.)

— «La prova del danno non patrimoniale da irragionevole durata del processo», *NGCC*, 2003, núm. 4, pp. 608-612.

Fundamento de un derecho del ciudadano a una duración razonable del proceso judicial. Resarcimiento del daño no patrimonial por lesión de tal derecho. (Alma R. G.)

CIAN, G.: «La riforma del BGB in materia di danno immateriale e di imputabilità dell'atto illecito», *RDC*, 2003, núm. 2, parte seconda, pp. 125-141.

Estudio de derecho comparado de los parágrafos 253, 847 y 825 del BGB y del artículo 2059 del *codice civile* italiano: resarcimiento en forma especí-

fica y resarcimiento por equivalente. La reforma alemana introducida por la Ley de 25 de julio de 2002, sobre resarcimiento de daño no patrimonial e imputabilidad. (*M. R. D. R.*)

CIAN, G.: «Significato e lineamento della riforma dello *Schuldrecht* tedesco», *RDC*, 2003, núm. 1, parte prima, pp. 1-18.

Análisis de Derecho comparado sobre el Derecho de obligaciones alemán, con especial referencia a la reforma en materia de derechos de consumidores, obligación de protección y *culpa in contrahendo*, venta internacional de bienes muebles, imposibilidad de la prestación, etc. En general, valoración de la reforma del Derecho de obligaciones alemán como posible modelo de un futuro código europeo de obligaciones y contratos. (*M. R. D. R.*)

CINQUE, M.: «Conversione del contratto nullo: rilevabilità *ex officio* e contratto contrario a norme imperative», *NGCC*, 2003, núm. 6, pp. 845-852.

Fundamento de la conversión del contrato nulo. Contrato ilegal y contrato ilícito: ¿admisión de la conversión? (*Alma R. G.*)

CLARIZIA, R.: «Il decreto legislativo sui ritardi pagamenti e l'impatto sul sistema», *NGCC*, 2003, núm. 1, pp. 57-61.

El Decreto Legislativo 9 de octubre de 2002 núm. 231, de desarrollo de la Directiva 2000/35/CE relativa a la lucha contra la morosidad en las transacciones comerciales, introduce importantes novedades a favor del acreedor. (*Alma R. G.*)

COGNOLATO, M.: «Azione contrattuale ed extracontrattuale per il risarcimento del danno da prodotto difettoso nelle "vendite a catena"», *NGCC*, 2003, núm. 2, pp. 353-358.

Pronunciamiento judicial acerca de la resolución de un contrato de compraventa de un vehículo *ex* artículo 1492 del Código civil italiano y la condena al resarcimiento por los daños derivados de un defecto de fabricación. (*Alma R. G.*)

CONCETTI, A.: «Effetti dell'invalidità del contratto principale sul contratto autonomo di garanzia», *NGCC*, 2003, núm. 3, pp. 404-406.

El régimen de las excepciones en el contrato autónomo de garantía. Efectos de la invalidez del contrato principal sobre el contrato autónomo de garantía. (*Alma R. G.*)

COSTANZA, M.: «Ancora sul danno esistenziale», *FI*, 2004, núm. 2, pp. 434-450.

Resarcimiento del daño existencial por muerte del cónyuge. (*Alma R. G.*)

D'ALFONSO, G.: «Riforma tedesca del *Mietrecht*. Raffronto con la nuova disciplina italiana delle locazioni ad uso abitativo», *Rass. Dir. Civ.*, 2003-I y II, pp. 358-432.

Análisis comparativo de las recientes reformas alemana e italiana del contrato de arrendamiento. (*B. F. G.*)

DAUTIEU, T.: «Le nouveau régime juridique applicable à la prospection directe opérée par voie électronique», *GP*, 2003, núms. 304-305, pp. 8-12.

Estudio sobre el correo electrónico y la protección del usuario según el proyecto de ley relativo a la confianza en la economía numérica. (R. A. R.)

DEL BORRELLO, G.: «Note in tema di patto di non concorrenza—nota a Cass. 19 aprile 2002, n. 5691», *GC*, 2003, núm. 5, pp. 1077-1083. (M. R. D. R.)

DELGRANGE, O./BUCCIANO, M.: «Quelques réflexions sur la force majeure en matière contractuelle», *GP*, 2004, núms. 30-31, pp. 2-4.

El concepto de fuerza mayor en la jurisprudencia francesa más reciente, necesidad de que reúna los requisitos de irresistibilidad, imprevisibilidad y exterioridad. (I. S. P.)

DELLE MONACHE, S.: «Profili dell'attuale normativa del codice civile tedesco in tema di prescrizione», *RDC*, 2003, núm. 2, parte prima, pp. 1179-1199.

Observaciones sobre las razones de la reforma del *Verjährungsrecht* en el Código civil alemán: determinación del momento de inicio y fin de la prescripción, suspensión, interrupción, intervención de la autonomía privada, efectos. (M. R. D. R.)

DE MATTEIS, R.: «La responsabilità medica per omessa diagnosi prenatale: interessi protetti e danni risarcibili», *NGCC*, 2003, núm. 4, pp. 630-638.

Responsabilidad médica en los casos de erróneo diagnóstico prenatal. (Alma R. G.)

DE MONTBRIAL, D.: «L'assurance vie et la société», *GP*, 2003, núms. 75-77, pp. 2-10.

La concepción sobre el seguro de vida a lo largo de la jurisprudencia de casación civil francesa. Análisis de sus reglas y de los servicios que presta este tipo de seguro. (I. S. P.)

DERLEDER, P./ZÄNKER, L.: «Der ungeduldige Gläubiger und das neue Leistungsstörungenrecht. Das Verhältnis von Fristsetzung, Schadensersatzverlangen und Rücktritt», *NJW*, 2777-2783.

El acreedor impaciente y el nuevo derecho del incumplimiento. La relación entre el establecimiento de un plazo, la exigencia de la indemnización de daños y el derecho de desistimiento.

El artículo analiza la repercusión del nuevo derecho del incumplimiento introducido en el BGB en el conocido tema del reconocimiento por el acreedor al deudor de un plazo adicional para cumplir, su repercusión en la demanda indemnizatoria y el derecho de desistimiento. (M. P. G. R.)

DE VITA, A.: «Buona fede e common law (Attrazione non fatale nella storia del contratto)», *RDC*, 2003, núm. 3, parte prima, pp. 251-270.

Observaciones de Derecho histórico en el marco del *common law*: del contrato inglés de la *common law* medieval al derecho moderno, tutela jurisdiccional, *tort* y *contract*, fundamento de la *law of contract* en la teoría clásica y en la época moderna. (M. R. D. R.)

DROBNIG, U.: «Present and Future of Real and Personal Security», *ERPL*, 2003, núm. 5, pp. 623-660.

Estudio de Derecho comparado sobre garantías reales y personales. (M. G.-R.)

ESPIAU ESPIAU, S.: «Unification of the European Law of Obligations and Codification of Catalan Civil Law», *ERPL*, 2003, núm. 5, pp. 677-700.

El autor trata de explicar el sentido de la codificación civil catalana en el contexto de la posible codificación del Derecho europeo de obligaciones. (M. G.-R.)

FALK, U.: «Von Titelhändelern und Erbensuchern – Die GoA-Rechtsprechung am Scheideweg», *JuS*, 9/2003, pp. 833-839.

La jurisprudencia sobre gestión de negocios sin mandato en la encrucijada. La reglamentación sobre la gestión de negocios sin mandato (§§ 677 ss. BGB) posee un considerable significado práctico. A propósito de esta ambigua figura jurídica, se observa en los últimos años una evolución en la jurisprudencia, de modo que en la actualidad la orientación seguida no resulte inequívoca. (B. T. G.)

FARKAS, F.: «Il danno da vacanza rovinata: nuove tendenze e vecchie questioni», *NGCC*, 2003, núm. 6, pp. 864-871.

Comentario a sentencia del Tribunal de Justicia CEE sobre el daño al disfrute vacacional. (Alma R. G.)

FAVILLI, C.: «La risarcibilità del danno morale da lesioni del congiunto: l'intervento dirimente delle sezioni unite», *NGCC*, 2003, núm. 5, pp. 698-709.

Reparación del daño no patrimonial a los parientes próximos del sujeto lesionado. (Alma R. G.)

FEDTKE, J.: «The Reform of German Tort Law», *ERPL*, núm. 4, 2003, pp. 485-508.

Comentario a la reforma alemana del Derecho de daños mediante la *Zweites Gesetz zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften*, de 18 de abril de 2002. (M. G.-R.)

FREIHERR v.U.Z. FRANCKENSTEIN: «Der Verkauf alter Betriebsflächen für Zwecke des Wohnungsbaus», *NJW*, 48/2003, pp. 3445-3449.

La venta de antiguas superficies industriales para la construcción de viviendas.

El artículo presenta distintas variantes de contrato de compraventa, que permiten al vendedor participar de la plusvalía derivada de la revalorización de los terrenos por el cambio de destino. (B. T. G.)

FUSARO, A.: «Responsabilità aquiliana nei rapporti tra coniugi e tutela della personalità», *NGCC*, 2003, núm. 2, pp. 292-302.

Comentario a sentencia judicial sobre responsabilidad civil extracontractual por violación de deberes conyugales. (Alma R. G.)

FUSARO, A.: «Prevedibilità dell'insidia stradale e concorso di colpa del danneggiato», *NGCC*, 2003, núm. 5, pp. 806-813.

Responsabilidad de la Administración por los daños ocasionados por un defecto de conservación de las calles públicas y concurrencia de culpa del dañado. (*Alma R. G.*)

GABRIELLI, E.: «Il contratto e l'operazione economica», *RDC*, 2003, núm. 2, parte prima, pp. 93-114.

Reflexión sobre los nuevos horizontes del Derecho de los contratos y la relevancia del concepto de operación económica: tipificación directa o indirecta de las operaciones económicas como tipos contractuales. (*M. R. D. R.*)

— «Sulla nozione di consumatore», *RTDPC*, 2003, núm. 4, pp. 1149-1183.

Nueva reflexión sobre la contratación con consumidores, con especial consideración de la definición legislativa de consumidor contraponiéndola a la figura del adherente y al contratante profesional. (*M. R. D. R.*)

GALLI, M.: «Forma del mandato e apparenza del diritto», *Rass. Dir. Civ.*, 2002-IV, pp. 863-884.

Comentario a la sentencia de la *Corte di Cassazione*, *Sez. III*, de 9 de julio de 2001, núm. 9289. (*B. F. G.*)

GAMBARO, A.: «The Plan d'Action (*sic*) of the European Commission—A Comment», *ERPL*, núm. 6, 2003, pp. 768-781.

Se critica el llamado Plan de Acción sobre un Derecho de Contratos más Coherente, aprobado por la Comisión Europea en febrero de 2003. Se centra, sobre todo, en la cuestión del papel de las nociones legales abstractas en el establecimiento de categorías jurídicas. (*M. G.-R.*)

GANDOLFI, G.: «Il contratto a favore di terzi nel "codice europeo dei contratti"», *RTDPC*, 2003, núm. 3, pp. 993-1008.

Observaciones sobre el Código europeo de los contratos, con especial referencia a la regulación del contrato a favor de terceros. Valoración de las propuestas, las normas del proyecto y los motivos que justifican el contenido. (*M. R. D. R.*)

GARAY, A.: «La responsabilité des médecins urgentistes dans la prise en charge des enfants», *GP*, 2003, núms. 124-126, pp. 2-5.

Ausencia de especificación del régimen de responsabilidad para este supuesto. Nacimiento de modalidades particulares. (*I. S. P.*)

GATT, L.: «Onerosità e liberalità», *RDC*, 2003, núm. 6, parte prima, pp. 645-653.

Reflexión sobre la causa contractual y sus efectos: contratos con causa onerosa y efectos liberales o no lucrativos, régimen jurídico y efectos. (*M. R. D. R.*)



GHESTIN, J., y otros: «Droits des obligations», *SJ*, 2003, núms. 51-52, I-186, pp. 2235-2240.

Diversos aspectos del Derecho de contratos: formación y efectos. (R. A. R.)

GIACOBBE, E.: «Sulla responsabilità della casa di cura e sul danno morale risarcibile ai congiunti della vittima – osservazione a Cass., sez. un., 1 luglio 2002, n. 9556», *GC*, 2003, núm. 10, pp. 2204-2208. (M. R. D. R.)

GIOVA, S.: «Diritto all'abitazione e contratto di locazione tra interessi generali ed equilibri negoziali», *Rass. Dir. Civ.*, 2002-IV, pp. 687-729.

Contrato de arrendamiento. Reconstrucción temporal de la legislación sobre la materia centrandose especialmente la atención en los intentos de conciliar el interés general, concretado en el derecho a la vivienda, con la autonomía de la voluntad. (B. F. G.)

GNANI, A.: «Retroattività di effetti della risoluzione e contenuto dell'obbligo restitutorio», *NGCC*, 2003, núm. 1, pp. 15-22.

Problemática inherente a los efectos restitutorios consiguientes a la resolución negocial y, en particular, su relación con la tutela resarcitoria, así como la prevista por el Código civil para el caso de la resolución por incumplimiento. (Alma R. G.)

GOGGIOLI, A./RIDI, G.: «La legge comunitaria 2002: tutela del consumatore (art. 6), OICVM (art. 22) e contratti di garanzia finanziaria (art. 31) (artt. 6, 22 y 31 de la ley 3 febrero 2003, n.14)», *NLCC*, 2003, núm. 3, pp. 493-510.

Análisis de la normativa comunitaria en materia de defensa del consumidor, y contratos de garantía financiera: artículo 7 de la Directiva 93/13/CE, sentencia de la Corte de Justicia Europea de 24 de enero de 2002, las Directivas 01/107/CE, 01/108/CE, 02/47/CE, y 85/611/CE. (M. R. D. R.)

GORY, C.: «La loi du 30 juillet 2003 relative à la prévention des risques technologiques et naturels et à la réparation des dommages», *GP*, 2003, núms. 276-277, pp. 3-12.

La indemnización a la víctima por riesgos tecnológicos y por riesgos naturales. (R. A. R.)

GRAGNANI, A.: «Il principio di precauzione come modello di tutela dell'ambiente, dell'uomo, delle generazioni future», *RDC*, 2003, núm. 1, parte seconda, pp. 9-45.

Nueva reflexión sobre la protección jurídica frente a riesgos tecnológicos que ponen en peligro la salud y el medio ambiente. Medidas preventivas y defensivas. Necesidad de defender el principio preventivo desde la legislación y la jurisprudencia comunitarias y nacionales, tanto en materia civil como administrativa. (M. R. D. R.)

GRIMALDI, J.: «Réparation du dommage corporel: obsolescence des barèmes de capitalisation et liberté du juge», *GP*, 2003, núms. 166-168, pp. 10-16.

La tipología de los diferentes baremos de capitalización. Juicio de los baremos. (I. S. P.)

HEIDERHOFF, B.: «Vertrauen versus Vertragsfreiheit im europäischen Verbrauchervertragsrecht», *ZEuP*, 2003, núm. 4, pp. 769-788.

La autora estudia el propósito de las Directivas europeas del Derecho contractual del consumidor. En su opinión, se trata, más que de proteger a la parte *débil*, de crear un mercado común que genere confianza en los consumidores, independientemente del país donde realicen el contrato. Pero no puede haber verdadera confianza del consumidor sin respetar la libertad contractual. (*M. G.-R.*)

HILT, P.: «La date d'effet de l'accession dans les baux immobiliers. Plaidoyer pour l'accession différée», *SJ*, 2003, núm. 50, I-183, pp. 2177-2184.

Estudio sobre la determinación de la fecha de la relación arrendaticia a través de elementos objetivos. (*R. A. R.*)

HONTEBEYRIE, A.: «La responsabilité des cliniques du fait des médecins: à propos de deux solutions singulières», *RDS*, 2004, núm. 2, pp. 81-85.

La jurisprudencia de la sala civil de casación francesa relativa a la responsabilidad contractual de los médicos rompe con el derecho común de contratos y de la responsabilidad civil. (*R. A. R.*)

HOUSSEAU, S.: «Réflexions à propos de la responsabilité du vendeur non professionnel d'un immeuble», *RDImm*, 2003, núm. 5, pp. 407-414.

Estudio de los artículos 1641 ss. del Código civil francés, así como de los artículos 1792 ss. Condiciones de la responsabilidad y su régimen jurídico. (*I. S. P.*)

ICARD, J./PANSIER, F. J.: «La responsabilité de plein droit des parents du fait des enfants turbulents: la ruine annoncée des père et mère?», *GP*, 2003, núms. 89-91, pp. 20-23.

Notas a la sentencia de la Corte de Casación francesa, pleno, de 13 de diciembre de 2002, sobre responsabilidad de los padres por hechos, incluso no negligentes, de los hijos. (*I. S. P.*)

INZITARI, B.: «I patrimoni destinati ad uno specifico affare (art. 2447 bis, lettera a, c.c.)», *CI*, 2003, núm. 1, pp. 164-180.

Estudio relativo a los patrimonios destinados: la ley consiente al titular de específicos bienes o de un complejo de bienes sustraerlos a la acción ejecutiva y, por tanto, a la satisfacción de los acreedores generales, permaneciendo al mismo tiempo tales bienes destinados a la ejecución de una serie más limitada de acreedores. (*Alma R. G.*)

KATZENMEIER, C.: «Entwicklungen des Produkthaftungsrechts», *JuS*, 10/2003, pp. 943-951.

Desarrollo de la regulación sobre responsabilidad por productos.

El régimen de la responsabilidad por productos está en evolución. La contribución sistematiza los más recientes progresos de esta disciplina jurídica relevante desde el punto de vista práctico y teórico a través de la práctica de los tribunales, teniendo en cuenta la segunda ley de modificación del derecho de daños, así como las repercusiones de la ley de modernización

del derecho de obligaciones. Finalmente, se ocupa de los posibles desarrollos futuros. (B. T. G.)

KINDLER, P.: «Gli effetti della *Schuldrechtsreform* sulla mora debitoris», *RDC*, 2003, núm. 6, parte prima, pp. 691-706.

Estudio de derecho comparado sobre la reforma del derecho de obligaciones alemán, y en especial de la figura de la mora del deudor y sus efectos: intereses moratorios, responsabilidad del deudor, resarcimiento del daño por el retraso, etc. (M. R. D. R.)

KYSAR, D. A.: «The Expectations of Consumers», *Col. L. Rev.*, 2003, vol. 103, núm. 7, pp. 1700-1790.

Extenso trabajo que toma como punto de partida el rechazo de algunos tribunales norteamericanos para adoptar, como criterio de valoración de los defectos de diseño, el test de riesgo-utilidad, tal y como se define en el nuevo texto del *Restatement (Third) of Torts: Products Liability*. Siguiendo la línea marcada por esos tribunales, el autor defiende la validez del clásico criterio de las expectativas del consumidor, pero propone modificar su alcance y centrarlo en el estudio del comportamiento individual de los consumidores a la hora de evaluar el riesgo. Esa faceta, alega el autor, suele quedar fuera del más rígido test de riesgo-utilidad. El artículo, además, tiene un interés especial, porque la misma revista publica la respuesta crítica a la propuesta de Kysar, escrita por los profesores James Henderson y Aaron Twersky, que fueron los *reporters* del *Restatement (Third): Products Liability* y los principales valedores del test de riesgo-utilidad. (J. S. F.)

KOCH, J.: «§ 311 Abs. 3 BGB als Grundlage einer vertrauensrechtlichen Auskunftshaftung», *AcP*, núm. 1, 2004, pp. 59-80.

El autor comienza poniendo de relieve que, en una sociedad dominada por la división del trabajo, el suministro de información por especialistas desempeña un papel fundamental. Sin embargo, no existe un precepto específico que prevea una responsabilidad general por informaciones falsas. Por el contrario, el § 675 II dispone que «quien suministra a otro un consejo o una recomendación no está obligado a la indemnización de los daños derivados del consejo o recomendación, a salvo la responsabilidad resultante de una relación contractual, de la responsabilidad extracontractual o de otra disposición legal». El problema se plantea porque en muchos casos no hay propiamente una relación contractual. Así, p. ejemplo, cuando un Banco da información sobre un cliente a un tercero que no lo es. El *Bundesgerichtshof*, para solucionar estos problemas, se ha inclinado por hacer una interpretación amplia de lo que es un contrato. Sin embargo, tras la Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones, de 2001, el problema se ha incluido en la regulación de la llamada *culpa in contrahendo*. El nuevo § 311.III dispone que «también puede surgir una relación obligatoria con los deberes del § 241, pf. 2, respecto de personas que no son ellas mismas partes contractuales. Tal relación obligatoria surge especialmente cuando el tercero crea confianza en especial medida y a través de ello influye considerablemente en las negociaciones o en la conclusión del contrato». (M. G.-R.)

LA SPINA, A.: «La nullità relativa degli accordi in materia di ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali», *Rass. Dir. Civ.*, 2003-I y II, pp. 117-157.

Estudio crítico del decreto legislativo de 9 de octubre de 2002, núm. 231, por el que se transpone la Directiva 2000/35, de 29 de julio, relativa a la lucha contra los retrasos en el pago en las transacciones comerciales, referida especialmente a los contratos entre profesionales. (B. F. G.)

LA TORRE, A.: «La responsabilità di chi stipula un'assicurazione per conto altrui senza renderla nota all'interessato—osservazione a Cass. 1 aprile 2003, n. 4917», *GC*, 2003, núm. 6, pp. 1191-1192. (M. R. D. R.)

LEE, M.: «What Is a Private Nuisance», *L. Q. R.*, 2003, vol. 119, pp. 298-325.

La autora propone una nueva sistematización del ilícito conocido como *private nuisance*, con el objeto de delimitar su ámbito de aplicación tanto respecto del de *negligence* como de la regla de responsabilidad objetiva establecida en el caso *Rylands v Fletcher*. En el artículo se comentan ampliamente dos casos muy relevantes de la década de los noventa: *Cambridge Water v Eastern Counties Leather Plc* [1994] 2 A.C. 264 y *Hunter v Canary Wharf Ltd* [1997] A.C. 655. (J. R. I.)

LENOCI, V.: «Luci ed ombre della normativa europea in materia di responsabilità per danno da prodotti difettosi», *NGCC*, 2003, núm. 1, pp. 134-138.

Comentario a tres resoluciones del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en materia de responsabilidad civil por productos defectuosos. (Alma R. G.)

LIACE, G.: «La responsabilità civile della banca: sulla erronea segnalazione dei crediti a *sofferenza* alla centrale dei rischi», *CI*, 2003, núm. 1, pp. 16-25.

De nuevo sobre la responsabilidad civil de las entidades bancarias, sistema basado en las normas de Derecho común. (Alma R. G.)

LIENHARD, U.: «Missbräuchliche Internet-Dialer - eine unbestellte Dienstleistung», *NJW*, 50/2003, pp. 3592-3597.

Marcación abusiva a través de Internet. Una prestación no solicitada.

La contribución analiza a partir de la jurisprudencia y de la entrada en vigor de la ley para la lucha contra el abuso de los números de tarificación adicional el problema todavía abierto de la exigencia de pago por una conexión a Internet a través de números de tarificación adicional desde el punto de vista del derecho de contratos. (B. T. G.)

LIET-VEAUX, G.: «Aggravation des désordres et responsabilité décennale des constructeurs», *SJ*, 2004, núm. 7, I-110, pp. 277-279.

Daños comunes no incluidos en la responsabilidad decenal que pueden posteriormente agravarse e incluirse en esa responsabilidad. No importa que se hayan denunciado o no en el momento de la recepción de la obra, aunque la jurisprudencia exige ciertas condiciones en su conversión. (R. A. R.)

LIGUORI, F.: «Effetto conformativo e reintegrazione in forma specifica. È possibile il risarcimento in natura per gli interessi pretensivi?», *GC*, 2003, núm. 10, pp. 463-471.

Intervención en las Jornadas de Estudio sobre «La acción resarcitoria en el proceso administrativo»: análisis del artículo 7 de la ley núm. 205 de 2000. (*M. R. D. R.*)

LÖHNIG, M./SCHÄRTL, C.: «Zur Dogmatik des § 105a BGB», *AcP*, núm. 1, 2004, pp. 25-58.

El § 105 BGB ha declarado desde su promulgación que las declaraciones de voluntad de los enfermos mentales son nulas. Sin embargo, el nuevo § 105a (introducido en 2002) dispone que «si un incapaz mayor de edad realiza un negocio de la vida diaria que puede ser cumplido con medios de escaso valor, es eficaz el contrato por él concluido a la vista de la prestación y, en la medida en que se haya previsto, la contraprestación, una vez que la prestación y la contraprestación se hayan realizado. La primera frase de este párrafo no es aplicable en el caso de peligro considerable para la persona o el patrimonio del incapaz». La norma, al centrarse en el negocio de cumplimiento, conecta el acuerdo obligacional y el real, en contra de la tradicional abstracción del negocio real en Derecho alemán. Por otra parte, la eficacia del negocio real no depende de la del obligacional, sino que, más bien, depende la eficacia del negocio obligacional de la del real. Todo ello plantea importantes problemas dogmáticos, que se intentan resolver a lo largo del trabajo. (*M. G.-R.*)

MAGNIER, V.: «Les sanctions du formalisme informatif», *SJ*, 2004, núm. 5, I-106, pp. 177-180.

Se estudia sobre la unidad y el rigor de las sanciones por incumplimiento de información al consumidor. (*R. A. R.*)

MAISTO, F.: «La logica del collegamento funzionale tra contratti nell'attuale esperienza giuridica», *Rass. Dir. Civ.*, 2003-I y II, pp. 495-509.

Comentario a la sentencia de la *Corte di Cassazione* de 23 de abril de 2001, núm. 5966, que legitima al prestamista para reclamar directamente el préstamo al vendedor del vehículo para cuya compra fue concedido el préstamo, en caso de resolución del contrato de venta. (*B. F. G.*)

MAJELLO, U.: «La patologia discreta del contratto annullabile», *RDC*, 2003, núm. 4, parte prima, pp. 329-355.

La anulabilidad como hipótesis de patología negocial: ineficacia del contrato nulo, anulabilidad del contrato, invalidez, legitimación activa para exigir la nulidad. (*M. R. D. R.*)

MARCHESSOU, A.: «L'appel en garantie du maître de l'ouvrage public et privé contre les constructeurs suite au recours en indemnisation formé par un tises», *GP*, 2003, núms. 276-277, pp. 13-20.

El recurso en garantía del promotor frente a los constructores antes de la recepción de la obra. El recurso en garantía por los daños después de la recepción. El recurso subrogatorio del promotor. (*R. A. R.*)

MARINO, R.: «Principio di solidarietà, regole contributive e disequilibri della disciplina del rilascio dell'immobile locato ad uso abitativo», *Rass. Dir. Civ.*, 2003-I y II, pp. 158-212.

A raíz de la reforma del contrato de arrendamiento operada por la Ley de 8 de mayo de 2002, núm. 2, la autora se detiene en el régimen previsto para los casos de abandono del inmueble, dedicando especial atención a los preceptos que han sido declarados inconstitucionales. (B. F. G.)

MARSICOVETERE, P./PANETTA, R.: «Alle soglie del superamento della distinzione danno-evento/danno-conseguenza attraverso la sublimazione del danno biologico e del danno morale: la Cassazione si pronuncia (e rilancia) sul caso Seveso», *NGCC*, 2003, núm. 2, pp. 213-218.

Comentario a sentencia judicial sobre el resarcimiento autónomo del daño moral, con independencia de la existencia de lesiones a la salud o al patrimonio del sujeto. (Alma R. G.)

MARUCCI, B.: «Equilibrio contrattuale: un principio nella continuità», *Rass. Dir. Civ.*, 2003-I y II, pp. 213-239.

El problema de los límites y del fundamento de la autonomía de la voluntad en relación con el desequilibrio contractual propiciado por la situación de debilidad de una de las partes. (B. F. G.)

MEOLI, B.: «Squilibrio sopravvenuto ed usura nei contratti con prestazioni monetarie», *NGCC*, 2003, núm. 1, pp. 111-128.

Artículo dedicado al fenómeno de la usura: la función sancionadora de la disciplina antiusura, la usura monetaria entre la garantía de equilibrio en los contratos y los principios de orden público y el tratamiento jurídico de la usura sobrevenida. (Alma R. G.)

MERTENS, B.: «*Culpa in contrahendo* beim zustande gekommenen Kaufvertrag nach der Schuldrechtsreform», *AcP*, núm. 6, 2003, pp. 818-854.

Tras la reforma del Derecho de obligaciones alemán, el § 311.2 y 3 contempla específicamente el problema de la llamada *culpa in contrahendo*. El autor se centra en los problemas que dicha *culpa in contrahendo* plantea en relación con una compraventa ya concluida, en especial por lo que se refiere a las garantías del comprador, la anulabilidad del contrato y los deberes de información dependientes o independientes del contrato. (M. G.-R.)

MEZGHANI, A.: «Arbitrage forcé et fondement contractuel de l'arbitrage?», *GP*, 2003, núms. 176-177, pp. 15-20.

El consentimiento en el arbitraje en materia de investigación. Los límites de la analogía. (I. S. P.)

MILLET, F.: «Le bail à nourriture ou la vie privée dans le commerce», *SJ*, 2004, núm. 11, I-116, pp. 441-445.

El carácter «necesariamente personal» de las obligaciones y del contrato y su relación con la libertad individual. (R. A. R.)

MILO, J. M.: «Combating Late Payment in Business Transactions: How a New European Directive Has Failed to Set a Substantial Minimum Standard

Regarding National Provisions on Retention of Title», *ERPL*, núm. 3, 2003, pp. 379-393.

Comentario a la Directiva 2000/35/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de junio de 2000, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (*DOCE* 8 de agosto de 2000). Destaca el autor la novedad que supone la reserva de dominio, ya que se entra en el ámbito de los derechos reales, a la vez que se echa en falta una reflexión más profunda por parte del legislador europeo sobre este aspecto. (*M. G.-R.*)

MOLINER, M.: «Pollution atmosphérique: Analyse du droit d'émission négociable sous l'angle du droit privé», *GP*, 2003, núms. 285-287, pp. 18-23.

La autora trata de responder a dos preguntas claves: el derecho a la emisión como un bien o como un derecho. (*R. A. R.*)

MONATERI, P.: «Ripensare il contratto: verso una visione antagonista del contratto», *RDC*, 2003, núm. 4, parte prima, pp. 409-422.

Apuntes sobre la figura del contrato: la causa, naturaleza jurídica, tipos, la figura del consumidor, etc. (*M. R. D. R.*)

MONCARVALLO, F.: «Un'applicazione anomala dell'art. 1189 cod. civ.: il pagamento al rappresentante del creditore», *NGCC*, 2003, núm. 5, pp. 756-761.

Comentario a sentencia judicial acerca del efecto extintivo del pago realizado al representante del acreedor. (*Alma R. G.*)

MONTERAN, T. H.: «Le respect des clauses contractuelles de médiation», *GP*, 2003, núms. 89-91, pp. 8-12.

Concepto de mediación y su fin. Disputa sobre la posibilidad de que la mediación pueda ser obligatoria o facultativa. Sanción eficaz frente a la violación de las cláusulas de mediación. (*I. S. P.*)

MONTICELLI, M.: «Responsabilità civile e perdita di chance: breve storia di una lesione (in)visibile», *NGCC*, 2003, núm. 6, pp. 873-878.

Comentario a sentencia judicial sobre la pérdida de oportunidad, categoría entre el daño emergente y el lucro cesante. (*Alma R. G.*)

MORLOTTI, L.: «Vacanza rovinata e pretesa risarcibilità del danno esistenziale in aggiunta al danno biologico temporaneo», *NGCC*, 2003, núm. 6, pp. 856-860.

Resarcimiento del daño existencial consistente en la pérdida del disfrute vacacional. (*Alma R. G.*)

MOSCATI, E.: «I rimedi contrattuali a favore dei terzi», *RDC*, 2003, núm. 4, parte prima, pp. 357-393.

Estudio de Derecho comparado sobre los efectos del contrato celebrado a favor de tercero: la doctrina francesa de la categoría de tercero, el *Contract Act* inglés de 1999 y los Principios del Derecho europeo de los

contratos, el *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte*, perjuicio del tercero por ejecución inexacta del contrato, responsabilidad civil en interés del tercero, etc. (M. R. D. R.)

MOTTOLA, M. R.: «Il mobbing ed i conflitti d'ufficio: presupposti per il diritto al risarcimento del danno», *NGCC*, 2003, núm. 6, pp. 941-945.

Derecho al resarcimiento en los supuestos de *mobbing*. (Alma R. G.)

NARDI, S.: «Datio in solutum e legato», *GC*, 2003, núm. 9, pp. 371-383.

Observaciones sobre la figura del legado de *datio in solutum* para cumplir con el pago de un crédito del testador: legado de débito y liberalidad. Soluciones de la doctrina y de la jurisprudencia. Tesis del autor. (M. R. D. R.)

NATALI, L. C.: «Cuestione dell'azienda e successione nel contratto di locazione non abitativa: natura ed effetti dell'opposizione del locatore», *NGCC*, 2003, núm. 5, pp. 732-744.

Comentario a sentencia judicial relativa a la naturaleza jurídica de la cesión del arrendamiento y sucesión contractual *ex lege*. (Alma R. G.)

NAVARRETTA, E.: «Non è solo esistenziale il danno da errore giudiziario: il caso Barilla e il processo kafkiano», *NGCC*, 2003, núm. 4, pp. 506-513.

Comentario a sentencia judicial relativa al resarcimiento del daño por error judicial. (Alma R. G.)

NOTE: «Specific Performance – a Regular Remedy for Consumers?», *L.Q.R.*, 2003, vol. 119, pp. 541-544.

Destaca algunas innovaciones que la Directiva 1999/44/CE, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, ha obligado a introducir en el Derecho británico en materia de contrato de compraventa. En particular, el autor destaca dos que califica de revolucionarias: que el Juez pueda condenar al deudor a cumplir en especie una compraventa de bienes ordinarios que están disponibles de otros vendedores y que pueda obligarle a reparar los bienes que entregó. (A. R. G.)

PACE, V.: «La responsabilità civile del notaio per omesse visure ipotecarie», *NGCC*, 2003, núm. 5, pp. 736-753.

Comentario a sentencia judicial acerca de la responsabilidad civil del notario. (Alma R. G.)

PALAZZO, A.: «Provenienze donative, successivi trasferimenti e tecniche di tutela degli interessi», *RDC*, 2003, núm. 3, parte prima, pp. 317-327.

Observaciones sobre diversos problemas relacionados con donaciones sujetas a reducción por lesionar la cuota legitimaria de los herederos forzosos, y enajenaciones de dichos bienes por los donatarios. Tutela de los intereses de los legitimarios. (M. R. D. R.)

PARACAMPO, M. T.: «La direttiva 2002/65/CE sulla commercializzazione a distanza di servizi finanziari e la tutela del consumatore», *NGCC*, 2003, núm. 5, pp. 382-428.

Diversas cuestiones sobre la Directiva 2002/65/CE, relativa a comercio a distancia de servicios financieros a consumidores: ámbito de aplicación,



concepto de servicios financieros, la información al consumidor y el desistimiento de este último. (*Alma R. G.*)

PARDOLESI, P.: «Rimedi all'inadempimento contrattuale: un ruolo per il disgorgement?», *RDC*, 2003, núm. 6, parte prima, pp. 717-759.

Observaciones sobre la figura del *disgorgement* y el enriquecimiento por hecho ilícito, su configuración como remedio resarcitorio ante incumplimientos contractuales. (*M. R. D. R.*)

PASQUINELLI, C.: «Il danno non patrimoniale: un nuovo contributo della giurisprudenza di merito», *NGCC*, 2003, núm. 5, pp. 715-723.

Reflexión sobre la categoría del daño no patrimonial y sobre la función que esta categoría ha de asumir en el sistema de responsabilidad civil. (*Alma R. G.*)

PENNASILICO, M.: «La regola ermeneutica di conservazione nei "Principi di diritto europeo dei contratti"», *Rass. Dir. Civ.*, 2003-I y II, pp. 268-287.

A partir del artículo 5:106 PECL, y teniendo en cuenta igualmente el artículo 1367 *Codice Civile*, el autor se detiene en la posible solución de dos cuestiones relacionadas con el principio de conservación de los contratos: si dicho principio se limita al ámbito hermenéutico o si se extiende también al de la validez y eficacia del acto y si, en caso de optarse por esto último, se persigue el máximo efecto útil o sólo algún efecto. (*B. F. G.*)

PERCHINUNNO, R.: «Il notaio tra contratto e mercato (le prospettive comunitarie)», *CI*, 2003, núm. 1, pp. 131-148.

El debate acerca de la unificación del Derecho de los contratos y el principio de subsidiariedad. En especial, las opciones metodológicas: el problema de la unificación de las reglas y el papel del notario. (*Alma R. G.*)

PÉRIER, M.: «Le secret médical à l'épreuve de la loyauté contractuelle en assurances de personne: un tournant décisif?», *GP*, 2003, núms. 201-203, pp. 2-6.

Origen y naturaleza del secreto médico. El orden judicial civil y penal del secreto médico. La renuncia anticipada al secreto. (*I. S. P.*)

PERRUCHOT-TRIBOULET, V.: «L'indu à trois», *RTDC*, 2003, núm. 3, pp. 427-446.

El cobro de lo indebido y su complejidad ante la aparición de otros sujetos. El papel de los distintos sujetos implicados. (*I. S. P.*)

PICKER, E.: «Schuldrechtsreform und Privatautonomie. Zur Neuregelung der Schuldnerpflichten bei zufallsbedingter Leistungsstörung nach § 275 Abs.2 und § 313 BGB», *JZ*, pp. 1035-1048.

Reforma del Derecho de obligaciones y autonomía privada. Las nuevas normas sobre la responsabilidad del deudor por incumplimiento de los §§ 275.2 y 313 BGB.

A juicio del autor, los dos preceptos citados en el título, fruto de la profunda modificación del BGB en materia de obligaciones operada recientemente, suponen la práctica supresión de la autonomía privada en el reparto de los riesgos. (*M. P. G. R.*)

PIZZOFERRATO, A.: «Danno esistenziale da demansionamento e da *mobbing*: il dado è ormai tratto», *NGCC*, 2003, núm. 4, pp. 529-536.

Comentario a sentencia judicial sobre daños personales en el ámbito laboral. (*Alma R. G.*)

PONSEILLE, A.: «Le sort de la condition de cohabitation dans la responsabilité civile des père et mère du fait dommageable de leur enfant mineur», *RTDC*, 2003, núm. 4, pp. 645-666.

La cohabitación con condición de la responsabilidad civil de los padres frente a los hechos dañosos de los hijos. Crítica a tal requisito. (*I. S. P.*)

POZZO, B.: «Harmonisation of European Contract Law and the Need of Creating a Common Terminology», *ERPL*, 2003, núm. 6, pp. 754-767.

La armonización del Derecho contractual europeo y la necesidad de crear una terminología común. La autora se centra especialmente en el concepto de contrato, vicios del consentimiento, la ruptura del vínculo contractual y el impacto de las Directivas europeas. (*M. G.-R.*)

PUURUNEN, T.: «Choice of Law in European Business-To-Consumer Electronic Commerce—A Trail Out of a Political Impasse», *ZEuP*, 2003, núm. 4, pp. 789-816.

El artículo estudia en qué medida las normas sobre Derecho aplicable en los distintos países de la Unión Europea se acomodan al comercio electrónico, centrándose especialmente en la Convención de Roma sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales y en el Derecho comunitario en general. (*M. G.-R.*)

RABY, S.: «Les cautions et la mise en oeuvre de l'article 2037 du code civil», *GP*, 2004, núms. 53-55, pp. 19-22.

Notas a la sentencia de la corte de casación comercial de 14 de enero de 2004 sobre extinción y pérdida de garantías en el contrato de obra cuando se cede un crédito del subcontratante. (*I. S. P.*)

— «Retour sur le sort de la caution en cas de vente de l'immeuble loué», *GP*, 2004, núms. 81-83, pp. 12-15.

Notas a la sentencia de la corte de casación mercantil de 3 de diciembre de 2003 sobre venta de inmueble alquilado y extensión de la fianza. (*I. S. P.*)

REIM, U.: «Der Ersatz vergeblicher Aufwendungen nach § 284 BGB», *NJW*, 51/2003, pp. 3662-3667.

Indemnización de gastos inútiles conforme al § 284 BGB.

La presente contribución trata de aclarar las cuestiones controvertidas de la nueva regulación, como, por ejemplo, si el § 284 puede servir de fundamento de una pretensión, o qué gastos del acreedor sean en general indemnizables. (*B. T. G.*)

RICCIO, A.: «Ancora sulla usurarietà sopravvenuta», *CI*, 2003, núm. 1, pp. 11-15.

Artículo relativo a la usura sobrevenida de la prestación. (*Alma R. G.*)

RICHTER, G.: «La donazione nella famiglia di fatto», *RDC*, 2003, núm. 2, parte seconda, pp. 143-161.

Reflexión sobre el efecto jurídico en las parejas de hecho de las donaciones realizadas entre los convivientes, y su relación con las contribuciones al mantenimiento de la economía familiar y cumplimiento de obligaciones naturales. Valoración de la legislación francesa sobre pactos de convivencia y el proyecto de ley italiana. (*M. R. D. R.*)

ROBERT, J. A./REGNIAULT, A.: «Les effets indésirables des médicaments: information et responsabilités», *RDS*, 2004, núm. 8, pp. 510-516.

Búsqueda de responsabilidad de los daños causados por efectos no deseados de los medicamentos. La información sobre esos efectos en la base de la responsabilidad. (*R. A. R.*)

ROCCHI, A.: «Il regime prescizionale nell'ipotesi di danno per mancato godimento del riposo settimanale—nota a Cass. 7 marzo 2002, n. 3298», *GC*, 2003, núm. 4, pp. 782-784. (*M. R. D. R.*)

RUSSO, E.: «La nuova disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali», *CI*, 2003, núm. 1, pp. 445-506.

Estudio del Decreto Legislativo italiano de 9 de octubre de 2002, núm. 231, referido a los retrasos en el pago en las transacciones comerciales. (*Alma R. G.*)

SABBATELLI, I.: «R.c. Auto: rimborsi e tutela dei consumatori», *NGCC*, 2003, núm. 5, pp. 684-688.

Qué tutela ofrece al consumidor la normativa reguladora de la competencia desleal. (*Alma R. G.*)

SAGNA, A.: «Fallimento, domanda ex art. 2932 c.c. in sede di gravame e sorte dei rapporti in caso di scioglimento del curatore dal contratto preliminare—nota a Cass. 29 gennaio 2002, n. 1063», *GC*, 2003, núm. 11, pp. 2565-2575. (*M. R. D. R.*)

SAUPHANOR-BROUILLAUD, N., y otros: «Droit des obligations», *SJ*, 2003, núm. 42, I-170, pp. 1823-1828.

La formación y los efectos del contrato. (*R. A. R.*)

SCALISI, V.: «Invalidità e inefficacia. Modalità assiologiche della negoziabilità», *RDC*, 2003, núm. 2, parte prima, pp. 201-217.

Estudio de la doctrina de la nulidad y sus efectos. (*M. R. D. R.*)

SCHÄFTER, C.: «Vertragsschluß unter Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen gegenüber Fremdmuttersprachen», *JZ*, 2003, pp. 879-883.

Celebración del contrato a través de la inclusión de condiciones generales en lengua extranjera.

El artículo se ocupa de un ejemplo de la problemática lingüística que plantea la regulación de las condiciones generales, el significado del nuevo § 305 Abs 2. Nr. 2 BGB y el nuevo deber de transparencia en los contratos

con consumidores. Además, plantea una interesante discusión dogmática sobre la discutida figura de la «lengua del contrato». (M. P. G. R.)

SCHROETER, U. G.: «Die Anwendbarkeit des UN-Kaufrechts auf grenzüberschreitende Versteigerungen und Internet-Auktionen», *ZEuP*, núm. 1, 2004, pp. 20-35.

La aplicabilidad del Derecho de compraventa de Naciones Unidas a las ejecuciones y subastas de carácter transfronterizo en la red. (M. G.-R.)

SCHULTE-BRAUCKS, R./ONGENA, S.: «The Late Payment Directive—a step towards an emerging European Private Law?», *ERPL*, 2003, núm. 4, pp. 519-544.

Otro comentario a la Directiva 2000/35/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de junio de 2000, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (DOCE 8 de agosto de 2000). Destacan los autores que la *lex rei sitae* ya no será de aplicación a los bienes muebles, sino la *lex contractus* o, en su defecto, la ley del país de origen del vendedor. (M. G.-R.)

SCHWARTZ, A./SCOTT, R. E.: «Contract Theory and the Limits of Contract Law», *Yale L. J.*, 2003, vol. 113, núm. 3, pp. 541-619.

Después de asumir que la doctrina actual carece de una teoría del contrato satisfactoria, los autores proponen una que a su juicio sí lo es, basada en argumentos económicos. Para ello toman como punto de partida los contratos comerciales entre empresas. A su juicio, el papel clave del Estado consiste en intervenir para hacer que los contratos se cumplan, lo que deja a la aprobación de normas de Derecho dispositivo en un discreto segundo plano. Estas normas son, añaden, generalmente ineficientes, lo que obliga a los contratantes a soportar mayores costes de contratación simplemente para excluir que aquéllas se apliquen. (A. R. G.)

SEBASTIO, A.: «Una morte annunciata: chi paga?», *NGCC*, 2003, núm. 5, pp. 793-799.

Comentario a sentencia judicial relativo a la responsabilidad por daño existencial originado por erróneo tratamiento terapéutico. (Alma R. G.)

SICCHIERO, G.: «Il riconoscimento di aver trattato specificamente una clausola vessatoria», *CI*, 2003, núm. 1, pp. 1-10.

Interpretación del artículo 1469 del Código civil italiano, por el que no es abusiva la cláusula objeto de una específica regulación por las partes. (Alma R. G.)

— «Tramonto della causa del contratto?», *CI*, 2003, núm. 1, pp. 100-130.

La causa del contrato en los principios UNIDROIT y en los proyectos de Codificación europea. La causa en el Código civil. (Alma R. G.)

— «L'interpretazione del contratto ed il principio *nemo contra factum proprium venire potest*», *CI*, 2003, núm. 2, pp. 507-519.

Artículo dedicado a la interpretación de los contratos a la luz de las reglas de la buena fe y de la equidad. (Alma R. G.)

SORRENTINO, F.: «La disciplina sulle firme elettroniche: ultimo tasello? (d.p.r. 7 aprile 2003, n. 137)», *NLCC*, 2003, núms. 4-5, pp. 801-817.

Estudio de la figura de la firma electrónica y su regulación: definición, titular, tipos, certificación de la firma, entidades de certificación, requisitos de fiabilidad, organización, técnica y financiación, etc. (*M. R. D. R.*)

STAPLETON, J.: «Cause-In-Fact and the Scope of Liability for Consequences», *L. Q. R.*, 2003, vol. 119, pp. 388-425.

Incide en la necesidad de distinguir entre la vertiente fáctica de la causalidad, que trata de resolver si el demandado tuvo que ver históricamente con el hecho de que el demandante sufriese un daño resarcible, y su vertiente normativa, consistente en determinar si la consecuencia del acto ilícito por el que se reclama debe considerarse imputable objetivamente al demandado (cuestión conocida como *scope of liability*). Partiendo de esta distinción, y en un intento de clarificar la terminología al uso, la autora trata de analizar las diversas cuestiones que la causalidad plantea en el Derecho de la responsabilidad civil. (*A. R. G.*)

STAUDENMAYER, D.: «Un instrument optionnel en droit européen des contrats?», *RTDC*, 2003, núm. 4, pp. 629-644.

Estudio sobre el plan de acción europeo de los contratos donde se tiende a su mejora. Establecimiento y utilización de un cuadro común de referencia. (*I. S. P.*)

STEINLÉ-FEUERBACH, M. F.: «La nouvelle obligation d'information sur les risques technologiques et naturels en matière de transaction immobilière. Article 77 de la loi n.º 2003-699 du 30 juillet 2003», *SJ*, 2003, núms. 43-44, I-171, pp. 1861-1864.

El propietario del inmueble como deudor de una nueva obligación de información en las transacciones inmobiliarias. El adquirente y el arrendatario como beneficiarios de la información. (*R. A. R.*)

STOPPEL, J.: «Der Ersatz frustrierter Aufwendungen nach § 284 BGB», *AcP*, 2004, núm. 1, pp. 81-114.

El nuevo § 284, tras la modernización del Derecho de obligaciones, permite al acreedor que, frente al incumplimiento de la obligación, ha optado por la indemnización de daños, que, en vez de computarlos éstos normalmente, solicite la indemnización de los gastos realizados en la confianza del cumplimiento de la obligación, salvo que el objetivo de esos gastos no se hubiere alcanzado tampoco sin la infracción del deudor. El autor hace notar que el nuevo precepto procede de la *Rentabilitätsvermutung* (suposición de rentabilidad) reconocida ya por el *Reichsgericht*. El daño a indemnizar es de naturaleza inmaterial y no reside en los gastos en sí mismos, sino en la pérdida de la posibilidad de alcanzar el objetivo propuesto con las expensas realizadas. (*M. G.-R.*)

TARICCO, R.: «Volontà e accordo nella contrattazione telematica», *NGCC*, 2003, núm. 2, pp. 201-234.

Algunas cuestiones relacionadas con el consentimiento contractual y la contratación electrónica: el problema de la imputación de la declaración

contractual a quien aparece como autor, el problema de la imputación de tal declaración en los contratos electrónicos concluidos por *e-mail*, contrato electrónico concluido por un incapacitado judicialmente y por un incapaz natural, la conclusión del contrato electrónico en general, términos de eficacia y de caducidad de la oferta electrónica, revocación de la oferta, aceptación electrónica mediante *e-mail* ... (Alma R. G.)

TAVELLA, G. M.: «Nota a Cass., 23.1.2002», *NGCC*, 2003, núm. 4, pp. 642-644.

Responsabilidad civil extracontractual del querellante. (Alma R. G.)

THIENE, A.: «Un caso di *undercompensation* in tema di risarcimento dei danni da uccisione», *NGCC*, 2003, núm. 3, pp. 417-425.

Comentario a sentencia judicial sobre resarcimiento de daños morales al cónyuge del fallecido. (Alma R. G.)

THORÉ, B.: «“Nul ne sait de quoi demain aurait dû être fait” ou la délicate démonstration du manque à gagner de la victime de l'échec d'un projet informatique», *GP*, 2003, núms. 267-268, pp. 4-6.

Estudio de los daños por productos informáticos. (R. A. R.)

THÜSING, G.: «*Efficiency shall prevail*. Gedanken zur Effizienz und zu ausländischen Vorläufern des neuen Schuldrechts», *ZEuP*, 2003, núm. 4, pp. 745-768.

El autor hace un repaso a los fundamentos del análisis económico del Derecho y los compara con la reforma del Derecho de obligaciones alemán. Su conclusión es que la finalidad preventiva está cada vez más presente en el Derecho de la responsabilidad civil. Artículo conciso, claro y muy apto para no iniciados. (M. G.-R.)

TICOZZI, M.: «Il compenso del professionista intellettuale: autonomia contrattuale tra tariffe inderogabili e disciplina comunitaria *antitrust*», *CI*, 2003, núm. 2, pp. 736-771.

El acuerdo entre las partes y las tarifas profesionales. Normas imperativas e intereses tutelados. Las tarifas inderogables, las tarifas profesionales y la normativa *antitrust*. (Alma R. G.)

TOSCHI VESPASIANI, F.: «Riflessioni intorno al mutuo dissenso: spunti per il ripensamento di un dibattito nell'ottica di un raccordo tra opzioni dogmatiche e prassi negoziale», *RDC*, 2003, núm. 3, parte prima, pp. 271-316.

Apuntes sobre la naturaleza jurídica del mutuo disenso, con especial referencia a la materia contractual y sus efectos reales: en particular, relación entre el mutuo disenso y la fase preliminar de contratos formales, régimen de publicidad del mutuo disenso, supuestos especiales de mutuo disenso, etc. (M. R. D. R.)

TRAZZI, M. R.: «Questione vecchie e nuove in materia di clausola penale», *NGCC*, 2003, núm. 3, pp. 409-415.

Cláusula penal manifiestamente excesiva y criterios de determinación de la cantidad adecuada a pagar. (Alma R. G.)

TRICOT-CHAMARD, I.: «Les vicisitudes de la mention manuscrite dans le cautionnement: suite ou fin?», *SJ*, 2004, I-112, pp. 329-335.

Estudios de la jurisprudencia de la Sala comercial y de la Sala 1.<sup>a</sup> de casación. La inseguridad jurídica que crean sus decisiones. (R. A. R.)

TRÖGER, T.: «Voraussetzungen des Verkäuferregresses im BGB», *AcP*, 2004, núm. 1, pp. 115-135.

El § 478 BGB regula el derecho de regreso del vendedor contra el fabricante o suministrador, cuando, a consecuencia de un defecto del producto vendido, aquel vendedor hubo de recobrar el producto o disminuirse el precio a pagar por el comprador final del bien. El § ha sido introducido en la reciente reforma del Derecho alemán de obligaciones como consecuencia de las Directivas comunitarias. Su paralelo en Derecho español es el último § del artículo 10 de la Ley de garantías en la venta de bienes de consumo. (M. G.-R.)

TUFARELLI, M. R.: «La Corte di cassazione di fronte al danno da illecito antitrust. Un'occasione persa!—nota a Cass. 9 dicembre 2002, n. 17475», *GC*, 2003, núm. 10, pp. 2144-2153. (M. R. D. R.)

VANGONE, G.: «Firme elettroniche, *genus e species*», *NGCC*, 2003, núm. 4, pp. 351-356.

Algunas cuestiones sobre la firma electrónica: modelos de firma electrónica, funciones y papeles de los certificadores de la firma, relación entre documento informático y tipos de firma electrónica. (Alma R. G.)

VAYRE, P.: «Les professionnels de santé face au défi sécuritaire de la loi 2002-303 du 4 mars 2002», *GP*, 2003, núms. 278-280, pp. 3-9.

Aspectos legales y médicos. Responsables de profesionales médicos. (R. A. R.)

VIGLIONI, F.: «L'imputazione dei documenti tra crisi della sottoscrizione e innovazioni tecnologiche», *RDC*, 2003, núm. 3, parte seconda, pp. 243-273.

Orientaciones doctrinales sobre el valor probatorio del documento informático, el requisito de la firma digital, papel y responsabilidad de las entidades de certificación de firmas digitales, etc. (M. R. D. R.)

VINEY, G.: «Responsabilité civile», *SJ*, 2004, núms. 1-2, I-101, pp. 15-26.

Estudio sobre diversos aspectos de la responsabilidad civil. Responsabilidad civil y penal; daño y reparación; causalidad; culpa intencional; responsabilidad por hechos de las cosas; y por hechos del menor. Responsabilidad de las sociedades. Responsabilidad por productos defectuosos. (R. A. R.)

VISALLI, G.: «Prelazione volontaria ed esecuzione in forma specifica dell'obbligo di preferire ex art. 2932 c.c.—nota a Cass. 18 luglio 2002 n. 10435», *GC*, 2003, núm. 12, pp. 2869-2876. (M. R. D. R.)

VON BAR, C./SWANN, S.: «Response to the Action Plan on European Contract Law: A More Coherent European Contract Law [COM (2003) 63]», *ERPL*, 2003, núm. 5, pp. 595-622.

Los autores, miembros del *Study Group on a European Civil Code*, reaccionan ante el Plan de Acción sobre Derecho Contractual Europeo aprobado por la Comisión el 12 de febrero de 2003. En especial, defienden que el llamado marco común de referencia no sea una simple exposición de la diversidad de legislaciones sobre esta materia sino una reunión de principios de Derecho privado utilizables por abogados, jueces y los propios legisladores. (M. G.-R.)

WITZ, C.: «La longue gestation d'un code européen des contrats», *RTDC*, 2003, núm. 3, pp. 447-454.

Análisis de los orígenes y debates de la idea y desarrollo del Código europeo de los contratos. (I. S. P.)

VV.AA.: «La vente immobilière», *GP*, 2003, núms. 169-170.

Diversos estudios sobre la venta de inmuebles: promesa de venta, protección, plusvalía, cláusula de reserva de propiedad y preferencia. (I. S. P.)

VV.AA.: «Arbitrage», *GP*, 2003, núms. 148-149.

Primera parte de un número especial dedicado al arbitraje y su relación con el derecho de la competencia. (I. S. P.)

VV.AA.: «Arbitrage», *GP*, 2003, núms. 150-151.

Segunda parte del número especial de arbitraje atendiendo a la jurisprudencia de diversos países en la materia. (I. S. P.)

VV.AA.: «Droit immobilier», *GP*, 2003, núm. 138-140.

Número especial sobre el derecho inmobiliario: responsabilidad por productos defectuosos, daños inmobiliarios y su reparación, seguros del subcontratista. (I. S. P.)

VV.AA.: «Baux commerciaux», *GP*, 2003, núms. 164-165.

Diversos estudios y notas a sentencias sobre el local comercial: derecho de opción, prescripción de la acción de fijación del precio, indemnización, resolución, etc. (I. S. P.)

VV.AA.: «Baux commerciaux», *GP*, 2003, núms. 290-291.

Número especial sobre arrendamientos comerciales donde se estudia las formas de revisión del alquiler, el derecho de opción, la domiciliación de la empresa, etc. (R. A. R.)

VV.AA.: «Baux commerciaux», *GP*, 2004, núms. 51-52.

Número especial sobre diversos aspectos de arrendamientos comerciales: la reforma de la legislación, el libro blanco, supuestos de responsabilidad del arrendador, mala fe en la resolución, etc. (I. S. P.)

WERTENBRUCH, J.: «Gefahrtragung beim Versendungskauf nach neuem Schuldrecht», *JuS*, 7/2003, pp. 625-633.

Asunción del riesgo en la compraventa con envío conforme al nuevo Derecho de obligaciones.



En una compraventa con envío del producto sin participación del consumidor, el clásico problema del § 447 BGB se presenta con una nueva luz, ante la modificación experimentada en materia de compraventa. (B. T. G.)

ZIMMERMANN, R.: «Die "Principles of European Contract Law", Teil III», *ZEuP*, 2003, núm. 4, pp. 707-713.

El artículo informa sobre la publicación de la tercera parte de los principios del Derecho contractual europeo realizado por la Comisión Lando. Esta parte contiene 69 artículos y se refiere a la pluralidad de partes (acreedoras o deudoras), cesión de créditos, cesión de contrato, asunción de deuda, compensación, prescripción, ilicitud, condiciones y capitalización de los intereses. (M. G.-R.)

#### DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

ARMBRÜSTER, C. H.: «Eigentumsschutz durch den Beseitigungsanspruch nach § 1004 I 1 BGB und Delikrecht», *NJW*, 2003, pp. 3087-3090.

El artículo analiza la protección de la propiedad a través de la acción negatoria del § 1004.I.1 BGB y de las acciones indemnizatorias derivadas del derecho de daños (§§ 823 I y 249 I BGB). (M. P. G. R.)

AMENDOLA, A.: «La S.I.A.E. e i diritti connessi», *Dir. Aut.*, 2003, núm. 2, pp. 276-290.

Relación existente entre la S.I.A.E., como ente propuesto por el legislador, y la tutela del derecho de autor y de los titulares de los derechos conexos. (Alma R. G.)

AUTERI, P., y otros.: «Attuazione della direttiva 96/9/CE relativa alla tutela giuridica delle banche dati», *NLCC*, 2003, núms. 4-5, pp. 1175-1264.

Extenso análisis de la adaptación de la directiva al ordenamiento italiano tras el *d. lgs. 6 maggio 1999, n. 169*: definición de banco de datos, objeto y límites de la tutela del derecho de autor, relación del banco de datos con las obras colectivas. (M. R. D. R.)

AVOLIO, E.: «L'occupazione acquisitiva in un confronto con la Costituzione e la Convenzione Europea dei diritti dell'uomo», *NGCC*, 2003, núm. 6, pp. 899-904.

Comentario sobre sentencia judicial, que avala una vez más el instituto de creación jurisprudencial denominado ocupación adquisitiva. (Alma R. G.)

BERGÈ, J. S.: «Actualité du conflit de lois sur le droit d'auteur: bataille au pays des fantômes», *GP*, 2003, núms. 176-177, pp 8-14.

Derecho de autor y delito. Derecho de autor y contrato. La territorialidad del derecho de autor y la ley nacional aplicable. (I. S. P.)

BRUNET-STOCLET, D.: «Du délicat équilibre entre liberté d'expression et droit des marques», *GP*, 2003, núms. 199-200, pp. 2-6.

Estudio sobre la libertad de expresión y el derecho de marcas a propósito de los casos de Greenpeace y Danone de París de 26 de febrero y 30 de abril de 2003. (*I. S. P.*)

BUCHHOLZ, S.: «Einreden gegen die Grundschild. Zum Wandel von der "Verkehr" –zur "Sicherungs"– Grundschild», *AcP*, 2003, núm. 6, pp. 786-817.

El trabajo parte de la constatación de que la hipoteca clásica ha desaparecido casi completamente del crédito real en Alemania, siendo sustituida por la llamada hipoteca de seguridad. El § 1157 BGB señala que el propietario de una finca hipotecada (por hipoteca de tráfico) puede oponer al tercer adquirente del crédito las excepciones que podía oponer al primitivo acreedor. El autor se plantea si el precepto es aplicable a la hipoteca de seguridad. Concluye que sí después de un examen detenido y concienzudo de los antecedentes históricos. (*M. G.-R.*)

BUGIANI, C.: «In tema di cessione dei diritti d'autore. Tipicità dei negozi di trasferimento dei diritti di utilizzazione. Causa tipica di liberalità–nota a Cass. 16 aprile 2002, n. 5461», *GC*, 2003, núm. 5, pp. 1086-1090. (*M. R. D. R.*)

CARON, C. H.: «Droit de la propriété intellectuelle», *SJ*, 2004, I-113, pp. 336-340.

Crónica que presenta periódicamente las evoluciones marcadas en los diversos aspectos de esta disciplina. El derecho de autor como derecho específico y común. (*R. A. R.*)

CASELLATI, A. M.: «Protezione legale delle misure tecnologiche ed usi legittimi. L'articolo 6.4 della direttiva europea e sua attuazione in Italia», *Dir. Aut.*, 2003, núm. 3, pp. 360-405.

Estudio del artículo 6.4 de la DASI relativo a las obligaciones referentes a las medidas tecnológicas. (*Alma R. G.*)

CATARINELLA, P.: «Appunti comparativi sul diritto di autore in Internet», *Dir. Aut.*, 2003, núm. 3, pp. 343-359.

Reflexiones sobre el *open source*. La evanescencia del *bite* y la existencia del derecho. Una mirada a la Directiva 2001/29/CE. (*Alma R. G.*)

CONTALDO, A.: «Lineamenti giuridici sui terminali e sugli standard impiegabili nella veicolazione elettronica di informazione», *Dir. Aut.*, 2003, núm. 2, pp. 157-191.

Breves premisas sobre los estándares empleados en la transmisión electrónica de información. La *smart card*. El *modem*. Los terminales. (*Alma R. G.*)

— «Le tecnologie radiodiffusive cablate ed il Webcasting», *Dir. Aut.*, 2003, núm. 1, pp. 14-64.

Artículo dedicado a la problemática en *Internet*: análisis del tratamiento jurídico del *webcasting*. (*Alma R. G.*)

CORBET, J.: «Chronique de Belgique», *RIDA*, janvier 2004, núm. 199, pp. 111-157.

Crónica de la legislación y jurisprudencia belgas sobre el Derecho de autor en los últimos cuatro años. (C. J. D.)

D'ANTONANGELO, M. T./FRAZOSI, M.: «La violazione del *software* in Europa e negli USA», *Dir. Aut.*, 2004, núm. 1, pp. 57-72.

Insuficiencia de las instituciones tradicionales para la tutela de la propiedad intelectual, en concreto, para la protección de fenómenos nuevos como el *software*. (Alma R. G.)

DE SANCTIS, V. M.: «Misure tecniche di protezione e libera utilizzazione», *Dir. Aut.*, 2003, núm. 1, pp. 1-13.

La nueva ley italiana, que desarrolla la Directiva 29/2001/CE, aporta novedades referidas, por una parte, a las medidas tecnológicas de protección de las obras del ingenio y, por otra parte, a las informaciones electrónicas sobre el régimen de los derechos. (Alma R. G.)

DI FABIO, P.: «Il sistema delle sovvenzioni statali al settore cinematografico. Inquadramento storico ed assetto attuale», *Dir. Aut.*, 2003, núm. 1, pp. 96-151.

La prevista reforma de la normativa relativa al sector cinematográfico se inserta en un viejo debate sobre las modalidades de subvención a las empresas y a los sujetos interesados. (Alma R. G.)

— «La nuova disciplina del contrassegno (cd. "bollino")», *Dir. Aut.*, 2004, núm. 1, pp. 22-42.

La publicación de la Ley 248 del año 2000 ha llevado consigo sustanciales cambios en la disciplina del S.I.A.E., especialmente en materia de obras contenidas en soportes físicos. Estudio de tal reforma. (Alma R. G.)

— «La nuova normativa sul diritto d'autore e la riproduzione per uso personale dell'opera dell'ingegno», *GC*, 2003, núm. 10, pp. 413-444.

Observaciones sobre el derecho de autor: derecho a la reproducción para uso personal sin ánimo de lucro. Regulación nacional e internacional: la l. n. 248 del 2000, d. lgs. n. 68 del 2003, en aplicación de la Directiva n. 2001/29/CE. (M. R. D. R.)

DIETZ, A.: «Chronique d'Allemagne», *RIDA*, octobre 2003, núm. 198, pp. 147-255.

Noticia de los aspectos legales y jurisprudenciales recientes del derecho de autor en Alemania. (C. J. D.)

DROBNIG, U.: «Present and Future of Real and Personal Security», *ERPL*, 2003, núm. 5, pp. 623-660.

Estudio de Derecho comparado sobre garantías reales y personales. (M. G.-R.)

DUPUY-BUSSON, S.: «Qui es l'auteur d'une oeuvre cinématographique?», *SJ*, 2004, núms. 1-2, I-100, pp. 11-14.

La autora se pregunta si puede considerarse que la obra cinematográfica tiene un autor único o si se trata de una coautoría. (R. A. R.)

DUTEIL, S.: «Les grands événements sportifs à l'épreuve de la loi grâce à la publicité virtuelle», *GP*, 2003, núms. 267-268, pp. 7-9.

Autorización de la publicidad virtual sobre las retransmisiones televisivas de manifestaciones deportivas. (R. A. R.)

EDELMAN, B.: «De la propriété-personne à la valeur-désir», *RDS*, 2004, núm. 3, pp. 155-160.

Las nociones de cosa y persona están en plena mutación, incluso de permutación, así como la organización productiva. (R. A. R.)

ERCOLANI, S.: «Il diritto di distribuzione di esemplari dell'opera protetta e l'esaurimento comunitario», *Dir. Aut.*, 2004, núm. 1, pp. 1-21.

El contenido del derecho de distribución de copias de la obra protegida en el ordenamiento italiano y en la Comunidad Europea. (Alma R. G.)

FABIANI, M.: «L'attuazione della Direttiva CE su diritto di autore nella società dell'informazione», *Dir. Aut.*, 2003, núm. 3, pp. 331-342.

Desafío al derecho de autor a consecuencia de las nuevas tecnologías informáticas y digitales: a) Derecho de reproducción; b) Derecho de comunicación al público; c) Derecho de distribución; d) Medidas tecnológicas para la tutela de los derechos de autor. (Alma R. G.)

— «Quella sottile linea di confine tra plagio e incontro fortuito fra opere musicali», *Dir. Aut.*, 2003, núm. 3, pp. 480-486.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Milán de 28 de octubre de 2002, ejemplo de la dificultad de distinguir entre plagio y encuentro causal cuando se trata de juzgar sobre las relaciones entre composiciones musicales dentro del sector de la música calificada como «ligera». (Alma R. G.)

— «Nome di gruppi musicali, domain name, marchio, omonimie», *Dir. Aut.*, 2004, núm. 1, pp. 73-77.

Denominación de grupos musicales a través de pseudónimo, nombre de arte o razón social. Nombres de grupos musicales y relaciones entre el *domain name* y la marca. (Alma R. G.)

FRAGOLA, A.: «Satira e diritto. Analisi dinamica di un rapporto (parte I)», *Dir. Aut.*, 2003, núm. 2, pp. 192-202.

Tutela del derecho de autor ante el fenómeno de la sátira. (Alma R. G.)

— «Satira e diritto. Analisi dinamica di un rapporto (Parte seconda)», *Dir. Aut.*, 2003, núm. 3, pp. 416-423.

Tutela del derecho de autor frente al fenómeno de la sátira. (Alma R. G.)

GALEAZZI, G.: «Recenti interventi di armonizzazione del diritto d'autore», *NLCC*, 2003, núms. 4-5, pp. 827-840.

Observaciones acerca del proceso de armonización de la normativa sobre derecho de autor, a través del *d. lgs. 9 aprile 2003, n. 68*, que adapta la normativa europea al ordenamiento jurídico italiano tras la Directiva 2001/29/CE: derechos patrimoniales, derecho de reproducción, comunicación y distribución, límites de reprografía en Italia, reproducción privada y uso personal. (*M. R. D. R.*)

GENTILE, M. T.: «La ripartizione delle spese di riparazione del lastrico solare di uso esclusivo», *NGCC*, 2003, núm. 3, pp. 381-385.

Comentario a sentencia judicial sobre los principios rectores del reparto de los gastos relativos a las cosas comunes. (*Alma R. G.*)

GRAGNANI, A.: «Il principio di precauzione come modello di tutela dell'ambiente, dell'uomo, delle generazioni future», *RDC*, 2003, núm. 1, parte seconda, pp. 9-45.

Nueva reflexión sobre la protección jurídica frente a riesgos tecnológicos que ponen en peligro la salud y el medio ambiente. Medidas preventivas y defensivas. Necesidad de defender el principio preventivo desde la legislación y jurisprudencia comunitarias y nacionales, tanto en materia civil como administrativa. (*M. R. D. R.*)

HEIRBAUT, D.: «Feudal Law: the Real *Ius Commune* of Property in Europe, or: Should We Reintroduce *Duplex Dominium*?», *ERPL*, 2003, núm. 3, pp. 301-320.

El autor defiende la teoría del dominio doble del Derecho feudal europeo (p. ej., en la enfiteusis) como una vía positiva para, con sus variantes, acercar las normas europeas sobre el derecho de propiedad. Considera que, de hecho, las normas sobre arrendamientos especiales de muchos países europeos son una manifestación de tal dominio dividido, aunque formalmente se presenten tales arrendamientos como derechos de crédito y no reales. (*M. G.-R.*)

HUMBLLOT, B.: «De l'indépendance du créateur en droit d'auteur», *RIDA*, janvier 2004, núm. 199, pp. 3-63.

Reflexiones en torno al principio personalista, conforme al cual la obra original pertenece a su autor, con independencia de cuáles sean las circunstancias en las que se ha desarrollado el trabajo creador. Se desglosa el trabajo en el análisis de los diversos supuestos: I. El autor único de una obra intelectual, distinguiendo según actúe libre o dirigido; y II. La pluralidad de autores de una obra intelectual, distinguiendo también entre autores libres y dirigidos. (*C. J. D.*)

KATZENSTEIN, M.: «Die Drittwirkung von Haftungsbeschränkungen nach § 991 Abs. 2 BGB, zugleich ein Beitrag zur Dogmatik des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses», *AcP*, 2004, núm. 1, pp. 1-24.

El § 991 BGB regula el caso de que el poseedor inmediato derive su posesión de un acuerdo con el poseedor mediato, y no con el verdadero dueño. El párrafo segundo establece que si el poseedor inmediato es de buena fe respecto de la legitimación del poseedor mediato, sólo responderá

frente al verdadero propietario por los daños causados en los términos en que habría de responder frente al poseedor mediato. El autor compara este precepto especialmente con el § 434.II HGB, que regula la responsabilidad del porteador en el contrato de transporte marítimo, cuando las cosas transportadas no pertenecían verdaderamente al cargador. (M. G.-R.)

KÉRÉVER, A.: «Chronique de Jurisprudence», *RIDA*, octubre 2003, núm. 198, pp. 257-315.

Crónica de jurisprudencia relativa a los siguientes temas: I. Obras protegidas bajo condición de originalidad. Fotografías; II. Independencia de la propiedad intelectual respecto de la propiedad del objeto material; III. Consecuencias de la calificación jurídica de las obras; IV. Derecho de reproducción. Excepciones (Derecho alemán); V. Transmisión contractual de los derechos; VI. Derechos de autor después de su muerte; VII. Delito de imitación fraudulenta; y VIII. Derechos conexos (remuneración equitativa). (C. J. D.)

— «Chronique de Jurisprudence», *RIDA*, janvier 2004, núm. 199, pp. 159-211.

Noticia de la jurisprudencia francesa reciente sobre Derecho de autor, en particular: I. Obras protegidas, condición de originalidad; II. Calidad de autor; III. Explotación de derechos; IV. Imitación fraudulenta; V. Derecho de autor y situaciones internacionales; VI. Gestión colectiva; VII. Derechos exclusivos distintos de los derechos de autor y de los derechos conexos. (C. J. D.)

LEBATTEAUX, P.: «Le nouvel article 49 de la loi du 10 juillet 1965 modifiée: la chose la plus étonnante ...», *GP*, 2003, núms. 115-116, pp. 3-10.

Trabajos preparatorios. Estado actual del derecho a modificar el reglamento de la copropiedad. Condiciones de fondo y condiciones materiales. (I. S. P.)

MAISTO, F.: «Le ragioni della validità degli accordi sulla cessione del godimento della cosa da parte del mero possessore», *Rass. Dir. Civ.*, 2002-IV, pp. 730-774.

Acuerdo de transmisión de la posesión a cambio de un precio. El autor se muestra contrario a la jurisprudencia que niega efectos jurídicos a este tipo de acuerdos. (B. F. G.)

MAZZIERI, A.: «Spese condominiali e accertamento della titolarità dell'immobile, la Suprema Corte pone termine a un dibattito ventennale sull'apparenza del diritto— nota a Cass., sez. un., 8 aprile 2002, n. 5035», *GC*, 2003, núm. 9, pp. 1901-1907. (M. R. D. R.)

MOLINARI, M.: «Ricostruzione videografica degli “High-lights” di manifestazioni sportive: sfruttamento economico o legittima manifestazione del diritto di cronaca?», *Dir. Aut.*, 2003, núm. 2, pp. 225-237.

Disciplina jurídica de las reproducciones cinematográficas y televisivas de los espectáculos deportivos. (Alma R. G.)

MONTALBANO, M.: «Il regime delle garanzie e della responsabilità nella licenza d'uso di software applicativo», *GC*, 2003, núm. 4, pp. 121-131.

Estudio del régimen jurídico de la garantía por vicios ocultos y responsabilidad, contractual y extracontractual, del concedente de la licencia de uso de aplicaciones de *software*. Limitaciones, establecidas en cláusulas contractuales de la garantía y de la responsabilidad por daños. (*M. R. D. R.*)

MORETTI, M.: «Le misure cautelari civili nelle nuove norme di tutela del diritto di autore», *Dir. Aut.*, 2003, núm. 2, pp. 203-209.

Artículo dedicado a la tutela judicial civil de los derechos de autor, en especial, a las medidas cautelares civiles. (*Alma R. G.*)

— «Misure tecnologiche di protezione delle opere e tutela del “consumatore”», *Dir. Aut.*, 2004, núm. 1, pp. 56-73.

Las medidas tecnológicas de protección de la obra intelectual y las informaciones sobre el régimen de los derechos de autor y su relación con la tutela del consumidor. (*Alma R. G.*)

NAVAS NAVARRO, S.: «L'œuvre audiovisuelle dérivée», *RIDA*, octubre 2003, núm. 198, pp. 3-145.

Estudio del contrato de transformación de una o varias obras preexistentes para la producción de una obra audiovisual (derivada). (*C. J. D.*)

OLIVE, P.H./BON-JULIEN, E.: «Droit de l'expropriation: le temps de la réforme est veni», *GP*, 2004, núms. 39-41, pp. 2-9.

Críticas al comisariado de gobierno ante el procedimiento de expropiación. El régimen de indemnización en la jurisprudencia y su evolución legislativa. (*I. S. P.*)

PARENTE, F.: «La coesistenza di possessi ad usucapionem tra servitù prediale privata di passaggio e servitù di transito di uso pubblico», *GC*, 2003, núm. 10, pp. 405-412.

Reflexión sobre la configuración de la usucapión de la servidumbre de paso: apariencia de servidumbre, uso privado o público. (*M. R. D. R.*)

PASTINA, P.: «Legittimazione passiva nell'esecuzione del provvedimento di reintegrazione del possesso – nota a Cass. 8 gennaio 2003, n. 73», *GC*, 2003, núm. 4, pp. 651-653. (*M. R. D. R.*)

PATTI, S.: «Una nuova lettura degli articoli 1140 e seguenti cc», *RDC*, 2003, núm. 2, parte prima, pp. 149-166.

De nuevo sobre el tema de la tutela posesoria frente a nuevas situaciones de hecho. La relevancia del título en la presunción de posesión anterior. La detentación como situación jurídica y la posesión como situación de hecho. Valoración de la experiencia francesa. (*M. R. D. R.*)

PÉRINET-MARQUET, H.: «Droit des biens», *SJ*, 2003, núms. 43-44, I-172, pp. 1865-1872.

Análisis sobre la jurisprudencia en materia de propiedad, copropiedad y servidumbres. (*R. A. R.*)

PIETROLUCCI, A.: «Il diritto morale d'autore», *Dir. Aut.*, 2003, núm. 2, pp. 210-224.

El examen de las fuentes normativas puestas para la tutela del autor de una obra del ingenio, interpretadas a la luz de los principios constitucionales y del Código civil, conducen a concluir el reconocimiento a favor del autor de formas de tutela dirigidas a salvaguardar su personalidad sobre el plano artístico-profesional, de forma independiente a la tutela del interés personal del mismo. (*Alma R. G.*)

RAJNERI, E.: «Il principio consensualistico e l'Abstraktions prinzip quali meccanismi alternativi di attribuzione della titolarità e gli interessi dei terzi: un conflitto irrisolto nei lavori di *Restatement* del diritto privato europeo», *Rass. Dir. Civ.*, 2003-I y II, pp. 433-459.

Tras poner de relieve las consecuencias de los distintos mecanismos de atribución de titularidad, fundamentalmente en relación con los terceros, el autor critica que en el ámbito europeo no se haya llegado a una armonización en este ámbito. (*B. F. G.*)

REID, K.: «Vassals No More: Feudalism and Post-feudalism in Scotland», *ERPL*, 2003, núm. 3, pp. 282-300.

El Derecho feudal sobre la tierra se ha mantenido en Escocia, a diferencia de otros países, porque su sistema de cargas reales permanentes permitía un control del planeamiento urbanístico. Sin embargo, tal sistema dejará de tener vigencia en noviembre de 2004, merced a una ley aprobada en 2000, que reforma y recodifica el Derecho de las cargas reales. (*M. G.-R.*)

RENEAUD, F.: «La loi du 18 juin 2003: une nouvelle réglementation du prêt public des livres dans les bibliothèques», *RIDA*, janvier 2004, núm. 199, pp. 65-109.

Análisis de los objetivos de la Ley de 18 de junio de 2003, que regula en Francia el préstamo público de libros en las bibliotecas (reconocimiento de un derecho de préstamo para las bibliotecas, y de un derecho de remuneración para los autores), así como de los medios de financiación dispuestos para lograr esos objetivos (colaboración entre el Estado y las entidades territoriales). (*C. J. D.*)

RICCHIUTO, S.: «Contraffazione di *domain name* e risarcimento del danno da illecito concorrenziale», *Dir. Aut.*, 2003, núm. 2, pp. 244-251.

Reflexiones sobre la relación existente entre la marca de empresa y el nombre de dominio en *Internet*. (*Alma R. G.*)

ROMANO, R.: «Diritto d'autore, tecniche di tutela e risarcimento del danno», *Dir. Aut.*, 2003, núm. 3, pp. 406-415.

Resarcimiento del daño por ilícito concurrencial y por violación del derecho de propiedad intelectual. (*Alma R. G.*)

ROTH, H.: «Das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis», *JuS*, pp. 937-943.

La relación propietario y poseedor.

La contribución toma como base los §§ 987 a 993 y 994 a 1003 para analizar la posición del poseedor frente a la exigencia del propietario de entrega de la cosa y la pretensión de indemnización. Estos preceptos, que pretenden proteger al poseedor verdadero e indiscutido remiten inmediatamente al



régimen del enriquecimiento y de la responsabilidad (extracontractual). (B. T. G.)

SCASSELLATI, M. T.: «La Direttiva comunitaria del 22 maggio 2001, n. 29, sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore nella società dell'informazione», *Dir. Aut.*, 2003, núm. 1, pp. 65-95.

El general derecho de comunicación de obras al público: el derecho a autorizar la puesta a disposición del público de la obra, de manera que cada uno pueda tener acceso a la misma desde el lugar y el momento elegidos individualmente. Excepciones y limitaciones a tal derecho. Nuevas técnicas de tutela preventiva. (Alma R. G.)

SCHAHL-BRESSON, J. P.: «Surmonter les restrictions à la défense des marques», *RDS*, 2004, núm. 8, aff., pp. 556-560.

Modificaciones en materia de protección de marcas que llevan a una reducción de su monopolio. Influencia de *Internet* en el tema. (R. A. R.)

SEBASTIO, F.: «Il giudicato sulla contraffazione del marchio e la priorità di un marchio anteriormente brevettato rispetto a un altro concorrente— nota a Cass. 12 dicembre 2002, n. 17705 e Cass. 11 ottobre 2002 n. 14483», *GC*, 2003, núm. 10, pp. 2132-2137. (M. R. D. R.)

SIMLER, P. H.: «Droit des sûretés», *SJ*, 2003, núm. 46, I-176, pp. 1980-1988.

Crónica de actualidad sobre el derecho de garantías reales y personales en Francia. (R. A. R.)

SPADA, P.: «Variazioni sul tema del plagio musicale», *RDC*, 2003, núm. 1, parte seconda, pp. 1-7.

Comentario acerca de la confrontación de los derechos de autor de obras musicales originales, frente a variaciones melódicas. (M. R. D. R.)

STRULLOU, J. F.: «Le commissaire du gouvernement auprès de la juridiction de l'expropriation et le droit à un procès équitable», *RDImm*, 2003, núm. 5, pp. 425-432.

Papel de comisario de gobierno en el proceso de expropiación. Exigencias de la Corte europea de derechos del hombre en materia de expropiación. Breve anexo jurisprudencial. (I. S. P.)

TOCHI VESPASIANI, F.: «La circolazione dei "beni culturali": la fattispecie traslativa tra profili giusprivatistici e interesse pubblico alla luce del testo unico n. 490/1999», *Rass. Dir. Civ.*, 2003-I y II, pp. 298-357.

Análisis del Decreto Legislativo de 29 de octubre de 1999, núm. 140, que reordena la disciplina relativa a los bienes culturales, estableciendo las obligaciones y las prohibiciones relativas a ellos. (B. F. G.)

TOZZI, F.: «Il format televisivo: prospettive di tutela giuridica», *NGCC*, 2003, núm. 5, pp. 429-439.

La tutela del formato televisivo en cuanto obra del ingenio de carácter creativo. (Alma R. G.)

VAN ERP, S.: «Civil and Common Property Law: Caveat Comparator – The Value of Legal Historical– Comparative Analysis», *ERPL*, 2003, núm. 3, pp. 394-411.

El autor pone de manifiesto las grandes diferencias en materia de derechos reales entre los ordenamientos de *civil* y *common law*, pero señala que poco a poco va a ser inevitable una unificación de ambos, al menos en lo que se refiere a las llamadas garantías reales. (*M. G.-R.*)

VAN VLIET, L.: «Iusta Causa Traditionis and its History in European Private Law», *ERPL*, 2003, núm. 3, pp. 342-378.

La *vexata quaestio* de la transmisión causal o abstracta de los derechos reales. El articulista piensa que es posible encontrar un camino medio entre ambas teorías, lo que sería de sumo interés de cara a un futuro Derecho privado europeo. (*M. G.-R.*)

VIDIRI, G.: «Diritto d'autore e tutela del disegno industriale tra passato e presente– nota a Cass. 7 marzo 2003, n. 3390», *GC*, 2003, núm. 10, pp. 2093-2102. (*M. R. D. R.*)

— «Il consorzio residenziale: una normativa in bilico tra comunione e condominio– nota a Cass. 29 gennaio 2003, n. 1277», *GC*, 2003, núms. 7-8, pp. 1555-1560. (*M. R. D. R.*)

VISALLI, G./VITTORIA, C.: «La voltura catastale attua il passaggio della proprietà degli immobili? Riflessioni– nota a Cass. 12 aprile 2002, n. 5226», *GC*, 2003, núm. 5, pp. 1094-1099. (*M. R. D. R.*)

VUYE, H.: «Posession et actions possessoires: Belgique, Pays-bas et France. A la recherche d'un *ius commune?*», *ERPL*, 2003, núm. 3, pp. 321-341.

El autor remarca que la protección posesoria en Bélgica se fundamenta sobre todo en su función de policía, mientras que en Holanda no protege frente a quien tiene un mejor derecho a poseer, y, por último, el Derecho francés adopta una solución intermedia. Finalmente se plantea si vale la pena resucitar la acción publiciana. (*M. G.-R.*)

## DERECHO DE FAMILIA

AL MUDEREN, E.: «In tema di adeguatezza dei redditi del coniuge divorziato», *NGCC*, 2003, núm. 1, pp. 41-46.

Comentario a sentencia judicial relativo a la pensión de divorcio como instrumento de equilibrio de las posiciones de los cónyuges. (*Alma R. G.*)

AUBE, T.: «Einkommensteuerrecht vor Unterhlltsrecht - das BVerfG als oberstes Zivilgericht?», *NJW*, 51/2003, pp. 3657-3662.

El impuesto sobre la renta ante el derecho de alimentos - ¿El *BVerfG* como última instancia civil?

La presente contribución se muestra crítica con la justificación constitucional del *BVerfG* y analiza las repercusiones del fallo sobre la jurisprudencia

venidera en materia de obligaciones de alimentos y sobre procedimientos cerrados. (*B. T. G.*)

BALDASSARI, S.: «Sterilità mancata. La nascita indesiderata e la responsabilità del medico— nota a Trib. Venezia 10 settembre 2002», *GC*, 2003, núm. 11, pp. 2613-2622. (*M. R. D. R.*)

BARBANERA, R.: «Derogabilità dei limiti di età fra adottanti e adottando nell'adozione legittimante alla luce del principio dell'interesse del minore», *NGCC*, 2003, núm. 3, pp. 364-368.

Comentario a sentencia judicial sobre los límites legales previstos en cuanto a la diferencia de edad entre adoptante y adoptado. (*Alma R. G.*)

BARDET-BLANVILLAIN, A.: «Les conventions homologuées en droit de la famille: unité ou diversité?», *GP*, 2003, núms. 250-252, pp. 4-12.

Estudio sobre distintos acuerdos entre cónyuges. Criterios para su validez. Control judicial y régimen jurídico. Primacía del interés de la familia. (*R. A. R.*)

BARGELLI, E.: «Limiti dell'autonomia privata nella crisi coniugale (a proposito di una recente pronuncia della Corte costituzionale tedesca)», *RDC*, 2003, núm. 1, parte seconda, pp. 57-72.

Comentario de la sentencia alemana del *Bundesverfassungsgericht* del 6 de febrero de 2001, sobre efectos de la autonomía privada en la regulación de las crisis conyugales. Valoración de la línea de la jurisprudencia alemana con anterioridad a esta sentencia, y el modelo propuesto por la jurisprudencia italiana. (*M. R. D. R.*)

BERNARDO, C.: «Rifiuto del coacquisto da parte di coniuge nel regime di comunione legale», *DFP*, 2003, núm. 2, pp. 348-376.

Con la sentencia de 27 de febrero de 2003 el Tribunal Supremo italiano ha vuelto a afrontar una cuestión jurídica ciertamente controvertida, esto es, si se admite o no la adquisición conjunta de los cónyuges en régimen de comunión legal de bienes. Este problema se ubica dentro del más amplio debate sobre los márgenes de operatividad de la autonomía privada en el contexto de las relaciones familiares. (*Alma R. G.*)

BIAVATI, P.: «Il riconoscimento e il controllo delle decisioni europee in materia familiare», *RTDPC*, 2003, núm. 4, pp. 1241-1259.

Observaciones sobre el Reglamento núm. 1347 de 29 de mayo de 2000, como primera intervención del legislador comunitario sobre el derecho procesal en materia de tutela familiar y asistencia jurídica. Especial referencia a los derechos de visita de los progenitores. (*M. R. D. R.*)

BOLONDI, E.: «Sempre più tutelata la posizione dei figli maggiorenni?», *NGCC*, 2003, núm. 5, pp. 818-823.

Comentario a resolución judicial acerca del deber de mantener a los hijos mayores de edad. (*Alma R. G.*)

BUSANI, A.: «Alle sezioni unite il tema dell'opponibilità ai terzi aventi causa del provvedimento di assegnazione della casa familiare», *NGCC*, 2003, núm. 3, pp. 476-494.

Oponibilidad a los terceros adquirentes de uno de los cónyuges del procedimiento en el que se atribuye la vivienda familiar al otro cónyuge tras el divorcio o la separación. (*Alma R. G.*)

CENDON, P.: «Malattia terminale e minore età», *NGCC*, 2003, núm. 6, pp. 467-478.

El menor de edad hijo de enfermos terminales: la representación del sujeto incapaz y el poder decisorio de los progenitores. (*Alma R. G.*)

CIVIDALI, I.: «La tutela- Un istituto da rinnovare e adeguare a nuove realtà», *DFP*, 2003, núm. 2, pp. 453-460.

Artículo dedicado a las reformas que han de introducirse en el instituto de la tutela en el ámbito del nuevo Derecho de familia. (*Alma R. G.*)

DE MEO, R.: «I principi generali del diritto di famiglia e la tutela delle persone nelle relazioni familiari (a proposito di un convegno romano)», *Rass. Dir. Civ.*, 2003-I y II, pp. 518-531.

Reflexiones acerca de la nueva realidad de las relaciones jurídicas familiares, a partir de las contribuciones al Congreso celebrado en febrero de 2003 en Roma sobre este tema. (*B. F. G.*)

DI NARDO, M.: «La filiazione incestuosa: al vaglio della Consulta i limiti dell'accertamento giudiziale del rapporto», *NGCC*, 2003, núm. 4, pp. 548-555.

La prohibición de reconocimiento de los hijos incestuosos tras la reforma del Derecho de familia italiano. (*Alma R. G.*)

DOGLIOTTI, M.: «Stato di abbandono, forza maggiore, posizione dei parenti nell'adozione dei minori», *NGCC*, 2003, núm. 5, pp. 660-668.

Declaración forzosa de adopción de menores por falta de asistencia material y moral de los progenitores. (*Alma R. G.*)

DOGLIOTTI, M./PICCALUGA, F.: «L'art. 8 della legge sull'adozione prima e dopo la riforma del 2001», *RTDPC*, 2003, núm. 2, pp. 593-624.

Análisis de la adopción a través del artículo 8 de la ley, tras su reforma por la Ley de 28 de marzo 2001, núm. 149. Especial referencia al requisito de abandono y el derecho de asistencia legal del menor en el procedimiento. (*M. R. D. R.*)

DETHLOFF, N.: «Registrierte Partnerschaften in Europa», *ZEuP*, 2004, núm. 1, pp. 59-74.

El artículo hace un repaso breve a las distintas legislaciones europeas sobre parejas de hecho, especialmente de aquellas que requieren o prevén la inscripción en un Registro público. A continuación se plantean las numerosas cuestiones que pueden surgir desde el punto de vista del Derecho internacio-

nal privado, defendiendo la autora una legislación material coordinada, así como el establecimiento de normas de conflicto. (*M. G.-R.*)

FAVILLI, C.: «In tema di potestà genitoria», *NLCC*, 2002, núm. 6, pp. 1091-1114.

Estudio del artículo 37 bis de la Ley de 28 de marzo de 2001, núm. 149, sobre medidas de alejamiento de la residencia familiar del progenitor y del conviviente que maltrata o abusa del menor: noción de abuso y maltrato, relación con la Ley de 5 de abril de 2001, núm. 154, sobre medidas contra la violencia en las relaciones familiares, técnicas procesales, intervención del defensor del menor. (*M. R. D. R.*)

FIORAVANTI, C. D.: «Nullità della trascrizione del matrimonio canonico ed inefficacia “riflessa” delle convenzioni matrimoniali», *DFP*, 2003, núm. 4, pp. 824-836.

Carácter esencial de la inscripción del matrimonio canónico en el Registro Civil para la atribución de efectos civiles al mismo. (*Alma R. G.*)

FORTINO, M.: «Verso una nuova privatizzazione della famiglia nella società globale?», *RDC*, 2003, núm. 2, parte prima, pp. 167-177.

Reflexión sobre la autonomía y el individualismo de la sociedad actual y su influencia en las relaciones de familia. (*M. R. D. R.*)

GABRIELLI, G.: «I problemi dell’assegnazione della casa familiare al genitore convivente con i figli dopo la dissoluzione della coppia», *RDC*, 2003, núm. 2, parte prima, pp. 127-148.

Estudio de los problemas que aparecen tras la asignación de la vivienda familiar al progenitor conviviente con los hijos, tras la disolución de la pareja. Especial referencia a la facultad de oponibilidad de la asignación frente al tercer adquirente, publicidad inmobiliaria, parejas de hecho, etc. (*M. R. D. R.*)

GAGLIOTI, A.: «Note in tema di coercibilità degli accordi di vita coniugale a favore dei figli», *DFP*, 2003, núm. 2, pp. 408-425.

Comentario a sentencia judicial relativa a la obligación de los progenitores de mantener al hijo mayor de edad. (*Alma R. G.*)

GIACOBBE, E.: «La filiazione da inadempimento— nota a Trib. Venezia 10 settembre 2002», *GC*, 2003, núm. 11, pp. 2602-2612. (*M. R. D. R.*)

LÉCUYER, H.: «Le patrimoine du mineur», *GP*, 2003, núms. 80-81, pp. 2-7.

Estudio sobre la composición del patrimonio del menor y su gestión. El interés del menor en el tema patrimonial. (*I. S. P.*)

LILLO, P.: «Famiglie di fatto e libertà matrimoniale», *DFP*, 2003, núm. 4, pp. 992-1012.

Evolución de las costumbres familiares y su reflejo en la sociedad civil. Aspectos jurídicos de las uniones de hecho. Convivencia de hecho y ordenamiento comunitario. Libertad matrimonial y principio personalista. (*Alma R. G.*)

LOISEAU, G.: «Posesión et revendication d’un nom de famille», *RDS*, 2004, núm. 2, pp. 86-88.

Sobre el derecho de una corte de apelación a decidir en torno a la posesión del nombre de Borbón por los titulares de Borbón y Parma. (*R. A. R.*)

LONG, J.: «Ordinamenti giuridici occidentali, *kafala* e divieto di adozione: un'occasione per riflettere sull'adozione legittimante», *NGCC*, 2003, núm. 2, pp. 175-190.

La adopción en los ordenamientos jurídicos occidentales, la adopción en el Islam: análisis de la materia en el Corán. Un ejemplo concreto: Marruecos. (*Alma R. G.*)

MANERA, G.: «I requisiti soggettivi degli adottanti nell'adozione dei minori», *DFP*, 2003, núm. 2, pp. 500-534.

Requisitos de los adoptantes: matrimonio, ausencia de separación, límites y diferencias de edad. Idoneidad para educar, instruir y mantener al menor. Requisitos de los adoptantes en la adopción internacional. Requisitos de los adoptantes en casos particulares. (*Alma R. G.*)

MANTOVANI, M.: «Fondamenti della filiazione, interesse del minore e nuovi scenari della genitorialità», *NGCC*, 2003, núm. 3, pp. 247-270.

Las bases tradicionales de la filiación: derivación biológica y ligamen afectivo. La tensión entre fundamento biológico y principio de responsabilidad por la procreación. Principio de verdad, atribución de *status* e interés del menor. Procreación asistida y *status* del recién nacido. (*Alma R. G.*)

MAURA, A.: «La validità dei c.d. "contratti di convivenza" e l'applicabilità ai conviventi *more uxorio* in via analogica delle disposizioni codicistiche concernenti i diritti e doveri reciproci dei coniugi», *NGCC*, 2003, núm. 6, pp. 899-911.

Validez de los acuerdos entre convivientes de hecho y aplicación analógica a la pareja de hecho de la normativa reguladora del matrimonio. (*Alma R. G.*)

MEYSEN, T.: «Tod in der Pflegefamilie: Verletzung von Kronollpflichten im Jugendamt?», *NJW*, 47/2003, pp. 3369-3373.

Muerte en la familia de acogida: ¿infracción del deber de control de los servicios de protección de menores?

A raíz de distintos casos de fallecimiento y graves maltratos de menores dados en acogimiento acaecidos en los últimos tiempos, la presente contribución analiza cuáles son las obligaciones de los servicios de protección de menores respecto del control o supervisión de la familia de acogida, así como otros aspectos jurídicos relacionados con la cuestión. (*B. T. G.*)

MERELLO, S.: «I rapporti personali tra genitori e figli», *DFP*, 2003, núm. 3, pp. 791-819.

La familia en la Constitución. Los derechos y deberes personales entre padres e hijos. La patria potestad y el ejercicio de ésta. (*Alma R. G.*)

OBERTO, G.: «I precedenti storici del principio di libertà contrattuale nelle convenzioni matrimoniali», *DFP*, 2003, núm. 2, pp. 535-561.

Estudio de las relaciones existentes entre la autonomía negocial y el Derecho de familia (en el Código de Napoleón y en los sucesivos Códigos italianos). (*Alma R. G.*)

PANE, R.: «*Favor veritatis* e diritto dell'adottato di conoscere le proprie origini nella recente riforma delle adozioni», *Rass. Dir. Civ.*, 2003-I y II, pp. 240-267.

El derecho del adoptado a conocer sus orígenes biológicos. La autora critica la nueva regulación introducida por la Ley de 28 de marzo de 2001, núm. 149, que instaura el citado derecho, pues la considera inadecuada e incongruente. (*B. F. G.*)

PAZÉ, E.: «Le ragioni contro un'anagrafe delle famiglie di fatto», *DFP*, 2003, núm. 1, pp. 192-209.

Reconocimiento de las parejas de hecho. Concepto de familia de hecho. Uniones civiles y matrimonio. La inscripción: ruptura de la unión civil inscrita y tutela de las familias no inscritas. (*Alma R. G.*)

PELLEGRINO, P.: «Gli impedimenti matrimoniali in generale nel codice piano-benedettino (cann. 1035-1056)», *DFP*, 2003, núm. 4, pp. 952-991.

El matrimonio en el Derecho canónico. En especial, análisis de la naturaleza jurídica y clases de impedimentos matrimoniales. (*Alma R. G.*)

PICCALUGA, F.: «Sulle obbligazioni assunte individualmente da coniugi per i bisogni della famiglia: è solidarietà?», *DFP*, 2003, núm. 3, pp. 723-739.

Responsabilidad de los cónyuges por las obligaciones asumidas en interés de la familia. (*Alma R. G.*)

POMPEDA, M. F.: «L'Istituto matrimoniale all'inizio del terzo millennio. Analisi di una realtà antropologica e religiosa», *DFP*, 2003, núm. 1, pp. 3-15.

Discurso jurídico y antropológico sobre la institución matrimonial en el siglo XXI. (*Alma R. G.*)

RABY, S.: «Le principe de divisibilité de la filiation naturelle et l'accouchement anonyme», *GP*, 2004, núms. 30-31, pp. 5-12.

Notas a la sentencia del tribunal de gran instancia de Nancy de 16 de mayo de 2003 sobre adopción plena atendiendo al interés del menor. Oposición del padre biológico y solicitud de restitución del menor. (*I. S. P.*)

ROMAGNO, G.: «La successione dei figli privi di stato alla luce di una recente sentenza della Corte Costituzionale», *RDC*, 2003, núm. 6, parte seconda, pp. 567-607.

Comentario a la sentencia de la Corte constitucional italiana de 28 de noviembre de 2002, núm. 494, sobre inconstitucionalidad del artículo 278.1 del Código civil italiano, sobre hijos no matrimoniales: régimen sucesorio y derechos de dichos hijos. (*M. R. D. R.*)

RONDELLI, S.: «Procreazione artificiale o artificio creativo del diritto? (Il problema della maternità sostitutiva in una recente ordinanza)», *DFP*, 2003, núm. 1, pp. 260-289.

¿Existe un derecho a procrear sin límites? La «doble maternidad». El contrato de maternidad subrogada. (Alma R. G.)

RUBELLIN-DEVICHI, J.: «Droit de la famille», *SJ*, 2004, núm. 6, I-109, pp. 231-236.

Distintos temas de Derecho de familia. Los créditos nacidos de las prestaciones compensatorias y de la pensión de alimentos en caso de divorcio. La filiación por adopción y la infancia. (R. A. R.)

SCIA, F.: «Assegno di divorzio ed operatività della compensazione», *NGCC*, 2003, núm. 4, pp. 580-588.

Comentario a sentencia judicial sobre la posibilidad de que sea objeto de compensación el crédito correspondiente a la pensión de divorcio. (Alma R. G.)

SCIARRINO, V.: «Il diritto dell'adottato di conoscere le proprie origini biologiche nella legge 4 maggio 1983, n. 184», *Rass. Dir. Civ.*, 2002-IV, pp. 775-825.

De nuevo acerca del derecho del adoptado a conocer sus orígenes biológicos. En el presente artículo se contrasta el secretismo que caracterizaba a la Ley de 4 de mayo de 1983, núm. 184, con el reconocimiento del derecho citado a partir de la nueva formulación de su artículo 28 por la Ley de 28 de marzo de 2001, núm. 149. (B. F. G.)

SIMLER, P. H.: «Régimes matrimoniaux», *SJ*, 2003, núm. 36, I-158, pp. 1510-1518.

El régimen primario. El contrato matrimonial y el cambio de régimen. La separación de bienes. (R. A. R.)

STÜBER, S.: «Lebenspartnerschaft – viele offene Fragen», *NJW*, pp. 2721-2724.

Unión de hecho. Muchas cuestiones abiertas.

El artículo pone de manifiesto que la sentencia del *BVerfG* de 17 de julio de 2002 ha resuelto la constitucionalidad de la Ley de parejas homosexuales de 16 de febrero de 2001 (*LpartG*) a través de una sentencia interpretativa que ha provocado la modificación tanto de la ley mencionada, como de otras leyes (*LPartGErgG*). Aun así ha dejado muchas cuestiones abiertas, como la de decidir si la unión de hecho regulada en esta ley se disuelve o no mediante el matrimonio de un miembro de la pareja con un tercero, lo que obliga traer a colación el § 1306 BGB y su posible contradicción con el artículo 6.1 GG en relación con el de la pareja que no contrae el matrimonio con tercero. (M. P. G. R.)

TEDESCO, G.: «Divisione della casa coniugale di proprietà comune e provvedimento di assegnazione del bene ad uno solo dei coniugi separati o divorziati», *GC*, 2003, núm. 4, pp. 113-119.

Observaciones sobre el tema de la división de la casa conyugal con atribución de su valor a uno de los cónyuges separados o divorciados, con referencia a la sentencia del tribunal de casación de 17 de septiembre de 2001,



núm. 11630, sentencia del Tribunal de Monza de 24 de octubre de 1991, 21 de abril de 1989 y Tribunal de Roma de 4 de abril de 1985. (*M. R. D. R.*)

TESCIONE, F.: «Mantenimento ed “automantenimento” dei figli maggiorenni: una linea di confine in continuo movimento», *DFP*, 2003, núm. 2, pp. 377-398.

Función de la obligación de mantenimiento de los hijos mayores de edad por el progenitor divorciado. (*Alma R. G.*)

TOMMASINI, M. F.: «Il problema dell’assegnazione della casa familiare “non disponibile” e della natura giuridica del contributo compensativo», *DFP*, 2003, núm. 1, pp. 36-57.

La función de la asignación de la vivienda a uno de los cónyuges tras el divorcio y la separación. Atribución de una cantidad pecuniaria mensual a título de sustitución de la vivienda familiar en los casos en que no exista, en el momento de la separación, una casa conyugal. (*Alma R. G.*)

UCCELA, F.: «Identificazione e operatività dei principi fondamentali e dei principi generali in tema di accertamento della filiazione: spunti per una riflessione», *GC*, 2003, núm. 6, pp. 225-235.

Observaciones sobre las acciones de estado civil y el principio fundamental del derecho al conocimiento y verificación de la filiación. (*M. R. D. R.*)

VALIGNANI, B.: «Annullabilità del preliminare di vendita di un immobile facente parte della comunione legale», *NGCC*, 2003, núm. 1, pp. 60-66.

Comentario a sentencia judicial sobre la posibilidad de reconducir el contrato preliminar de compraventa de un bien inmueble perteneciente a ambos cónyuges al ámbito de los actos de administración extraordinaria. (*Alma R. G.*)

VV.AA.: «Droit patrimonial de la famille», *GP*, 2003, núms. 157-158.

Número especial sobre aspectos patrimoniales de la familia: indivisión de la hipoteca, mejora del derecho de arrendamiento para el cónyuge superviviente, pensión de alimentos, etc. (*I. S. P.*)

## DERECHO DE SUCESIONES

BERTAUX, G.: «Héritage testamentaire “difficile” et “aléas” d’un redressement fiscal inévitable», *GP*, 2004, núms. 14-15, pp. 2-12 y 29-36.

La sucesión hereditaria. Aspectos jurídicos y fiscales expuestos por el autor para que el lector decida si le conviene o no. (*I. S. P.*)

— «Difficultés des legs testamentaires ou “l’art” de mal préparer sa succession», *GP*, 2003 núms. 143-144, pp. 2-11.

Estudio de la sucesión testamentaria: el testamento, aspectos fiscales, y bienes de la sucesión. Derecho y gestión discutible de un usufructuario. (*I. S. P.*)

BERTINO, L.: «I patti successori nella giurisprudenza», *NGCC*, 2003, núm. 2, pp. 191-200.

Análisis de diversas cuestiones relativas a los contratos sucesorios: la extensión de los negocios *inter vivos post mortem* y los elementos peculiares del acto *mortis causa*, los casos jurisprudenciales más recientes (donaciones de un bien con reserva de usufructo a favor del donante y cláusulas en los estatutos relativas a la transmisibilidad de la cuota del socio difunto) y, por último, algunas dudas sobre la efectiva quiebra de la prohibición de los contratos sucesorios. (*Alma R. G.*)

BILOTTI, E.: «Note sull'amministrazione dei beni ereditari in caso di vacanza parziale della titolarità ereditaria», *RDC*, 2003, núm. 5, parte seconda, pp. 441-472.

Notas sobre el problema de administración y adjudicación de bienes que supone la existencia de herencia yacente de forma parcial. Opiniones doctrinales y jurisprudenciales. (*M. R. D. R.*)

CAMELI, S.: «Successione nell'azienda, trasformazione di impresa individuale in impresa collettiva e continuità dei rapporti processuali— nota a Cass. 23 aprile 2002, n. 5899», *GC*, 2003, núm. 6, pp. 1332-1335. (*M. R. D. R.*)

CHIAROLLA, M.: «Comunione ereditaria e disciplina della circolazione dei beni ereditari», *FI*, 2004, núm. 1, pp. 237-246.

Eficacia, en sede de comunidad hereditaria, de la venta de un bien común efectuada por uno de los coherederos a favor de un sujeto extraño. (*Alma R. G.*)

DI LANDRO, A. C.: «Trusts per disabili. Prospettive applicative», *DFP*, 2003, núm. 1, pp. 123-191.

Artículo dedicado a los *trusts* en materia de Derecho de sucesiones, dentro del debate existente sobre el uso de instrumentos alternativos al testamento, idóneos para transmitir riqueza *inter vivos* con efectos *post mortem*. (*Alma R. G.*)

FLAMINI, A.: «In tema di cautela sociniana», *Rass. Dir. Civ.*, 2003-I y II, pp. 101-116.

Análisis de la denominada *cautela sociniana* relativa a la legítima y recogida en el artículo 550 *Codice Civile*. (*B. F. G.*)

GABRIELLI, G.: «L'accettazione di eredità da parte dei corpi morali», *RDC*, 2003, núm. 3, parte prima, pp. 225-237.

Observaciones sobre las soluciones aportadas por doctrina y jurisprudencia ante el problema de las herencias a favor de entes morales (personas jurídicas sin ánimo de lucro y entidades sin personalidad jurídica) y la imposición de la aceptación a beneficio de inventario. (*M. R. D. R.*)

KERRIDGE, R./BRIERLEY, A. H. R.: «Mistakes in Wills: Rectify and Be Damned», *Cambridge L. J.*, 2003, vol. 62, núm. 3, pp. 750-770.

De acuerdo con el artículo 20(1) de la *Administration of Justice Act 1982* inglesa, un tribunal puede rectificar los términos de un testamento si

tiene el convencimiento de que no coinciden con la verdadera intención del testador. En especial, el precepto contempla dos supuestos, el error de copia o el fallo a la hora de interpretar instrucciones dadas por el testador. Con el fin de evitar rectificaciones espurias, los tribunales ingleses exigen que la corrección se apoye en una «prueba convincente» de la falta de coincidencia entre la intención del testador y los términos testamentarios. El artículo de Kerridge y Brierley estudia los diversos tipos de error que pueden incluirse en las categorías señaladas, sus específicos problemas, así como sus posibles consecuencias, todo ello a la vista de las más significativas sentencias dictadas hasta el momento por los tribunales ingleses. (*J. S. F.*)

LE GUIDE, R.: «Successions et libéralités», *SJ*, 2003, núm. 48, I-180, pp. 2084-2090.

Crónica sobre determinados aspectos del Derecho de sucesiones y las donaciones. La delación y las opciones sucesorias. (*R. A. R.*)

MONCALVO, F.: «Usufrutto generale sui beni ereditari e sostituzione fedecommissaria», *NGCC*, 2003, núm. 4, pp. 649-655.

Comentario a sentencia judicial relativo a la naturaleza jurídica de la atribución testamentaria del usufructo general sobre los bienes hereditarios. (*Alma R. G.*)

MOSCA, S.: «La natura delle spese funerarie», *NGCC*, 2003, núm. 1, pp. 35-38.

Naturaleza jurídica de los gastos funerarios y su comprensión dentro de las cargas asumidas por los herederos una vez que se produce la apertura de la sucesión. (*Alma R. G.*)

NARDI, S.: «Datio in solutum e legato», *GC*, 2003, núm. 9, pp. 371-383.

Observaciones sobre la figura del legado de *datio in solutum* para cumplir con el pago de un crédito del testador: legado de débito y liberalidad. Soluciones de la doctrina y de la jurisprudencia. Tesis del autor. (*M. R. D. R.*)

PALAZZO, A.: «Provenienze donative, successivi trasferimenti e tecniche di tutela degli interessi», *RDC*, 2003, núm. 3, parte prima, pp. 317-327.

Observaciones sobre diversos problemas relacionados con donaciones sujetas a reducción por lesionar la cuota legitimaria de los herederos forzosos, y enajenaciones de dichos bienes por los donatarios. Tutela de los intereses de los legitimarios. (*M. R. D. R.*)

PASTORE, D.: «Il legato a carico di uno o più legatari (c.d. sublegato)», *RDC*, 2003, núm. 3, parte seconda, pp. 223-241.

Observaciones sobre la figura del legado con cargas: objeto y efectos, límites, diferencias con instituciones afines. (*M. R. D. R.*)

ROMAGNO, G.: «La successione dei figli privi di stato alla luce di una recente sentenza della Corte Costituzionale», *RDC*, 2003, núm. 6, parte seconda, pp. 567-607.

Comentario a la sentencia de la Corte constitucional italiana de 28 de noviembre de 2002, núm. 494, sobre inconstitucionalidad del artículo 278.1

del Código civil italiano, sobre hijos no matrimoniales: régimen sucesorio y derechos de dichos hijos. (*M. R. D. R.*)

RUGGIERO, D. G.: «Legati in favore dei legittimari e successione *ab intestato*», *DFP*, 2003, núm. 3, pp. 740-790.

A raíz de la reciente sentencia del Tribunal Supremo italiano de 15 de junio de 1999 se analizan las figuras jurídicas del legado en sustitución de la legítima y del legado a cuenta de la legítima. (*Alma R. G.*)

SALVESTRONI, U.: «Successione intestata e diritto del coniuge superstite», *Rass. Dir. Civ.*, 2003-I y II, pp. 288-297.

Reflexiones acerca del artículo 540 *Codice Civile* relativo al régimen de los derechos del cónyuge superstite en caso de concurrencia con otros llamados a la sucesión intestada. (*B. F. G.*)

TRIOLA, R.: «In tema di concorso fra successione testamentaria e successione legittima- osservazione a Cass. 1 luglio 2002 n. 19513», *GC*, 2003, núm. 12, pp. 2892-2893. (*M. R. D. R.*)

VAQUER, A.: «Wills, Divorce and the Fate of the Dispositions in Favour of the Spouse: A Common Trend in European Laws of Succession», *ERPL*, 2003, núm. 6, pp. 782-790.

Testamentos, divorcio y separación y el destino de las disposiciones a favor del cónyuge: una tendencia común en las legislaciones europeas sobre Derecho de sucesiones. (*M. G.-R.*)

VIDIRI, G.: «Accettazione con beneficio d'inventario: effetti e amministrazione ordinaria (e straordinaria) dei beni ereditari.- nota a Cass. 14 marzo 2003, n. 3791», *GC*, 2003, núm. 12, pp. 2748-2752. (*M. R. D. R.*)

VISALLI, N.: «Il modus testamentario», *GC*, 2003, núms. 7-8, pp. 305-323.

Observaciones sobre la noción y naturaleza jurídica del modo, como cláusula accesoria del testamento, y distinción de otras figuras testamentarias. Ejecución del modo, modo y acción de reducción. (*M. R. D. R.*)

WESSER, S.: «Formfreier Grundstückserwerb durch Miterben», *NJW*, 2003, pp. 2937-2944.

Libertad de forma en la transmisión de inmuebles entre coherederos.

La autora analiza el problema, suscitado en algunas sentencias tanto del Tribunal Supremo alemán como de los Tribunales menores, que se plantea cuando tras la muerte de los padres, uno de los hijos manifiesta su deseo de hacerse con la casa familiar indemnizando a los demás coherederos. Los precedentes judiciales plantean que esta adquisición pueda hacerse sin forma notarial y el artículo trata de fundamentar dogmáticamente esta posibilidad. (*M. P. G. R.*)

## VARIA

BÜRGE, A.: «Zweihundert Jahre Code Civil des Français: Gedanken zu einem Mythos», *ZEuP*, 2004, pp. 5-19.

A propósito del 200 cumpleaños del Código civil francés, el autor se plantea cómo ha llegado a ser un mito, a pesar de su antigüedad y de las

innumerables reformas que ha sufrido. Se explica porque, por una parte, toda obra antigua tiende a ser bien estimada; por otra, porque muchas de las novedades han sido objeto de leyes extracodiciales, como, p. ejemplo, el *Code de la Consommation*; y, en tercer lugar, porque, a pesar de las reformas, el legislador ha sabido mantener la estructura original de la obra. (M. G.-R.)

DACORONIA, E.: «The Development of the Greek Civil Law: From its Roman – Byzantine Origins to its Contemporary European Orientation», *ERPL*, 2003, núm. 5, pp. 661-676.

Breve resumen del Derecho privado griego desde la fundación del moderno Estado griego, en 1821, hasta nuestros días, señalando las sucesivas influencias francesa, alemana, y, ahora, del Derecho comunitario. (M. G.-R.)

DONISI, C.: «L' art. 28 della legge notarile: baricentro della professione», *Rass. Dir. Civ.*, 2003-I y II, pp. 75-100.

Análisis de dicho precepto, que prohíbe al notario recibir actos expresamente prohibidos por la ley o manifiestamente contrarios a la costumbre o al orden público. (B. F. G.)

DRIARD, J. H.: «La loi “urbanisme et habitat”. La Loi SRU remise en question», *SJ*, 2003, núm. 36, I-157, pp. 1501-1509.

Comentario a la Ley de urbanismo y vivienda y las modificaciones aportadas. (R. A. R.)

— «Finances, droit des sols et gestion des espaces. La révolution discrète de la loi “urbanisme et habitat”. Loi n°. 2003-509 du 2 juillet 2003», *SJ*, 2003, núm. 45, I-173, pp. 1917-1923.

Disposiciones financieras. Gestión del derecho de suelo. Los espacios particulares. (R. A. R.)

GARDELLA, A./DI BROZOLO, R.: «Civil Law, Common Law and Market Integration: The EC Approach to Conflicts of Jurisdiction», *Am. J. Comp. L.*, 2003, vol. LI, núm. 3, pp. 611-638.

Este artículo demuestra, a través del estudio del Reglamento 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, la influencia del *Civil Law* sobre las normas que regulan la resolución internacional de conflictos en el campo de las relaciones comerciales. El trabajo explica las razones por las que el peso del *Civil Law* en la originaria Convención de Bruselas ha permanecido inalterado durante los años, incluso después de la incorporación de los países que pertenecen al área del *Common Law*. (E. C. V.)

JEULAND, E.: «L'enigme du lien de droit», *RTDC*, 2003, núm. 3, pp. 455-474.

La noción de lazo jurídico en los distintos ámbitos jurídicos: civil, procesal, etc. (I. S. P.)

MACQUEEN, H. L.: «Mixing It? Comparative Law In The Scottish Courts», *ERPL*, 2003, núm. 6, pp. 735-753.

Aunque el Derecho escocés es una mezcla del sistema continental y del *Common Law*, en la práctica, las referencias jurisprudenciales a otros ordenamientos se limitan a otros países anglófonos, especialmente Inglaterra. Por eso, se llega a afirmar (p. 748) que «el Derecho escocés es un sistema del *Common Law*». (M. G.-R.)

MARKESINIS, B.: «Case Law and Comparative Law: Any Wider Lessons?», *ERPL*, 2003, núm. 6, pp. 717-734.

Discurso del autor, reputado comparatista, con motivo del décimo aniversario de la revista, destacando el papel del estudio del caso en el Derecho Comparado. (M. G.-R.)

MIRABELLI, G./GRAZIADEI, G.: «Panorama di giurisprudenza della Corte di Cassazione - Secondo Quadrimestre 2002», *RDC*, 2003, núm. 1, parte seconda, pp. 101-117.

Reseña de jurisprudencia relativa a diferentes materias de Derecho privado. (M. R. D. R.)

— «Panorama di giurisprudenza della Corte di Cassazione - Terzo Quadrimestre 2002 », *RDC*, 2003, núm. 3, parte seconda, pp. 313-330.

Reseña de jurisprudencia relativa a diferentes materias de Derecho privado. (M. R. D. R.)

— «Panorama di giurisprudenza della Corte di Cassazione - Primo Quadrimestre 2003», *RDC*, 2003, núm. 5, parte seconda, pp. 493-509.

Reseña de jurisprudencia relativa a diferentes materias de Derecho privado. (M. R. D. R.)

THÜSING, G.: «Unmittelbare Geltung von EG-Richtlinien im Anti-Diskriminierungsrecht», *NJW*, 48/2003, pp. 3441-3445.

Eficacia directa de las Directivas comunitarias antidiscriminación.

La presente contribución examina el debate sobre las consecuencias que derivan de la inactividad del legislador en la materia. (B. T. G.)

VV.AA.: «Technologíés avancéés», *GP*, 2004, núms. 21-22.

Número especial sobre la influencia de la tecnología en el derecho. Los delitos informáticos en la transmisión de datos. (I. S. P.)

VV.AA.: «Droit du cinèma», *GP*, 2003, núms. 131-133.

Número especial sobre la regulación del cine en Derecho francés, europeo e internacional: protección de medidas técnicas, tratados internacionales de cooperación, etc. (I. S. P.)

WURMNEST, W.: «Common Core, Grundregeln, Kodifikationsentwürfe, Acquis-Grundsätze – Ansätze internationales Wissenschaftlergruppen zur Privatrechtsvereinheitlichung in Europa», *ZEuP*, 2003, núm. 4, pp. 714-744.

El autor da cuenta de los diferentes grupos que trabajan para facilitar la unificación del Derecho Privado Patrimonial en Europa, distinguiendo, según su método; (I) los que buscan los elementos fundamentales (*Common Core*) que tienen en común los distintos ordenamientos; (II) los que buscan

elaborar una reglas fundamentales para el Derecho Privado; (III) los que pretenden hacer un proyecto de código civil o código contractual europeo, (IV) los que pretenden obtener del llamado *acquis communautaire* principios de un Derecho Privado europeo, y (V) los que pretenden obtener de los distintos ordenamientos un nuevo *ius commune*. (M. G.-R.)

## DERECHO MERCANTIL

### PARTE GENERAL. EMPRESA

BOSSHARD, M.: «Divieto di imitazione servile confusoria, marchio di forma e “nuova” privativa sul *design*», *CI*, 2003, núm. 1, pp. 303-318.

Nueva protección jurídica de los diseños y modelos industriales. (Alma R. G.)

CAMELI, S.: «Se la prestazione di servizi escluda la natura artigiana dell’impresa– osservazione a Cass. 21 giugno 2002, n. 8320», *GC*, 2003, núm. 11, pp. 2515-2516. (M. R. D. R.)

— «Successione nell’azienda, trasformazione di impresa individuale in impresa collettiva e continuità dei rapporti processuali– nota a Cass. 23 aprile 2002, n. 5899», *GC*, 2003, núm. 6, pp. 1332-1335. (M. R. D. R.)

COSUM, M.: «La nuova impresa agricola tra diritto agrario e diritto commerciale», *RDC*, 2003, núm. 1, parte seconda, pp. 73-100.

Análisis del artículo 2135 del Código civil tras las reformas impuestas por leyes especiales en relación con actividades empresariales agrícolas. (M. R. D. R.)

DI CATALDO, V.: «Biotecnologie e diritto. Verso un nuovo diritto, e verso un nuovo diritto dei brevetti», *CI*, 2003, núm. 1, pp. 319-394.

Artículo de dos partes, la primera dedicada a la biotecnología y los debates sobre esta materia y la segunda relativa a la disciplina de las patentes biotecnológicas. (Alma R. G.)

IANNARELLI, A./CANFORA, I.: «Le indagini comunitarie sulla struttura delle aziende agricole», *NLCC*, 2002, núm. 6, pp. 1135-1146.

Análisis del Reglamento núm.1444/02/CE, sobre la empresa agrícola y criterios técnicos para el desarrollo de la investigación en materia agrícola. (M. R. D. R.)

KIRCH, P./LE BRETON, G.: «Le nouveau régime de l’exception légale en droit communautaire de la concurrence: le défi reste entier pour le juge national et l’entreprise», *GP*, 2004, núms. 16-17, pp. 2-3.

Análisis de la influencia en el Derecho francés de los proyectos modernizadores de las reglas de competencia de la Comisión Europea de 1 de octubre de 2003. (*I. S. P.*)

LE CORRE, P. M.: «Présentation générale du projet de réforme des entreprises en difficulté: de l'avant-projet de loi de sauvegarde des entreprises», *GP*, 2004, núms. 56-57, pp. 4 ss.

Notas sobre el proyecto de reforma de las empresas en dificultades. Procedimiento de conciliación y procedimiento de salvaguarda. Modificaciones de las reglas comunes de la liquidación judicial. (*I. S. P.*)

RINCAZAUX, P. H.: «Actualité du droit communautaire de la concurrence», *GP*, 2003, núms. 180-182, pp. 2-17.

Estudio de los textos y la jurisprudencia del derecho a la competencia. La evolución de los textos. (*I. S. P.*)

RUGGIERO, D. G.: «Legati in favore dei legittimari e successione *ab intestato*», *DFP*, 2003, núm. 3, pp. 740-790.

A raíz de la reciente sentencia del Tribunal Supremo italiano de 15 de junio de 1999 se analizan las figuras jurídicas del legado en sustitución de la legítima y del legado a cuenta de la legítima. (*Alma R. G.*)

TEBOUL, G.: «Le plan de cession: actualité», *GP*, 2003, núms. 185-186, pp. 2-9.

Evolución jurisprudencial de la cesión de empresas. (*I. S. P.*)

VV.AA.: «Droits des affaires», *GP*, 2003, núms. 108-109.

Número especial sobre el derecho de los negocios en Francia: nuevas regulaciones y estudio de algunos términos del Código mercantil. (*I. S. P.*)

## DERECHO DE SOCIEDADES

ALLEVA, F.: «La riforma del diritto cooperativo italiano», *CI*, 2003, núm. 1, pp. 244-302.

Estudio de las modificaciones legislativas italianas civiles y procesales en relación con las sociedades de capital, en especial, con las cooperativas. (*Alma R. G.*)

BERTOLOTTI, G.: «Assemblea e invalidità delle deliberazioni nelle società di persone – nota a Cass. 7 giugno 2002, n. 8276», *GC*, 2003, núm. 5, pp. 1054-1062. (*M. R. D. R.*)

BEUTHIEN, V.: «Zur Systemvergessenheit im deutschen Gesellschaftsrecht», *JZ*, 20/2003, pp. 969-978.

Hacia el olvido del sistema en Derecho alemán de sociedades.

La contribución advierte sobre la tergiversación del concepto de supletoriedad y desaconseja, por asistemática, transmitir, mediante la llamada teoría de la supletoriedad, el régimen de responsabilidad del Derecho mercantil, a



las sociedades de Derecho civil en especial a aquéllas sin personalidad jurídica. (B. T. G.)

BOCCHICCHIO, F.: «Dissesti finanziari e statuto soggettivo degli intermediari: ritorno al passato con vincoli o controlli comportamentali?», *CI*, 2003, núm. 1, pp. 26-40.

El estatuto subjetivo de los intermediarios financieros y su responsabilidad. (Alma R. G.)

BUONOCORE, V.: «La società cooperativa riformata: i profili della mutualità», *RDC*, 2003, núm. 5, parte prima, pp. 507-525.

Reflexión sobre la figura de la sociedad cooperativa a través de un análisis legislativo, doctrinal y jurisprudencial: novedades de la reforma y su diferenciación con la mutualidad, definición de la figura, necesidades de los socios, gestión, autonomía estatutaria, etc. (M. R. D. R.)

CARIELLO, V.: «Primi appunti sulla c.d. responsabilità da attività di direzione e coordinamento di società», *RDC*, 2003, núm. 4, parte seconda, pp. 331-344.

Breves apuntes sobre la responsabilidad de gestión y dirección en materia societaria: cláusulas y fórmulas generales, supuestos concretos, legitimidad procesal activa del socio y de la sociedad. (M. R. D. R.)

CASELLI, G.: «I sistemi di amministrazione nella riforma delle s.p.a.», *CI*, 2003, núm. 1, pp. 149-163.

Los sistemas de administración en la reforma del Derecho de sociedades: tres modelos, la exclusiva competencia de los administradores, los actos *ultra vires*, la responsabilidad de los administradores, la acción social de responsabilidad ejercitada por los socios ... (Alma R. G.)

CAUSSAIN, J. J./DEBOISSY, F./WICKER, G.: «Droit des sociétés», *SJ*, 2004, núm. 3, I-103, pp. 71-76.

Disposiciones comunes y especiales en la constitución de sociedades. Restructuración de grupos de sociedades. (R. A. R.)

CONTE, G.: «Osservazioni sul nuovo regime di disciplina delle invalidità delle deliberazioni assembleari», *CI*, 2003, núm. 2, pp. 646-666.

Análisis de la nueva disciplina de las causas de nulidad o de invalidez de las deliberaciones asamblearias. (Alma R. G.)

CORAPI, D.: «La riforma italiana delle società di capitali: modelli continentali, modelli di *common law*, modello comunitario», *RDC*, 2003, núm. 5, parte prima, pp. 527-546.

Comentario, con notas de Derecho comparado, sobre la reforma italiana de la sociedad de capital introducida por la Ley 3 de octubre de 2001, núm. 366, y el Decreto Legislativo de 17 de enero de 2003, núm. 6: tipos y modelos de sociedad de capital en el sistema italiano, el modelo francés, alemán, anglosajón y la ausencia de un modelo comunitario. (M. R. D. R.)

DONDERO, B.: «Réflexions sur les mécanismes d'autorisation des sûretés et garanties consenties par les sociétés anonymes», *RDS*, 2004, núms. 6 y 7, aff., pp. 405-413 y 485-490.

La necesidad de autorización previa del Consejo de administración de la sociedad anónima para constituir garantías. Inconvenientes de su necesidad. Consecuencias de la falta de autorización. Necesidad de un cambio legislativo. (*R. A. R.*)

EBERS, M.: «Company Law in Member States against the Background of Legal Harmonisation and Competition between Legal Systems», *ERPL*, núm. 4, 2003, pp. 509-518.

La contribución se centra en el Derecho de sociedades europeo, a partir de la sentencia del TJCE de noviembre de 2002, en el caso *Überseering*. El autor pone de manifiesto que en Europa conviven y compiten distintas concepciones del Derecho de sociedades, y propone soluciones para solucionar los problemas que de ello se derivan. (*M. G.-R.*)

FACCHIN, N.: «Rilevanza dell'operazione di fusione-scissione nella disciplina dell'opa», *CI*, 2003, núm. 2, pp. 838-858.

La fusión como fenómeno de reorganización societaria. Relevancia de la fusión y de la escisión en la nueva disciplina de la opa preventiva. (*Alma R. G.*)

GENTILI, A.: «La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto», *CI*, 2003, núm. 2, pp. 667-724.

Artículo acerca de la reproducción, renovación y renegociación de los contratos. (*Alma R. G.*)

GIORGI, V.: «In tema di garanzie del cedente e di oggetto del contratto nella cessione di quota di S.r.l.», *NGCC*, 2003, núm. 1, pp. 143-148.

Comentario a sentencia judicial sobre el objeto del contrato de cesión de participaciones sociales. (*Alma R. G.*)

GRIECO, A.: «Patti parasociali e riforma societaria», *GC*, 2003, núm. 12, pp. 525-534.

Análisis de los pactos parasociales en la reforma de la sociedad de capital: duración, forma, publicidad, régimen sancionador en caso de falta de publicidad. (*M. R. D. R.*)

GUIDOTTI, R.: «Le imitazioni imposte agli organi sociali aventi funzioni di arbitri (anche con riferimento alla riforma delle società di capitali)», *CI*, 2003, núm. 1, pp. 211-225.

El arbitraje en el ámbito del Derecho de sociedades. (*Alma R. G.*)

LEONE, T.: «Il nuovo regime del falso in bilancio», *NGCC*, 2003, núm. 5, pp. 440-456.

La modificación del régimen de impugnación y de nulidad de los acuerdos que aprueban el balance falso tras la reforma del delito de balance falsificado. (*Alma R. G.*)

MALECKI, C.: «Prévenir ou guérir? Remarques sur les propositions des rapports AFEP/ANSA/MEDEF et CCIP relatives à la prevention des conflits d'intérêts», *RDS*, 2004, núm. 1, aff., pp. 43-47.

Normas sobre la prevención de conflictos en las sociedades anónimas. (R. A. R.)

MANES, P.: «Sui "patrimoni destinati ad uno specifico affare" nella riforma del diritto societario», *CI*, 2003, núm. 1, pp. 181-210.

Autonomía y separación del patrimonio en el ámbito de los patrimonios separados en las sociedades de capital. (*Alma R. G.*)

MARASÀ, G.: «Problemi della legislazione cooperativa e soluzioni della riforma», *RDC*, 2003, núm. 6, parte seconda, pp. 639-654.

Comentario del artículo 8 del Decreto Legislativo de 17 de enero de 2003, núm. 6, en relación con la Ley de 3 de octubre de 2001, sobre sociedad cooperativa y su diferencia con la sociedad mutualista. (*M. R. D. R.*)

MAYAUD, Y.: «Appel à la raison ou pour une approche coherente de la prescription de l'abus de biens sociaux», *RDS*, 2004, núm. 3, aff., pp. 194-199.

Estudio a propósito de la sentencia de la Corte de Casación penal francesa de 8 de octubre de 2003 sobre la no prescriptibilidad del delito de abuso de bienes sociales. (R. A. R.)

MOSCATI, M. A.: «La violazione degli obblighi di correttezza e di buona fede come giusta causa di recesso del socio di una s.n.c.», *NGCC*, 2003, núm. 1, pp. 129-137.

Algunas cuestiones sobre la disciplina del desistimiento en la normativa de sociedades: el desistimiento ordinario y extraordinario, la regla de la corrección y de la buena fe como criterio de evolución interpretativa en la identificación de la justa causa en los contratos en general y, en concreto, la corrección, la buena fe y la justa causa en las sociedades personalistas. (*Alma R. G.*)

OPPO, G.: «Spunti problematici sulla riforma della società per azioni», *NGCC*, 2003, núm. 6, pp. 479-481.

Artículo dedicado a los aspectos problemáticos de la reforma de la sociedad por acciones: condición del socio y principios de los contratos, acuerdos de la junta, fraccionamiento del patrimonio social y principios de responsabilidad patrimonial y disciplina de los grupos de sociedades. (*Alma R. G.*)

PALAZZOLO, A.: «La telematica nelle riunioni societarie», *NGCC*, 2003, núm. 3, pp. 271-282.

Posibilidad de desarrollar las reuniones de los órganos societarios de naturaleza colegial en las sociedades de capital (Asamblea y Consejo de Administración) a distancia y a la vez en un mismo lugar, valiéndose de las modernas tecnologías informáticas. (*Alma R. G.*)

PAOLINI, E.: «Il gruppo cooperativo», *CI*, 2003, núm. 2, pp. 619-628.

El grupo cooperativo constituye una innovación aportada por el Decreto Legislativo de 17 de enero de 2003 en sede de reforma orgánica de las sociedades de capital y de las cooperativas. (*Alma R. G.*)

PAOLUCCI, L.: «Norme in materia di riordino della vigilanza sugli enti cooperativi», *NLCC*, 2003, núms. 4-5, pp. 1155-1172.

Comentario al d.lgs. 2 agosto 2002, n. 220, sobre entidades cooperativas: modalidades, reconocimiento de capacidad jurídica, controles, inspecciones, procedimientos, certificación de balances, etc. (*M. R. D. R.*)

PATTI, S.: «Direzione e coordinamento di società: brevi spunti sulla responsabilità della capogruppo», *NGCC*, 2003, núm. 5, pp. 357-360.

Responsabilidad en materia de dirección y coordinación de sociedades. (*Alma R. G.*)

PROTO PISANI, A.: «I lineamenti del nuovo processo societario», *RDC*, 2003, núm. 5, parte prima, pp. 547-558.

Reflexión sobre el Decreto Legislativo núm. 5, acerca del procedimiento en materia de Derecho societario e intermediarios financieros, también en el ámbito bancario y crediticio, para desarrollar el artículo 12 de la Ley de 3 de octubre de 2001, núm. 366. (*M. R. D. R.*)

RADUSZYNSKI, F.: «Les sociétés cotées à l'épreuve des négligences médiatiques: aspects de droit des marchés financiers et de droit de la communication», *GP*, 2004, núms. 77-78, pp. 2-8.

Derechos y obligaciones de las sociedades registradas. Las sanciones de las negligencias mediáticas. (*I. S. P.*)

REDI, I.: «La notizia circostanziata dell'avvenuta trasformazione della società è sufficiente ad integrare la comunicazione di cui all'art. 2499 cod. civ.», *NGCC*, 2003, núm. 2, pp. 306-308.

Comentario a sentencia judicial sobre el concreto contenido de la comunicación a los acreedores sociales de la sobrevenida transformación de la sociedad personalista en sociedad de capital. (*Alma R. G.*)

RIVOLTA, G.: «Ricerca biotecnologica e impresa sociale», *RDC*, 2003, núm. 3, parte prima, pp. 239-250.

Reflexión sobre la relación investigación tecnológica y empresas sociales, o con finalidad de utilidad social, especialmente en los casos de entidades sin ánimo de lucro. (*M. R. D. R.*)

SALVATORE, L.: «La riforma del diritto societario: il "nuovo" diritto di recesso nelle società di capitali», *CI*, 2003, núm. 2, pp. 629-645.

El derecho de desistimiento es concebido como un derecho fundamental de tutela de la minoría: expresión de su interés a la liquidación de la cuota. (*Alma R. G.*)

SANNA, V.: «La società di capitali non iscritta alla luce della riforma del diritto societario», *RDC*, 2003, núm. 6, parte seconda, pp. 655-689.

Comentario acerca de la reforma introducida por la Ley de 3 de octubre de 2001, núm. 366, en materia de sociedad de capital, en especial respecto de la sociedad de capital no inscrita en el Registro Mercantil: naturaleza jurídica y efectos en diversos ámbitos. (*M. R. D. R.*)

SBISÁ, G.: «Responsabilità della capogruppo e vantaggi compensativi», *CI*, 2003, núm. 2, pp. 591-606.

Nuevo Derecho de sociedades: el fenómeno del grupo de sociedades y los problemas que lleva consigo, la información contable en los grupos de sociedades, presupuestos y naturaleza jurídica de la responsabilidad del *holding* ... (*Alma R. G.*)

SEBASTIO, F.: «La nozione di controllo societario secondo la disciplina anti-trust ed obbligo di informativa al pubblico a carico della fondazione bancaria controllante la società bancaria – nota a Cass. 2 agosto 2002, n. 11591», *GC*, 2003, núm. 4, pp. 690-694. (*M. R. D. R.*)

SILVETTI, M.: «L'invalidità della deliberazione derivante da irregolare od omessa convocazione dell'assemblea nella nuova disciplina delle società azionarie», *FI*, 2004, núm. 1, pp. 177-183.

Invalidez de los acuerdos de la asamblea en las sociedades de capital a causa de un defecto formal de la convocatoria de aquélla. (*Alma R. G.*)

SPADA, P.: «Classi e tipi di società dopo la riforma organica (guardando alla nuova società a responsabilità limitata)», *RDC*, 2003, núm. 5, parte prima, pp. 489-505.

Reflexión sobre la figura de la sociedad de responsabilidad limitada tras la reforma: naturaleza jurídica, tipos, objeto, límites legales de la autonomía estatutaria, etc. (*M. R. D. R.*)

TONELLO, M.: «Il divieto di prestiti personali agli amministratori di società italiane quotate negli Stati Uniti. Il caso del Sanpaolo IMI», *CI*, 2003, núm. 2, pp. 537-549.

Artículo sobre la prohibición a las sociedades de cuotas de conceder préstamos o financiación personal a los propios administradores o miembros de los comités ejecutivos. (*Alma R. G.*)

TUOZZO, M.: «Revisione contabile e responsabilità civile», *CI*, 2003, núm. 2, pp. 550-563.

Responsabilidad de las sociedades en el caso de revisión contable voluntaria. (*Alma R. G.*)

#### INSTITUCIONES Y AGENTES AUXILIARES DEL TRÁFICO

COURET, A.: «Banques d'affaires, analystes financiers et conflits d'intérêts», *RDS*, 2004, núm. 5, aff., pp. 335-340.

Estudio a propósito del caso LVMH c/ Morgan-Stanley del Tribunal de Comercio de París de 12 de enero de 2004. (*R. A. R.*)

PIEDELIEVRE, S.: «Demarches sur les nouvelles regles relatives au démarchage bancaire et financier», *GP*, 2003, núms. 269-270, pp. 2-8.

Redefinición de las técnicas bancarias y financieras a través de *internet*. Obligaciones a cargo del corredor. (R. A. R.)

## CONTRATOS MERCANTILES

ALPA, G.: «Quando il segno diventa comando: la “trasparenza” dei contratti bancari, assicurativi e dell’intermediazione finanziaria», *RTDPC*, 2003, núm. 2, pp. 465-491.

Análisis de las novedades legislativas, doctrinales y jurisprudenciales en relación con la transparencia contractual en el sector bancario, asegurador y de intermediarios financieros. Especial referencia a la venta a distancia de servicios y productos financieros. (M. R. D. R.)

BIGOT, J.: «La loi Bachelot et l’assurance. Loi n°. 2003-699 du 30 juillet 2003», *SJ*, 2003, núm. 41, I-167, pp. 1773-1777.

La prevención y la reparación de riesgos tecnológicos y de riesgos naturales. (R. A. R.)

—«Droit des assurances», *SJ*, 2003, núm. 53, I-184, pp. 2185-2192.

Diversos aspectos del seguro. Los seguros en general. El seguro de automóvil. Seguros de personas y de responsabilidad civil. Los intermediarios del seguro. (R. A. R.)

GAGGERO, P.: «L’armonizzazione in ambito comunitario della disciplina dei contratti nel settore bancario e finanziario. Note minime», *NGCC*, 2003, núm. 1, pp. 35-56.

Las perspectivas de la armonización comunitaria de los contratos bancarios y de los intermediarios financieros. (Alma R. G.)

GUÉGAN-LÉCUYER, A.: «Le nouveau régime d’indemnisation des victimes de catastrophes technologiques», *RDS*, 2004, núm. 1, pp. 17-20.

Disposiciones de la nueva Ley núm. 2003-699 relativas a las indemnizaciones rápidas a las víctimas de catástrofes tecnológicas y naturales. (R. A. R.)

LECOURT, A.: «Franchise et internet: des rapports contractuels délicats», *RDS*, 2004, núm. 9, aff., pp. 623-628.

Estudio a propósito de la Corte de Apelación de Burdeos sobre contrato de franquicia y daños al contratante. (R. A. R.)

VINCENT, C.: «Portée de la garantie de l’auteur de l’offre de reprise assortie d’une faculté de substitution», *RDS*, 2004, núm. 10, aff., pp. 686-691.

Naturaleza de garantía personal de la oferta realizada garantizando la sustitución de la empresa en dificultades. (R. A. R.)

## DERECHO CONCURSAL

CABRILLAC, M./PÉTEL, P. H.: «Redressement et liquidation judiciaires des entreprises», *SJ*, 2004, I-115, pp. 390-398.

Estudio de los problemas procesales desde la apertura del procedimiento hasta los efectos del juicio. (*R. A. R.*)

MILITERNI, G. M.: «Inopponibilità al fallimento dei documenti privi di data certa e rilevanza del documento come semplice fatto storico», *NGCC*, 2003, núm. 3, pp. 461-463.

Inoponibilidad de los documentos privados al declarado en quiebra. El problema de la fecha cierta. (*Alma R. G.*)

SIMIONATO, A.: «Il termine annuale per l'estensione del fallimento al socio occulto», *NGCC*, 2003, núm. 2, pp. 223-230.

Declaración de quiebra de un pretendido socio «oculto» de la sociedad comanditaria simple. (*Alma R. G.*)

TUOZZO, M.: «Due note brevissime in tema di fallimento», *CI*, 2003, núm. 1, pp. 41-48.

Nuevas perspectivas en tema de reparación de los daños a la persona del declarado en quiebra. (*Alma R. G.*)

ABREVIATURAS

AcP	Archiv für die civilistische Praxis.
Am. J. Comp. L.	American Journal of Comparative Law.
Cal. L. Rev.	California Law Review.
Cambridge. L. J.	Cambridge Law Journal.
CI	Contratto e Impresa.
Col. L. Rev.	Columbia Law Review.
DFP	Il diritto di famiglia e delle persone.
Dir. Aut.	Il Diritto di autore.
ERPL	European Review of Privat Law.
FI	Il Foro Italiano.
GC	Giustizia Civile.
GP	Gazette du Palais.
Harvard L. Rev.	Harvard Law Review.
JuS	Juristische Schulung.
JZ	Juristen Zeitung.
L. Q. R.	The law Quaterly Review.
Mod. L. Rev.	The Modern Law Review.
NGCC	La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata.
NJW	Neue Juristische Wochenschrift.
NLCC	Le Nuove Leggi Civili Commentate.
N. Y. Univ. L. Rev.	New York University Law Review.
Oxford J. Legal Stud.	Oxford Journal of Legal Studies.
Rass. Dir. Civ.	Rassegna di Diritto Civile.
RDC	Rivista di Diritto Civile.
RDImm	Revue de droit immobilier.
RDS	Recueil Dalloz Sire.
RIDA	Revue Internationale du Droit d' auteur.
RTDC	Revue Trimestrelle de Droit Civil.
RTDPC	Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile.
SJ	La Semaine Juridique.
Tul. L. Rev.	Tulane Law Review.
U. Chi. L. Rev.	University of Chicago Law Review.
Yale L. J.	Yale Law Journal.
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht.





# JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

## Sentencias comentadas

### De la *cura furiosi* en las XII Tablas, a la protección del disminuido psíquico en el Derecho actual. (A propósito de la STS de 20 de noviembre de 2002) <sup>1</sup>

**M.ª LOURDES MARTÍNEZ DE MORENTÍN LLAMAS**

**Profesora Ayudante. Doctora**

**Universidad de Zaragoza**

**SUMARIO:** I. *Proemio:* 1. Introducción. 2. Diferencias entre capacidad jurídica y capacidad de obrar. 3. Delimitación del tema.—II. *El pasado:* 1. Orígenes de la enfermedad mental. 2. Aportación de la cultura griega. 3. La protección del *furiosus* en las diferentes etapas de desarrollo del Derecho Romano. 3.1 Tutela y patria potestad. 3.2 Tutela y curatela. 3.3 Origen de la *cura furiosus*. 3.4 Evolución de la institución. 3.5 Examen de algunas fuentes. 3.6 Una cuestión terminológica. 3.7 La persona y los bienes del *furiosus*. 3.8 Constitución de la *cura*. 3.9 Extinción. 4. Conclusiones.—III. *La recepción:* 1. El Derecho Romano en los territorios peninsulares. 2. Del Derecho Romano a Las

---

<sup>1</sup> Los métodos empleados a la hora de realizar este trabajo, son los denominados por los romanistas *Dogmengeschichte*, e histórico-crítico. El primero consiste en el estudio de una institución desde sus orígenes romanos hasta su regulación actual. Este criterio metodológico trata de poner de manifiesto la aportación del Derecho Romano a los modernos ordenamientos civilísticos continentales. En concreto, tal y como se refleja en el título, al ordenamiento español. El segundo se basa en el análisis histórico-crítico de sus fuentes, para lo cual es necesario descubrir las modificaciones o correcciones formales o de fondo, introducidas en los textos originales de los juristas y las constituciones imperiales, en las diferentes épocas de desarrollo del Derecho Romano (Glosemas para las alteraciones experimentadas en la postclásica; Interpolaciones, para las sufridas a manos de los compiladores justinianeos). Sobre estos temas, de manera general, puede consultarse, LOZANO CORBI, *Roma y su gran aportación al mundo: el Derecho Romano*, Mira Edit., 3.ª edic., Zaragoza, 1997, pp. 131-133 y 109-126, y por su especialidad, autores y obras mencionados en sus notas a pie de página.

Partidas. 3. La protección del discapacitado en Las Partidas. 4. La Codificación en España.—IV. *El presente*: 1. Delimitación del tema. 2. Las personas que no pueden gobernarse a sí mismas. 3. De la protección prevista en el CC. 4. Sistema mixto en relación con el sistema de tutela imperante en nuestro ordenamiento, o el viejo dilema entre tutela de familia-tutela de autoridad. 5. Críticas a la Ley de 1983 de reforma del CC en esta materia. 6. La STS de 20 de noviembre de 2002.—V. *Conclusiones finales*.

## I. PROEMIO

### 1. Introducción

Los enfermos y la enfermedad mental, han despertado desde siempre reacciones muy contradictorias. Para poder ocuparse de este tipo tan peculiar de patología, la Medicina ha tenido que crear una disciplina que sea capaz de introducirse donde el resto de las ciencias no podía: en el *Alma humana*<sup>2</sup>.

Con estas palabras que hago mías, quiero comenzar este trabajo dedicado a los discapacitados psíquicos, en este año 2003 que se nos acaba, declarado por el Consejo de la Unión Europea como año de las personas con discapacidad. El Consejo indicaba en la Exposición de Motivos «el Consejo y los representantes de los Gobiernos reafirman los derechos humanos básicos de las personas con discapacidad en lo relativo a la igualdad de acceso a las actividades sociales y económicas», y en el artículo 3 de la Decisión 2001/1903/CE se adoptó la medida de la realización de encuestas y estudios de ámbito comunitario, por lo que quizá pueda contribuir este artículo, a colaborar en dicho objetivo.

Siguiendo esta idea, me gustaría tratar de aquellos estados patológicos con repercusión en el ámbito jurídico. En especial, de los supuestos que de manera permanente impiden el autogobierno de la persona y de su patrimonio y dejando fuera, por tanto, la enfermedad física, por no ofrecer dudas la consideración de la capacidad de obrar de estas personas<sup>3</sup>. No pasa lo mismo con el enfermo psíquico, pues para complemento e incluso sustitución de su limitación en la capacidad de obrar, hay que idear y poner en marcha todo el entramado jurídico de dos mecanismos: la declaración de incapacidad y la tutela e instituciones afines.

---

<sup>2</sup> Estas palabras abren las páginas del tratado de *Psiquiatría y Derecho. Dos ciencias obligadas a entenderse (Manual de Psiquiatría forense)*, Edit. Cauce, Madrid, 1997, cuyos autores son J. CABRERA y J. C. FUERTES. En su primera versión de 1986, llevó el título de *Manual de Psiquiatría Forense*, y en la segunda, de 1994, *La enfermedad mental ante la ley*, que es a la que voy a referirme a partir de ahora (CABRERA-FUERTES).

<sup>3</sup> La enfermedad física, sólo influye en casos determinados, como los supuestos del artículo 681.3 CC sobre la posibilidad de ser testigos en testamentos, cuando se necesita precisamente el sentido que falta, oído, visión, etc. Habiendo sido sustituida la sordomudez de nuestro CC. tras la reforma del 83, por «alteraciones en la percepción que alteran gravemente la conciencia de la realidad», desaparece como causa de incapacitación por lo que no la voy a citar.

## 2. Diferencias entre capacidad jurídica y capacidad de obrar

La primera distinción en relación con el Derecho Romano surge al establecer las diferencias entre lo que se puede llamar capacidad jurídica (personalidad) y capacidad de obrar, a sabiendas de que los romanos nunca emplearon esos términos<sup>4</sup> sino que otorgaron lo que nosotros hoy llamamos capacidad jurídica a aquellas personas en las que confluía un triple *status*: *status libertatis*, *status civitatis*, *status familiae*. En Roma para ser sujeto de derechos era necesario ser persona, pero no era suficiente. Debía concurrir en esa persona un triple *status*. Es decir, sólo aquellas personas libres, ciudadanas romanas y *sui iuris*, poseían capacidad jurídica, existían para el derecho, de manera que si no poseían ese triple *status* no podían ostentar derecho alguno. Estaríamos hablando del *paterfamilias*. Sin embargo ese *sui iuris*, esto es el cabeza de familia<sup>5</sup> en el sentido romano del término<sup>6</sup> podía ser un menor de edad, incluso un recién nacido, por lo que habría que nombrarle un tutor hasta llegar a la edad en que se consideraba apto para actuar en el ámbito jurídico. Pero podía también serlo un *furiosus*, una persona mayor, privada de juicio, un discapacitado psíquico diríamos hoy, por lo que se haría necesario crear un mecanismo jurídico tendente a su protección. La suya (de su persona) y la de sus bienes<sup>7</sup>. Ocorre de manera bien distinta en nuestro Derecho, donde capacidad jurídica y personalidad vienen a ser una misma cosa. Personalidad jurídica se tiene desde el momento de nacer (si se cumplen los requisitos previstos en el art. CC.<sup>8</sup>). Se es

<sup>4</sup> Más bien es la Escuela de los Comentaristas la que inventa esos términos.

<sup>5</sup> Falta un nombre técnico para designar al sujeto de derecho en Roma, pero sí existe un titular de relaciones jurídicas, cuyo exponente es el jefe de familia el *paterfamilias*. En este sentido, PANERO, *Derecho Romano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 205.

<sup>6</sup> Esto es, el que ostentaba el poder absoluto sobre determinadas personas y bienes. Sobre *manus*, *potestas* y *dominica potestas*, véase GARCÍA GARRIDO, *Diccionario de jurisprudencia romana*. También GAYO, I, 55, *Item in potestate nostra sunt liberi nostri quos iustus nuptiis procreavimus. Quod ius proprium civium Romanorum est*. Según un texto del Ulpiano (D. 50.16.195.2) *et cum pater familias moritur quotoquoque capita capita ei subiecta fuerint, singulas familias incipiunt habere*, a la muerte del padre los hijos de familia pasan a ser padres y a tener sus propias familias. Puede consultarse IGLESIAS, *Derecho Romano. Historia e instituciones*, 10.ª edic., Ariel, Barcelona, 1990, pp. 500 a 501, y toda la bibliografía referida en notas 10 a 14 a pie. También SCHULZ, *Principios del Derecho Romano*, Traducc. M. Abellán, Civitas, Madrid, 1990, para el significado de las palabras, y ausencia de definiciones, pp. 66 ss. Es definitiva la remisión al título 16 del libro 50 del Digesto *De verborum significatione* (sobre todo, D. 50.16.195 y 215).

<sup>7</sup> También podía darse el supuesto de personas que sin tener capacidad jurídica (personalidad, diríamos hoy) tenían capacidad de obrar. Sería el caso de los esclavos o de los hijos de familia. Todos sus actos revertirían en el *paterfamilias*. Debido a la peculiaridad de la familia romana como puede verse, los romanos no necesitaron de la representación directa o inmediata tal y como hoy la entendemos. En este sentido, ÁLVAREZ SUÁREZ, *Instituciones de Derecho Romano, I. Introducción histórica. Conceptos fundamentales. Hechos y negocios jurídicos*, Madrid, 1973.

<sup>8</sup> Al respecto sobre capacidad jurídica y de obrar, y comienzo y fin de la personalidad, LACRUZ, *Elementos de Derecho Civil, I Parte general*, vol. segundo, Personas, nueva edición revisada y puesta al día por Delgado Echeverría, Dykinson, Madrid, 1998, pp. 1 a 7 y 11 a 23.

<sup>9</sup> Del latín *persono*, verbo compuesto a su vez de *per* (a través de) y *sonare* (emitir o producir algún sonido), de ahí – *persona-ae*, máscara de teatro que utilizaban los griegos en sus representaciones. Su desarrollo posterior, implica, la máscara misma, el personaje, el carácter determinado de alguien *Dictionnaire etymologique de la Langue Latine. His-*

persona<sup>9</sup>, luego se tiene personalidad<sup>10</sup>. Por tanto desde el principio, en virtud de su nacimiento (sin necesidad de un triple *status* o algo parecido), toda persona tiene capacidad jurídica. Es sujeto de derechos protegidos por la Constitución. Pero es que además, en nuestro ordenamiento, puede haber casos en que no todo sujeto de derecho sea hombre –ser humano– ya que pueden tener este carácter ciertas organizaciones, agrupaciones y ordenaciones de bienes<sup>11</sup>. Un número determinado de personas, bien desde su nacimiento, o a lo largo de su vida ven limitada su capacidad de obrar debido a una incapacidad de tipo psíquico, deficiencia mental. Es sobre estas personas sobre las que se va a tratar a continuación: intentaré desarrollar cómo al igual que en el Derecho Romano, a través de la *cura furiosi*, se les dotaba de una protección, el ordenamiento actual también vela por estas personas desarrollando una serie de instituciones tendentes a dicho fin. De ahí que deba de precisar, que la curatela actual no se corresponde con el *curator* romano. El *curator furiosi* romano es más bien un tutor específico del ordenamiento actual.

### 3. Delimitación del tema

Dada la amplitud de este tema me voy a centrar en el examen de algunos aspectos relacionados con la discapacidad psíquica, en concreto voy a intentar delimitar sólo el concepto de *furiosus*, su protección en el Derecho Romano<sup>12</sup>, y el instituto creado a propósito para ello, (la *cura furiosi*), dejando al margen otros muchos aspectos que nos llevarían casi a la realización de una monografía, dada su extensión y complejidad. La curatela del *furiosus* en Derecho Romano, bien podría ser, con matices, el precedente de la protección jurídica del incapacitado en el Derecho actual<sup>13</sup>.

El Derecho Romano es lacónico sobre la *cura furiosi*, ya que no existen muchos datos procedentes de las fuentes. Sin embargo, no parece descabellado acudir a la regulación sobre la tutela por su gran afinidad (cuestión que trataré en este lugar) y sobre la que sí se encuentran gran número de textos

---

*toire des mots*, ERNOUT et MEILLET, 4<sup>ème</sup> edit., 2<sup>ème</sup> tirage, CNRS, París, 1967. También en este sentido, VARRÓN, *De Lingua Latina*, 8, 20.

<sup>10</sup> En este sentido O'CALLAGHAN, «La tutela. Actos personalísimos», en VV.AA., *La protección jurídica del discapacitado. I Congreso regional*, Valencia, 2003, p. 155, «la capacidad jurídica la tiene todo ser humano desde el nacimiento hasta la muerte y es coincidente con el concepto de personalidad jurídica».

<sup>11</sup> Que por contraposición al hombre –persona física– se les suele llamar personas jurídicas.

<sup>12</sup> Debo dejar fuera de este trabajo el estudio de variadas cuestiones, en parte porque ya han sido realizadas por algunos autores, y en parte porque excedería de mi objetivo. Remito por ello al examen de todas ellas a diferentes obras y autores que iré mencionando a lo largo de esta exposición. En primer lugar a: Laura SANZ, *La tutela del Código Civil y su antecedente histórico. La tutela romana*, Universidad San Pablo, CEU, Dykinson, Madrid 1998, en donde, de manera general y creo que con acierto, va comparando el Derecho Romano en sus diferentes fases, y el CC tras la reforma de 1983.

<sup>13</sup> La autora, por otra parte, dedica gran cantidad de páginas a la tutela *impuberum* o del menor, pero también se refiere a la tutela *mulierum* con profusión de datos. La tutela de la mujer no existe en nuestro ordenamiento. Quizá un residuo histórico sería la exigencia de la autorización marital en determinados actos que llevaba a cabo la mujer hasta una época relativamente reciente como es 1975, Aurelia María ROMERO COLOMA, *El matrimonio y sus crisis jurídicas: problemática civil y procesal*, Serlipost, Barcelona, 1990.

antiguos. Por su parte el ordenamiento civil actual no varió mucho el tratamiento de esta materia hasta la Ley de reforma del CC de 1983.

## II. EL PASADO

### 1. Orígenes de la enfermedad mental

El planteamiento teórico de la enfermedad mental ha evolucionado históricamente estando los primeros intentos para explicar la enfermedad mental basados en la influencia maligna que otros seres, humanos o sobrenaturales ejercían sobre el individuo. En los pueblos primitivos no se distinguía entre las enfermedades del espíritu y del cuerpo, de la misma manera que no había una distinción clara entre medicina, magia y religión. Los dioses y los poderes divinos serían los responsables directos de la enfermedad que no se consideraría como tal sino como una especie de castigo divino. La posesión se empleaba frecuentemente para explicar todo tipo de trastornos. Por ejemplo, para algunos pueblos la enfermedad mental sería la respuesta de las fuerzas sobrenaturales ante la violación de determinados tabúes, el olvido de ciertos rituales, o por una simple pérdida de buenas relaciones con las divinidades. Ante esa visión de la enfermedad, los remedios empleados<sup>14</sup> fueron la práctica de rituales, el empleo de fórmulas mágicas, o la recitación de determinadas palabras, siempre las mismas<sup>15</sup>, y las prácticas sugestivas para conseguir la expulsión del espíritu dañino. También se utilizaron preparados vegetales y ciertas técnicas quirúrgicas como la trepanación. Puesto que en estas culturas primitivas destacaba el sentimiento unitario en relación con el ser humano, alma y cuerpo formarían un todo indivisible, la materia y el cuerpo se autoinfluirían creando estados a veces incomprensibles<sup>16</sup>, demenciales.

### 2. La aportación de la cultura griega

Puede decirse que con la llegada de la civilización griega nació la medicina científica y racional<sup>17</sup> tal y como hoy la entendemos; sin embargo la creencia

<sup>14</sup> Terapéuticas dicen CABRERA y FUERTES, en *Psiquiatría y Derecho*, p. 17.

<sup>15</sup> Que impregnaron incluso el derecho. Hasta el punto como relata el mismo Gayo, *Instituciones* (G. 4, 11) que al hablar de los medios empleados para litigar en la época más antigua, antes de las XII Tablas, que si decías una palabra en vez de otra (cepas, en vez de árboles), se te denegaba la acción de ley prevista para ello.

<sup>16</sup> De la misma manera que los dioses favorecerían a los mortales con la fortuna, la salud, o la victoria en la batalla, éstos a su vez deberían contentarles con la práctica de sacrificios, derramando sangre, ofreciendo holocaustos, las primicias de cosechas, ganados, incluso el primogénito, etc. Son innumerables los ejemplos en la literatura no jurídica. Que los sacrificios humanos fueron una práctica habitual para aplacar la ira de los dioses puede consultarse en fuentes históricas diversas. Remito, a GEHRARD HERM, *Los fenicios*. Ed. Destino, Barcelona, 1976. La consulta de las entrañas de los animales y el examen de los designios divinos a través de las circunstancias normales como el vuelo de las aves (augurios) fue una constante, véase entre otros, LIVIO, por ej. I-III, Gredos, Madrid, 1990, p. 170.

<sup>17</sup> Permaneciendo muchos de sus conceptos y planteamientos inalterables casi hasta nuestros días. En la actualidad el desarrollo de estas materias ha sido espectacular. Remito a la extensa bibliografía referida sobre el tema en CABRERA-FUERTES, *Psiquiatría y Dere-*

popular sobre el origen sobrenatural de ciertas enfermedades continuaba estando presente<sup>18</sup>. Es en esta época cuando la enfermedad mental comenzó a dejar de ser considerada como una enfermedad divina para pasar a ser considerada dentro del grupo de las llamadas enfermedades naturales. Como muestra del avance y de la importancia de la medicina griega baste citar aquí a autores como Alcmeón de Crotona<sup>19</sup>, Hipócrates de Cos<sup>20</sup> o Aristóteles<sup>21</sup>.

Con la llegada del Imperio Romano las ciencias naturales y la filosofía sufrieron un relativo abandono produciéndose el predominio de las ciencias sociales y el derecho. Los médicos romanos fueron meros continuadores de las teorías y técnicas griegas; no obstante aparecieron figuras tan destacadas como las de Asclepiades<sup>22</sup>, Cornelio Celso<sup>23</sup>, Areteo de Capadocia<sup>24</sup>, Sorano de Efeso<sup>25</sup> y Galeno<sup>26</sup> que fue, sin duda, el que más influyó en la medicina de su época, y cuyas teorías se han considerado verdaderos dogmas de fe casi hasta nuestros días<sup>27</sup>.

### 3. La protección del *furiosus* en las diferentes etapas del Derecho romano<sup>28</sup>

Según el jurista Gayo (G.3.106) la enfermedad mental (*furor*) hace que el que la sufra carezca por completo de capacidad negocial y delictual. En

---

cho. pp. 497-509. También es recomendable para la consulta de diversos términos, o aclaraciones, el *Diccionario de Psiquiatría*, de A. POROT, Ed. Labor, S. A., Barcelona, 1977.

<sup>18</sup> Para los médicos griegos la enfermedad tenía su origen en la «discrasia» o alteración de los cuatro humores fundamentales: sangre, bilis negra, bilis amarilla y flema.

<sup>19</sup> Su obra *De la naturaleza*, fue escrita en el 500 adC.

<sup>20</sup> Vivió del 460 al 355 adC y fue quien efectuó una de las primeras clasificaciones de las enfermedades mentales en: epilepsia, manía, melancolía y paranoia.

<sup>21</sup> (384-322 adC) Para quien la enfermedad mental era de origen físico, dividiendo el alma en racional e irracional y abandonando la teoría de la separación materia-espíritu y las consideraciones que atribuían todo lo malo a la materia y lo bueno al espíritu. El ser humano será un todo formado por ambos elementos, buenos en sí, *Moral a Nicómaco* (postura que posteriormente adopta Tomás de Aquino y que está presente en toda la teología de la cristiandad) y esbozando el primer concepto de «abreacción» como forma de tratamiento de la enfermedad mental).

<sup>22</sup> Incorpora los baños, la música y un curioso artefacto que denominó la cama suspendida, a la terapia psiquiátrica.

<sup>23</sup> Hacia el 25 adC. Se le considera como el Hipócrates latino. En su obra *De re medica* al hablar de la enfermedad mental considera como forma de tratamiento el susto, el hambre, las cadenas y cierta dosis de crueldad para devolver al hombre a sus cabales, tal y como relata E. ACERKNECHT, *Sobre historias de la Psiquiatría*, Ed Universitaria de Buenos Aires, cit., por CABRERA-FUERTES, *Psiquiatría y Derecho*, p. 18.

<sup>24</sup> Describe ya en el s. I ddC. con todo lujo de detalles lo que hoy llamaríamos la Psicosis Maníaco-Depresiva.

<sup>25</sup> Precursor de lo que más tarde se llamará la terapia moral y una de las figuras más importantes de la llamada medicina psicológica (90-138 ddC.). En la actualidad, en mi opinión, puede considerarse continuador de esta tendencia Víctor E. FRANK, *El hombre en busca de sentido*, Herder, Barcelona, 1995.

<sup>26</sup> En el 130-200 ddC.

<sup>27</sup> En palabras de CABRERA-FUERTES, *Psiquiatría y Derecho*, p. 18, «Supo aglutinar todos los conocimientos que le habían transmitido sus antecesores, creando la teoría de los tres espíritus: naturales, vitales y animales; situó el alma racional en el cerebro y la irracional en el corazón en el hombre y en el hígado en la mujer».

<sup>28</sup> Además de los principales manuales de Derecho romano y bibliografía especializada que se irá señalando, he consultado: el *Vocabularium Iurisprudentiae Romanae*, iussu

Roma se tomaron en consideración sólo los casos graves y notorios, estando el *furiosus* desde antiguo, sujeto a un curator tal y como observa Kaser<sup>29</sup>.

Los romanos empleaban este término para denominar al loco, pero no es muy aventurado afirmar que también dentro de ese término se podría estar haciendo referencia, de manera general, a todas aquellas personas que por uno u otro motivo tenían perturbadas sus facultades mentales, con independencia de la locura, si consideramos ésta en sentido estricto. Así, el término *furiosus*<sup>30</sup> del derecho romano sería un término de más amplio alcance que el de loco actual. Equivaldría al que nosotros llamamos incapaz en sentido amplio, es decir, a aquella persona discapacitada mentalmente aunque no medie previamente una sentencia de incapacitación<sup>31</sup>.

---

*Instituti Savigniani compositum (VIR)*, tomo I, de la A a la C, 1894-1903; II, de la D a la G, 1906-1933; III/1, de la H a la K, 1910-1968.; III/2, L a M, 1983; IV, N a Q, fasc. 1 y 2, 1914-1936, fasc. 3 y 4, 1985; V, de la R a Z, 1910-1939. Las "Doce tablas", en *Fontes Iuris Romani Antiqui pars prior: leges et negotia*, 6.ª ed., de Bruns, Lipsiae, 1893 (hay 7.ª edic. a cura del Grandenwitz, Tubinga, 1909, reimpresión, Aalen, 1958), y *pars posterior: scriptores*, Festo, *Custodela* en *Idem.*, y *Fontes iuris romani anteustiniani in usum scholarum ediderunt (FIRA)*, t. I., *Leges*, Riccobono, Florencia, 1941 (hay 2.ª edic. de 1968), *Encyclopedic Dictionary of Roman law*, Berger, Filadelfia, 1953. Gaius, *Institutiones*, edic. bilingüe a cargo de Hernández Tejero, Arias Bonet, Roset, Abellán e Iglesias, Civitas, Madrid, 1985, también en *Textos de Derecho Romano*, de VV.AA., dir. por Domingo, Aranzadi, Navarra, 1998, en concreto las *Doce tablas*, por VARELA; las *Institutiones* de Gayo, por A. D'ORS y DOMINGO. Del *Corpus Iuris*, la edic. de MOMMSEN (*Digesta*), KRÜGER (*Institutiones* y *Codex*) y SHÖLL y KROLL (*Novellae*) confrontada con la edic. bilingüe de GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo de Derecho civil romano*, 6 tomos, Barcelona, 1889. Para el *Digesto*, también he consultado la versión llevada a cabo por D'ORS, HERNÁNDEZ-TEJERO, FUENTESECA, GARCÍA GARRIDO y BURILLO en tres vol. I, lib. 1-19, II, lib. 20-36 y III, lib. 37-50, Pamplona, 1968, 1972 y 1975 respectivamente. Las monografías sobre cada uno de los aspectos tratados, viene reflejada a pie de página en cada momento oportuno. En general las obras de SOLAZZI referidas por BONFANTE en su *Corso di Diritto Romano*, I, *Diritto di famiglia*, Dott. A. Giuffrè Edit., Milano, 1963, p. 551, en nota a pie; esencial es la de RUDORFF, *Das Vormundschaftsrecht*, I-III, Berlin, 1921-34, y el comentario a la misma hecha por GLUK. Sobre el origen de la *cura*, DILIBERTO, *Studi sulle origini della «cuza furcosi»*. Ed. Jovene, Napoli, 1984. y los escritos del profesor DE VISSCHER, «Potestas et cura», en *Studii Perozzi*, Palermo, 1925, pp. 399 ss.

<sup>29</sup> KASER, *Derecho Romano privado*, versión directa de la 5.ª edic. alemana por J. Santa Cruz Teijeiro, 2.ª edic., Reus, S. A., Madrid, 1982, pp. 75, 296 y 297.

<sup>30</sup> Es *communis opinio* entre los romanistas, que en la Ley decemviral *furor* significaría enfermedad mental en general. Las diversas clases de locura según la religión, la medicina o las costumbres, tendrían la misma importancia en derecho. Las palabras *furiosus*, *demens*, *mentecaptus* son adoptadas como sinónimos en un gran número de textos según BONFANTE en nota a pie en su *Corso*, I, p. 647. A pesar de ello algunos autores establecen diferencias entre *furiosus* y *demens*, debidas al lenguaje tardío, consistentes en que mientras el segundo sería el que permanece tranquilo, el primero está alterado pero tiene intervalos lúcidos, diferencias que no afectarían a su tratamiento jurídico. Justiniano une ambos términos considerándose interpolados aquellos textos en los que no aparece así. Para las interpolaciones puede consultarse el *Index interpolationum quae Iustiniani Digestis inesse dicuntur* (tres tomos con suplemento), de MITTEIS, LEVY, RABEL y otros, Weimar, 1929, 1931, 1935. Por otra parte, se puede tener en cuenta la afirmación que hace Asclepiade médico personal y amigo de Craso, en el s. I adC., que ocupándose de la enfermedad mental, afirma que *insania* es un término popular y vulgar, mientras que *furor* es propio de la lengua más culta. No se pronuncia al respecto del tecnicismo del término X. D'ORS en «Sobre XII Tab. V, 7.ª: si furiosus escit...», en *AHD*, 50, 1980, p. 807. NARDI, por su parte, subraya este carácter más técnico del término *furiosus* en su *Squilibrio e deficienza mentale in diritto romano*, Milano, 1983, p. 70, en nota 9.

<sup>31</sup> Sobre la discapacidad psíquica no encuentro muchas referencias en el derecho antiguo, en todo caso, y aparte de las fuentes jurídicas que se irán examinando están las



## 3.1 TUTELA Y PATRIA POTESTAS

Hay que partir de la idea de que tutela y patria potestad son temas muy relacionados<sup>32</sup>, es decir, habiendo patria potestad no es necesaria la tutela, pues la tutela no es sino la transformación del poder del *paterfamilias* muerto en una autoridad ejercitada sobre los miembros familiares impúberes y los necesitados de protección. Se trata, por tanto, de una conexión al principio a los poderes familiares, estando socialmente considerada entre los *officia* morales más elevados<sup>33</sup>. Pero también tutela e incapacidad son temas muy relacionados entre sí. Tan unidos que en nuestro ordenamiento no surge el instituto de la tutela, si previamente no ha habido una declaración de incapacidad. En Roma, como hoy, la persona sujeta a tutela se llamaba pupilo. No se exigía declaración de incapacidad, sino que dándose por supuesta la falta de capacidad de obrar de estas personas, se les proveía de un *curator*, cuyo nombramiento y funciones serían como los del tutor.

La evolución histórica de la tutela romana es compleja y tiene todavía muchas lagunas; las razones están, en palabras de Fuenteseca, en que la roma-

---

literarias como CICERÓN, *De inven.*, 2, 50, 148, y *De har. resp.*, 17, 39, donde habla del *stulti insani*, aunque en el sentido del que se deja dominar por las pasiones con lo que no se puede entender aquí aplicable; se refiere a los que no son sabios en el sentido de la sabiduría estoica, ni tampoco el que tiene un acceso de locura en el transcurso o con motivo de una enfermedad, pues en este sentido ya PAULO, en D. 28.1.17, Paul 3 Sent. refiere que «el privado de juicio no puede durante el tiempo que dure la enfermedad de su cuerpo hacer testamento» (yo creo que no resulta imposible que el autor de las *Sententiae* con esa lacónica frase no estuviera haciendo referencia también a la enfermedad de la mente), en todo caso lo que se quiere mostrar es que cuando hablo de incapacidad mental me refiero a algo de tipo permanente, es decir, que aunque sea curable, produzca una verdadera incapacidad mientras dure. De la misma manera, VARRÓN en *De re rusticorum*, 1, 2, 8. Sobre la psiquis oriental antigua, puede consultarse RENAN en sus *Origines du Christianisme*, citado por BONFANTE, *Corso*, I, p. 646. Hay también algunos tratados de especialistas sobre el tema: en todo caso AUDIBERT, *Etudes sur l'Histoire du Droit Romain*, I, *La folie et la prodigalité en droit romain*, París, 1892, APPLETON, «Le fou et le prodigue en droit roman», *RGD*, 17, 1893, pp. 36 ss. y 232 ss. SOLAZZI, *Furiosus vel demens in Scritti di Diritto Romano* (1947 a 1950), Ed. Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1972, pp. 361—369; NARDI, *Squilibrio y deficiencia mentales in diritto romano*, Milano, 1983; DILIBERTO, *Studi sulle origini della «cura furiosi»*, cit. La bibliografía existente sobre los textos retóricos de Cicerón y del Autor de *ad Herennium* 1, 13, 23, es amplísima, y citada por DILIBERTO, *op. cit.*, pp. 2 y 3, por su importancia remito a su examen. Es posible que Hipócrates, en Grecia, examinase la enfermedad mental separándola de la esfera sacra, en base al encefalocentrismo y la lucha contra la medicina mágica. Él comenzaría a afrontar los primeros estudios no solamente empíricos sobre el tratamiento de la locura y su posible cura en el mundo antiguo. Véase en este sentido de las *Obras de Hipócrates*, a cura di VEGETI, *Morbo sacro* 1, 2, 5, 6, Torino, 1976, p. 297 ss. Es clásico todavía el trabajo de FARRINGTON, *Science and Politics in the Ancient World*, London, 1946, cit., por DILIBERTO, p. 35. Sobre el discapaz psíquico en la actualidad hay excelentes tratados de psiquiatría por lo que remito a su estudio o al apartado correspondiente donde se da una referencia detallada.

<sup>32</sup> En este sentido SOLAZZI, «La legge delle XII T. Sulla tutela e un'ipotesi del Bonfante», en *Scritti* 3, 1960, p. 219. LEVY-BRÜHL, «La tutelle des XII Tables», en *Studi in onore Solazzi*, Nápoles, 1948, p. 318 ss. LA PIRA, «La sostituzione pupillare» en *Studi in onore Bonfante* 3, Milano, 1923-30, p. 318; IGLESIAS, *Historia e Instituciones*, p. 543; Laura SANZ, *La tutela*, p. 13.

<sup>33</sup> Hasta el punto de que un menor incapaz, sujeto a tutela, no necesita ser previamente declarado incapaz, sino que la patria potestad es prorrogada siendo innecesaria la aparición de la tutela para hacer frente a una situación de discapacidad.

nística no ha logrado un cuadro evolutivo válido de la historia de la familia romana<sup>34</sup> y la tutela se encuadra, para este autor, dentro de este apartado<sup>35</sup>.

### 3.2 TUTELA Y CURATELA

Sobre la tutela en general, existen algunos datos procedentes de las fuentes; también se encuentran trabajos sobre todo de la doctrina romanística italiana<sup>36</sup>. Pero poco hay de la curatela de los locos y enfermos mentales. En realidad sobre el control jurídico (mejor decir, la protección jurídica) del enfermo mental, en derecho romano, hay más bien poco. El trabajo de O. Diliberto por ello arroja muchas luces sobre diferentes aspectos<sup>37</sup>. Hay algunas monografías italianas que afrontan *ex professo* el problema en cuestión desde la época antigua hasta nuestros días<sup>38</sup>. Pero a diferencia del italiano, poco se ha avanzado en derecho español<sup>39</sup>; la romanística española no se ha dedicado preferentemente a este tema<sup>40</sup>. Por el contrario, el derecho civil actual ofrece un panorama distinto con diversidad de trabajos.

Hechas estas consideraciones, parece razonable acudir a la tutela en general para, a partir de ella, entresacar, si las hay, las peculiaridades de la curatela de los *furiosi*. Pero son escasas las veces que se encuentra la palabra *furiosi* en los textos. ¿Quién es el *furiosus*? Según García Garrido lo es el loco o demente, el cual carece de voluntad y solamente tiene capacidad negocial en los llamados «intervalos lúcidos», es decir, cuando temporalmente recobra la salud mental<sup>41</sup>. Sobre el origen de la curatela hay que mencionar

<sup>34</sup> FUENTESECA en el «Prólogo» a la obra de VARELA, *De contutoribus*, edit. Madrid, 1979, p. VIII.

<sup>35</sup> Sobre la inclusión de la tutela dentro del derecho de familia también en el derecho actual, puede consultarse, GARCÍA CANTERO, «Los principios de la nueva normativa de la tutela», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia (RGLJ)*, julio 1985, pp. 85-102.

<sup>36</sup> Entre otros SOLAZZI-SITZIA, *voce* «Tutela e curatela» (*Diritto romano*), en *NNDI*, 19, Unione Tipografica, Edit. Torinese, 1973, pp. 912-919. Son tratados todos los aspectos relacionados en la bibliografía citada allí y recogida por F. Sitzia y D. Piattelli. En concreto sobre la curatela del *furiosus*, SITZIA, *op. cit.*, p. 918, núm. 14; también G. H. STEVENSON, *voz* «curator», *Oxford Class. Dictionary*, 1949, p. 245, y Archi, *voce* «curatela» (*Diritto romano*), en *Enciclopedia del Diritto*, vol. XIII, Dott. A. Giuffrè-Edit., Varese, 1964, pp. 930-955.

<sup>37</sup> Se trata, como ya he mencionado, de *Studi sulle origini della «cura furiosi»*, Jovene Ed., Napoli, 1984.

<sup>38</sup> En concreto NARDI, *Squilibrio e deficienza mentale in diritto romano*, cit.; BOARI, *Qui venit contra iura. Il furiosus nella criminalistica dei secoli XV e XVI*, Milano, 1983; VECCHIETTI, *Salute mentale e riforma sanitaria*, Milano, 1983; BRUSCUGLIA, *L'interdizione per infermità di mente*, Milano, 1983, citados por DILIBERTO, *Studi sulle origini della cura furiosi*, cit., p. 1.

<sup>39</sup> Pues en concreto sobre este tema sólo he encontrado el trabajo de X. D'ORS, «Sobre XII, Tab. V, 7.<sup>a</sup>: Si furiosus escit...», en *AHDE*, 50, 1980, pp. 520 ss., y el de GARCÍA VÁZQUEZ, «La polémica en torno al concepto del «furiosus»», en *Estudios Álvarez Suárez*, Madrid, 1978, pp. 190 ss.; GUILLÉN, *Vrbs Romana. Vida y costumbres de los Romaños*, III, *Religión y Ejército*, Salamanca, 1980, pp. 99 ss.

<sup>40</sup> Sí al tema de la tutela, como se ha visto, por ej. VARELA, *De contutoribus*, cit.

<sup>41</sup> GARCÍA GARRIDO, *Diccionario de jurisprudencia romana, «furiosus»*, Ed. Dykinson, Madrid, 1990, y ERNOUT-MEILLET, *Dictionnaire étimologique de la langue latine. Histoire des mots. «furor»*, 4<sup>me</sup> edit., C.N.R.S., Paris, 1967, p. 263: *Furiae*: personificación y divinización de las Furias. También sobre el concepto de *furiosus* véase GARCÍA ÁLVAREZ en *Estudios Álvarez*, 1978, pp. 185 ss., y NARDI, *Squilibrio e deficienza mentale in diritto romano*. cit.

las observaciones que hace el prof. De Visscher en relación con el derecho público<sup>42</sup> por lo que remito a sus trabajos; en lo que aquí respecta, se trata de poner de relieve los aspectos de la tutela que interesan a la esfera del derecho privado<sup>43</sup>.

Tutela y curatela, en palabras de Iglesias, son dos poderes sobre las personas que aun siendo *sui iuris*, no tienen la capacidad de entender y de querer que es necesaria para administrar convenientemente el propio patrimonio. La falta de capacidad puede ser total o parcial y fundada en razones de edad, sexo, enfermedad mental o debidas a la tendencia a la dilapidación<sup>44</sup>. En los primeros tiempos la tutela era atributo de la *manus* o *potestas*, como lo prueba el hecho mismo de que faltara entonces una denominación especial para distinguirla de tal poder. *Paterfamilias* y tutor eran una misma persona<sup>45</sup>.

Teniendo en cuenta las clases de tutela existentes en Roma y a pesar de que la doctrina romanística coincide en la dificultad de una única clasificación debido a la ambigüedad de la terminología, y de la enumeración que encontramos en las fuentes<sup>46</sup>, se podría hablar de tutela testamentaria, legítima y dativa<sup>47</sup>. Pero tener presente esta clasificación no es suficiente, pues ha de tenerse en cuenta la evolución que sufren cada una de ellas. Evolución lenta, acorde con el carácter romano que trataba de evitar en lo posible cualquier modificación drástica por la que no sentían simpatía alguna<sup>48</sup> y que llevará con el correr del tiempo, a ir conformando la tutela en general, como una institución protectora del pupilo y con independencia de cual haya sido su forma de constituirse, (voluntad testamento, ley o nombramiento del pretor) a una regulación unitaria de todas las clases de tutela tal y como se

<sup>42</sup> DE VISSCHER, «Potestas et cura», in *Studii Perozzi*, Palermo, 1925, pp. 399 ss.

<sup>43</sup> El que interese al derecho público este tema, no desdice de su ubicación dentro del derecho privado (a pesar de la discusión doctrinal existente), como observa GARCÍA CANTERO en «Notas sobre la curatela», *Revista de Derecho Privado (RDP)*, sept. 1-1984, pp. 465 ss.; en realidad las funciones del tutor o del curador vienen a suplir o a sustituir en caso de ausencia, a las funciones del padre, por lo que estas instituciones forman parte del Derecho de Familia.

<sup>44</sup> IGLESIAS, *Historia e instituciones*, p. 542.

<sup>45</sup> La potestad sobre los impúberes y sobre las mujeres no es más que un aspecto de la potestad general y unitaria del jefe familiar. IGLESIAS, *op. cit.*, p. 543. Por la misma razón es posible considerar que la potestad sobre los *furiosi* sería ejercida por el *paterfamilias*.

<sup>46</sup> Por ejemplo, G 1,188, *Ex his apparet, quot sint species tutelarum. Si vero quaeramus in quot genera hae species diducantur, longa erit disputatio, nam de ea re valde veteres dubitaverunt*, y EU 11.2-3 (Epitome Ulpiano) *tutores aut legitimi sunt aut senatusconsultis constituti aut moribus introducti. Legitimi tutores sunt, qui ex lege aliqua descendunt*, G. 1, 154, *Vocantur autem hi, qui nominatim testamento tutores dantur, dativi; qui ex optione sumuntur, optivi, 155, quibus testamento quidem tutor datus non sit, iis ex lege XII tab. agnati sunt tutores, qui vocantur legitimi, 165 ex eadem lege XII tabularum libertarum et impuberum libertorum tutela ad patronos liberosque eorum pertinet*.

<sup>47</sup> Valga por todos, Laura SANZ, *La tutela*, cit., pp. 81 ss.

<sup>48</sup> Recuérdese que los romanos no derogaban las leyes sino que éstas caían en desuso. Por tanto siempre podía ser invocada una ley anterior. Véase ARANGIO-RUIZ, *Historia del Derecho romano*, 4.<sup>a</sup> edic. Reus, S. A., Madrid, 1980, pp. 113 ss., en concreto la 115, al hablar de cláusulas extrañas al contenido de la ley, «destinadas a fijar las relaciones del nuevo precepto con otras leyes anteriores o posteriores, o, incluso con el conjunto del Derecho vigente [...]». La más frecuente era el *caput tralaticium de impunitate*, en el cual se declaraba que no debía ser castigado quien en obsequio a la nueva ley transgrediese una anterior. Este criterio se engancha perfectamente en la idea, immanente al pensamiento jurídico romano, de que toda ley tenía una eficacia perpetua [...].»

observa en la época compiladora<sup>49</sup>. Este lento proceso de homogeneización surgido a finales de la República, para culminar en la época compiladora, implica por ello mismo una complicada evolución de la institución<sup>50</sup>. En este sentido ya se había referido Schulz<sup>51</sup>.

### 3.3 ORIGEN DE LA CURA FURIOSI

Se ha señalado el interés que reviste la obra de Diliberto. Y ello por el examen exhaustivo que realiza de la figura que nos ocupa que sorprende ya desde el principio al abordar los orígenes de la cura del *furiosus*, con gran minuciosidad. Partiendo de la disposición relativa a la *cura furiosi* contenida en las XII Tablas (T.5.7a):

*Si furiosus escit, adgnatum gentiliumque in eo pecuniaque eius potestas esto*<sup>52</sup>, analiza tres aspectos que él articula en forma de capítulos. El primero sobre el *furiosus* en el sistema decemviral, sobre el que mantiene que está bajo la *potestas* de los agnados, son agnados los parientes por línea masculina. Sunt antem agnati per virilis sexus personae cognatione iuncti, quasi a patre cognati [...] (G.1, 156), y donde habla sobre los diferentes aspectos de las enfermedades mentales, su reconocimiento, avances de la medicina, etc., y la evolución que sufre desde la consideración de su origen divino a la de enfermedad mental, constatando que el primero que se percató de ello fue Hipócrates. La segunda parte la dedica a la comprensión del término *pecunia* en las XII Tablas. Frente a una concepción única, (esto es considerar que se trataría de todo el patrimonio tanto *familia*: esclavos, como *pecunia*: ganado, del *furiosus*), basada en hipótesis originales pero que contradicen los criterios filológicos y lingüísticos, (se atribuirían poderes amplísimos a los agnados sobre todos los bienes) considera que por *pecunia* hay que entenderse sólo los medios utilizables para finalidad de consumo o de cambio (el dinero, diríamos hoy) siguiendo la tesis mantenida por Guarino<sup>53</sup>, por lo que la *potestas* quedaría reducida a la persona y en cuanto a los bienes, sólo sobre una parte del patrimonio del *furiosus*<sup>54</sup>. Diliberto considera que el control de la alienación mental estaría siempre referido a una enfer-

<sup>49</sup> Justiniano da el mismo tratamiento a la tutela testamentaria y a la dativa, exigiendo en todo caso el nombramiento del pretor, por lo que parece que siempre es dativa, a la vez que equipara tutela y curatela. También unifica las acciones tutelares (*actio rationibus distrahendis, accusatio suspecti tutoris*), en la *actio tutelae*, IGLESIAS, *op. cit.*, pp. 543-544.

<sup>50</sup> Tal y como relata VARELA, *De contutoribus*, cit., p. 6.

<sup>51</sup> SCHULZ, *Derecho romano clásico*, traducc. de Sta. Cruz Teigeiro, Bosch, Barcelona, 1960, p. 155. Refiriéndose a la tutela decía: «El Derecho clásico en lo que respecta a sus características técnicas ofrece gran complicación: Los diferentes estadios histórico-legales: Derecho de las XII Tablas y leyes posteriores, Derecho pretorio y consular, Derecho de los Senadoconsultos y Constituciones Imperiales, hubieran debido ser coherentes y ordenados. Tales defectos fueron en parte atenuados en época postclásica». Por otra parte para la comprensión de las características del derecho clásico resulta esclarecedora la obra del mismo autor, *Principios del derecho romano*, Edit. Civitas, Madrid, 1990, el cual remite incansablemente a la de IHERING, *El espíritu del derecho romano en las diferentes fases de su desarrollo*, de consulta obligada.

<sup>52</sup> Cfr. con *Rhet. ad Her.* 1.13.23 y CICERÓN., *de inv.* 2.50.148.

<sup>53</sup> *Diritto privato romano*, Edit. Jovene, Napoli, 12.<sup>a</sup> edic., Nápoles, 2001.

<sup>54</sup> En este sentido, VARELA, en *Textos de Derecho romano*, p. 25, considera que la *pecunia* en la época de las XII Tablas, estaba constituida por el dinero y demás bienes de cambio. La *familia*, sin embargo, en la época decemviral, estaba formada por el resto del patrimonio más todas las personas que estaban bajo el poder del *paterfamilias*.

medad grave, definitiva. La *potestas* agnaticia se limitaría a la persona del *furiosus* y a los bienes muebles de cambio=dinero. El tercer capítulo lo dedica, una vez hechas esas apreciaciones, al origen de la cura del *furiosus*, que él ve en la necesidad de someter a custodia la persona del loco y administrar esos bienes que han quedado fuera de la *familia*. Por otra parte, trata a su vez de determinar la condición jurídica de los bienes no sometidos a la potestad de los agnados. Los bienes no considerados como *pecunia* no podían quedar abandonados. La, llamémosle, furia, podía resolverse en un lapso de tiempo limitado, pero también podía privar al sujeto de sus facultades intelectivas por un período largo de tiempo, podía incluso durar toda la vida. ¿Cuál era entonces la naturaleza del poder relativo a los bienes que no formaban parte de la *pecunia furiosi* en edad arcaica? Wlassak<sup>55</sup> formuló la hipótesis de que se abriese la sucesión anticipada y provisional para la *familia* del *furiosus*; sin embargo esta hipótesis no puede ser mantenida en modo alguno en base a las fuentes, ya que la nueva asunción de la *patria potestas* del *furiosus*, en caso de que sanase, haría entrar en contradicción todo el sistema jurídico arcaico basado en la *potestas* del *paterfamilias*<sup>56</sup>. Guarino por su parte la apoya partiendo de la idea de que la sucesión intestada de la *familia* del *furiosus*, sería definitiva pues el *furiosus* al que se refieren las XII Tablas sería un loco perpetuo privado de cualquier capacidad jurídica<sup>57</sup>. Pero si se demuestra que no forzosamente el loco al que se refieren las XII Tablas era el perpetuo, el *pater furiosus*, una vez sanase, se habría visto privado de todos los derechos inherentes a la *familia* y además, definitivamente. Haciendo frente a esta postura, Diliberto sostiene que habría dos clases de bienes del *furiosus*, ambos dados a los agnados, pero de diverso título. Por una parte los agnados ejercerían sobre los bienes en cuestión un poder de naturaleza gestoria amplio pero tendente a la conservación del patrimonio mismo, y por eso distinto de la *potestas* sobre los bienes considerados como medio de cambio. Los hijos del loco, no llegando a ser *sui iuris* sino a la muerte del propio *pater furiosus*, no estarían bajo la *potestas* de los agnados sino bajo la persona del *furiosus*. Los agnados tendrían un poder por una parte para hacer las gestiones normales relativas al patrimonio del *furiosus*, siendo titulares de la plena disponibilidad sobre los medios de cambio, y por otra no podrían indiscriminadamente enajenar los bienes de mayor relevancia del enfermo mental<sup>58</sup>; en este sentido Diliberto sostiene que con toda probabilidad los agnados no podrían mancipar las *res furiosi*, no siendo titulares de una potestad sobre ellos<sup>59</sup>. Diferencia por tanto entre *potestas* y *gestio* corriente del patrimonio, garantizando con esta doble articulación de los poderes agnaticios sobre el enfermo mental, la supervivencia de los derechos del *furiosus* en caso de que sanase. Así sobre los

<sup>55</sup> Studi, cit., por DILIBERTO, *op. cit.*, p. 98.

<sup>56</sup> Así lo ve KASER, *Das altrömische Ius. Studien zur Rechtsvorstellung und Rechtsgeschichte der Römer*, cit., por DILIBERTO, *op. cit.*, p. 98, y la mayor parte de la doctrina.

<sup>57</sup> GUARINO, *Il furiosus*, y DPR., 12.<sup>a</sup>

<sup>58</sup> En concreto, sobre la administración del *curator furiosi* puede verse ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo, 1979, p. 542, nota 608; *Gli atti negoziali nel diritto privato romano*, Palermo, 1982, p. 355, cit., por DILIBERTO, Studi, p. 90, y NARDI, *Squilibrio*, cit., pp. 121 ss.

<sup>59</sup> DILIBERTO, Studi, cit., p. 102. Aunque parece que G, 2, 64: *Ex diverso agnatus furiosi curator rem furiosi alienare potest ex lege XII tabularum*, mantiene la posibilidad de que el *curator furiosi* pudiera enajenar las cosas. El texto ha sido objeto de numerosos estudios, bajo distintos puntos de vista.

bienes no considerados *pecunia*, se asigna naturalmente el poder al plano consuetudinario y familiar. En definitiva hay que decir que la situación de incertidumbre del régimen jurídico aplicable deriva de la condición de *furiosus*. Diliberto encuentra en la condición jurídica del *pater captus ab hostibus*, cuya *capitis deminutio* no explica íntegramente los efectos que le son propios merced a la *spes postliminii*, una situación jurídica de derechos no extintos, que a pesar de su diferente estructura pudo ser adoptada a imitación del *furiosus*. De la misma manera que el derecho romano para una situación de subordinación dominical y de total pérdida de la capacidad<sup>60</sup> como era la reducción a esclavitud por *captivitas* aportaba mecanismos jurídicos (como el *ius postliminii*) pudo «inventar» (no siendo la locura considerada al principio como algo socialmente indigno) mecanismos que consiguieran que el *paterfamilias* loco una vez curado, pudiera reintegrarse sustancialmente en sus propios derechos; al menos de la misma manera o en la medida en que lo hacía el cautivo (aunque sabemos que no se reintegraba en todo, por ej.: el matrimonio, y la posesión, no volvían a él al ser situaciones que requerían la persistencia). Los mismos textos de los juristas clásicos evidencian la analogía entre la situación del *pater furens* y la del *pater captus ab hostibus*:

D. 23, 4, 8 Paul. 7 *ad Sab: Quotiens patre furente vel ab hostibus capto filius familias ducit uxorem filiaque familias nubuit, necessario etiam pactio cum ipsa dumtaxat dotis nomine fieri poterit.* Tal analogía, en palabras de Diliberto<sup>61</sup>, no responde necesariamente a una similar regulación jurídica de las dos figuras.

### 3.4 EVOLUCIÓN DE ESTA FIGURA

En época más avanzada la *cura furiosi* se presenta como un instituto seguramente unitario, sin distinción interna del patrimonio del *furiosus* (distinción que parecía desprenderse del texto decemviral, donde los agnados, sólo tendrían la administración del patrimonio del loco, sin ser titulares de la potestad sobre ellos, pues *pecunia*, ya se ha demostrado, no significaba el patrimonio entero del loco sino una parte limitada, en concreto bienes medio de cambio=dinero). En este sentido Quinto Mucio Scaevola (S. I adC) reconoce la *cura furiosi* como instituto autónomo respecto a la antigua potestad agnaticia y el mismo autor se ocupa de la relación con la tutela *impuberum*. Obsérvese:

D. 26, 1, 3 pr. Ulp. 37 *ad Sab.: Qui habet tutorem pupillus vel pupilla si furere coeperint, in ea causa sunt, ut in tutela nihilo minus durent: quae sententia Quinti quoque Mucii fuit et a Iuliano probatur eoque iure utimur, ut cesset cura, si tutelae aetas indigeat. Quare si tutores habent, et furor iis accesserit, nihilo minus tutores accipere poterunt, quia lex duodecim tabularum ita accepta est, ut ad pupillos vel pupillas non pertineat*<sup>62</sup>.

<sup>60</sup> Más propiamente se pudo hablar de pérdida de la capacidad jurídica. En este sentido AMIRANTE en «Postliminium (Dir. rom.)», *NNDI*, XIII, 1968, p. 430. Para el estudio de estos aspectos puede verse FUENTESECA, «Origen y perfiles clásicos del postliminium», en *AHDE*, 21-22, 1951-52 y otros autores y obras citados por DILIBERTO, *Studi*, cit., p. 104, nota a pie 15.

<sup>61</sup> *Studi*, cit., p. 106

<sup>62</sup> Si bien todo este fragmento ha estado sometido a una excesiva crítica interpolacionista, en palabras de DILIBERTO, *Studi*, cit., p. 15, por lo que remito al *Index Interpolationum*, cit. en la bibliografía general reflejada en nota a pie de este trabajo.

Ahora bien, si en las XII Tablas no se hablaba de la *cura* sino que el poder sobre la persona y bienes (*pecunia*) del loco era denominado *potestas*, la cuestión que se plantea es determinar cómo de la *potestas* se ha pasado a la *cura furiosi*. Seguir el desarrollo histórico de las *curationes*<sup>63</sup> es empresa ardua en palabras de Diliberto<sup>64</sup>, por lo que propone estudiar el nacimiento de la categoría que llamamos *curationes*, siguiendo las indicaciones sugeridas por Archi, para el cual el verdadero problema viene representado por encontrar una definición acorde con una institución que ha estado provista en todo momento de un tremendo dinamismo<sup>65</sup>

### 3.5 LAS FUENTES

Se puede decir que la primera vez que se encuentra mención expresa de la tutela del incapaz es en las XII Tablas 5, 7a:

*Si furiosus escit, adgnatum gentiliumque in eo pecuniaque eius potestas esto.* Conforme a ella<sup>66</sup>, la persona y el patrimonio de un *furiosus* se hallaban *in potestate del proximus adgnatus* o de la *gens*. Estaríamos ante la tutela legítima, pues el tutor, es designado por las XII Tablas. Si no había un *custos*<sup>67</sup>, el hijo loco quedaba sometido a la potestad del agnado. En el mismo momento que surge la necesidad de tutela del incapaz, automáticamente surge la *cura furiosi*. No se contempla la posibilidad de curador nombrado en testamento en la época más antigua, recayendo la *cura* en el *proximus adgnatus*, solucionando de esa manera, el problema de la atención y cuidado de esas personas y de su patrimonio (ya que las familias eran muy numerosas en los primeros tiempos, por lo que siempre se encontraría un agnado o varios en el mismo grado). En todo caso faltando la curatela de los agnados próximos recaería en los gentiles —que en realidad eran agnados lejanos—.

¿Es posible hablar de un *curator* testamentario para el *furiosus*? A pesar de que Bonfante considera que no sería reconocido<sup>68</sup> no se oponen las fuentes a ello, es más, en las Instituciones de Justiniano hay mención expresa de este supuesto (como se verá más adelante en un texto de Trifonino). En todo caso sería necesaria la aprobación de la autoridad competente, léase magistrado. En la época arcaica el *heres* sería el *custos* (en base a la concepción original de la familia romana en la que el heredero sucede al causante en todo, no sólo en lo patrimonial, sino en todas las relaciones que tenía el *paterfamilias* en vida; siendo al fallecer éste el cabeza de familia). No resulta descabellado suponer que los romanos habrían pensado en la curatela como institución similar a la tutela, por lo que es posible establecer un paralelismo evidente, tal y como hace Bonfante<sup>69</sup>. La familia sería la que se ocuparía del *furiosus* velando por su persona y administrando su patrimonio en caso de

<sup>63</sup> Denominación dada por DILIBERTO.

<sup>64</sup> *Studi*, p. 107.

<sup>65</sup> Para este autor, *Curatela*, cit., p. 179, es ahí donde radica el verdadero interés: en el dinamismo. Por otra parte, el uso del plural, es obligado tratándose como es el caso, de un instituto que no es unitario.

<sup>66</sup> Un estudio sobre la misma puede verse en X. D'ORS, «Sobre XII Tab. V, 7.ª: "si furiosus escit..."», en *AHD*, cit., pp. 797 ss.

<sup>67</sup> FESTO, *Custodela: Custodelam dicebant antiqui, quam nunc dicimus custodiam*, en BRUNS.

<sup>68</sup> BONFANTE, *Corso*, I, p. 643

<sup>69</sup> BONFANTE, *Corso*, I, cit., pp. 553 ss.

que lo hubiera. Ahora bien, al no existir una previa declaración de incapacidad equiparable a la existente en nuestra regulación actual, se plantea el problema de ante la duda, ¿cómo determinar si se estaba ante un incapaz, o qué actos podía realizar un loco en intervalos lúcidos? ¿Por qué los romanos no recogen esos supuestos que se debieron de dar en la realidad? La respuesta podría ser que la familia sería la que asumía al incapaz y le dejaba actuar en la esfera privada en determinados casos, pero en otros no.

A falta de curador legítimo<sup>70</sup>, el *furiosus* quedaría según las XII Tablas sin curatela. A pesar del silencio de las fuentes y de la doctrina al respecto, hay que pensar que los romanos no dejarían sin curador al *furiosus* por lo que seguramente intervendrían para su nombramiento. No es imposible que primero los cónsules y más tarde el *praetor urbanus* procuraran su nombramiento. Aunque Schulz considera que no es muy probable<sup>71</sup> me parece lógico suponerlo dado el carácter eminentemente práctico de los romanos. La disposición más antigua fue la *Lex Atilia de tutore dando*<sup>72</sup>, la cual ordenaba al *praetor urbanus* el nombramiento de un tutor cuando el *impuber* careciese de tutor testamentario y de tutor legítimo, y de la misma manera creo que también proveería al nombramiento de un *curator furiosi* si el caso lo requiría. En mi opinión, los supuestos previstos en esta *lex* para la tutela, habrían que entenderlos extensivos a la curatela.

Según Schulz, el derecho clásico referente a los locos era muy primitivo, y no nos es conocido debido a que no disponemos de la página de las instituciones de Gayo relativa a esta materia<sup>73</sup>. Se trataría de un sistema psiquiátrico rudimentario. No existía un procedimiento por el cual una persona pudiera ser declarada incapaz tal y como existe en nuestros días<sup>74</sup>. El *furiosus* caería automáticamente bajo la *potestas* del *adgnatus* y quedaría libre de ésta, cuando recobrarla la razón. Las personas mentalmente afectadas, que se hallaran *in potestate patris* o *in tutela*, no estarían sometidas a la *cura furiosi* sino que seguirían bajo la patria potestad o la tutela en su caso.

En este sentido, respecto a qué les pasa a los que ya tienen tutor y hubieren comenzado a enloquecer, veamos qué dice Ulpiano:

D. 26. 1. 3, pr. Ulp. *lib. 37 ad Sab: Qui habet tutorem pupillus vel pupilla, si furere coeperint, in ea causa sunt, ut in tutela nihilominus durent; quae sententia Quinti quoque Mucii fuit, et ea Iuliano probatur; eoque iure utimur, ut cesset cura, si tutelae aetas indigeat. Quare si tutores habent, per furorem in curam non rediguntur; sive non habent, et furor iis acciserit nihilominus tutores accipere poterunt, quia lex duodecim tabularum ita accepta est, ut ad pupillos vel pupillas non pertineat*, es decir, que permanezcan en la tutela, pues no es necesaria la curatela ya que permanecían todavía en edad de tutela. Si tienen tutores, no son sometidos a curatela por causa de locura; y si no tienen tutores y les atacare la locura, en virtud de la ley de las XII Tablas, podrán recibir tutores, y a partir de la *lex Laetoria* (191 adC) en el caso del menor de 25 años (que

<sup>70</sup> Recuérdese lo dicho a propósito de nombramiento en testamento. No se tenía en cuenta si no lo autorizaba el pretor. En época anterior a la figura del pretor, ¿quién lo autorizaría?, ¿el cónsul?...

<sup>71</sup> SCHULZ, *Derecho romano clásico*, traducción directa de la ed. inglesa por J. Santa Cruz Teigeiro, Bosch, Barcelona, 1960, p. 159, aunque como digo en relación a la *tutela impuberum*.

<sup>72</sup> Hacia el 187 adC.

<sup>73</sup> SCHULZ, *Derecho romano clásico*, cit., p.187.

<sup>74</sup> En el CC tras la reforma de 1983.



estaría sometido a la *cura minorum*) que esté loco se le da curador no como a loco sino como a menor de 25 años, como si el impedimento fuera la edad. De esa manera se puede decir que la *Jurisprudencia* romana considera que a quien su edad lo sujeta a tutela o curatela no tiene necesidad de que se le procure un curador como a un demente, solucionándose así muchos problemas prácticos, tal y como se desprende del párrafo 1 del mismo fragmento de Ulpiano (*ad Sabinum*): *Quia autem in pupillorum persona adgnatos curatores non admittimus, idcirco putavi, etsi minor viginti quinque annis furiosus sit, curatorem ei non ut furioso, sed ut adolescenti dari, quasi aetatis esset impedimentum; et ita definiemus, ei, quem aetas curae vel tutelae subiicit non necesse quasi dementi quari curatorem; et ita Imperator Augustus rescripsit quum magis aetati, quam dementiae tantisper sit consulendum.*

Si no había *curator legitimus* (ya se ha dicho que no existía *cura furiosi* testamentaria), el pretor (y en provincias el gobernador), podía nombrar un *curator*. Aunque no hubo para la curatela una ley semejante a la *Lex Atilia* referida a la tutela dativa (ante la falta de tutor testamentario y legítimo), hay que pensar que ante el estado deficiente de las fuentes, pudo existir una *cura furiosi decretalis*. Es posible que las normas relativas al nombramiento del *curator*, fueran similares a las previstas para el nombramiento del tutor dativo. Los magistrados actuarían discrecionalmente, y, puesto que pudo ocurrir que el *furiosus* no tuviese *curator* al carecer de *proximus adgnatus*, el magistrado le nombraría uno.

### 3.6 UNA CUESTIÓN TERMINOLÓGICA

La consideración de ciertos matices en torno a la terminología romana, puede ayudar a una mayor comprensión del tema. La opinión dominante<sup>75</sup> considera que existen dos clases de locura, bien diferenciadas desde los primeros tiempos<sup>76</sup>: el *furiosus*<sup>77</sup>, al que se refiere la cura decemviral y el *demens* o *mentecaptus*, denominado también en nuestras fuentes como *stultus, fatuus, insanus* al cual le sería aplicable la cura dativa. En nuestro ordenamiento<sup>78</sup> estas personas fueron consideradas inicialmente como anormales para pasar luego a ser denominadas subnormales<sup>79</sup>, deficientes mentales, discapacitados, minusválidos psíquicos, y ahora personas con minusvalía o discapacidad psíquica<sup>80</sup>.

<sup>75</sup> Por todos BONFANTE, *op. et loc. cit.*

<sup>76</sup> Me refiero a la época arcaica, a partir de la fundación de la ciudad. (a.U.c.).

<sup>77</sup> Sobre los orígenes de la *cura furiosi*, véase, DILIBERTO, *Studi della*, cit.

<sup>78</sup> Evidentemente no pretendo hacer un análisis de la evolución de la figura del discapacitado psíquico a lo largo de nuestra historia, ni de la protección o desprotección del mismo, sino que las consideraciones que haga estarán referidas a la última parte del siglo xx que he conocido y hasta nuestros días.

<sup>79</sup> Literalmente anormales: fuera de la norma, subnormales: por debajo de la norma pero no fuera de ella. Siguiendo a SAINZ DE ROBLES en «Una perspectiva histórica», en VV.AA. coord. por I. SERRANO GARCIA, *La protección jurídica del discapacitado, I Congreso Regional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 25 y 26. Pero, ¿cuál es la norma?

<sup>80</sup> Esta evolución terminológica representa en realidad, en palabras de SAINZ DE ROBLES en «Una perspectiva histórica», cit., p. 26, «un esfuerzo por encontrar el verdadero lugar de estas personas, en la sociedad a la que pertenecen». No creo que esta preocupación por el discapacitado, estuviera presente en una sociedad primitiva como la romana ni en la de otros pueblos de la antigüedad, y sí es propia de mentes más evolucionadas.

En derecho romano existen dos teorías en torno a la distinción entre *furiosus* y *demens* o *mentecaptus*<sup>81</sup>. El *furiosus* se distinguiría del *mentecaptus*, según la doctrina romanística dominante en Francia, porque el *furor* admitiría intervalos lúcidos durante los cuales cesaría o se suspendería, conforme la decisión justiniana la *cura*. Por su parte la doctrina dominante en Alemania sostiene que los *furiosi* son los locos agitados, mientras que los *mentecapti* los disminuidos mentales<sup>82</sup>.

La teoría común alemana no ofrece dudas sobre la distinción entre locos agitados (*furiosi*) y mentecatos (*dementes*). Se basa en la interpretación general de los textos y en el uso común del vocabulario, para el cual, el *mentecaptus* sería un grado más bondadoso de locura. Se emplea como argumento básico para considerar esa diferencia un texto no jurídico como es el de Cicerón<sup>83</sup>, en el que se emplean términos tales como *stulti*, e *insani*, aunque según doctrina autorizada<sup>84</sup> se refiere al que se deja dominar por las pasiones, que no posee la sabiduría en el sentido de la filosofía estoica. También se observa que mientras el *furiosus* en una serie numerosa de textos es denominado como incapaz de actuar o delinquir en modo absoluto y por tanto equiparado al *infans*<sup>85</sup>, el cual de manera general no puede llevar a cabo ningún negocio porque no entiende lo que hace (G, 3,106), en intervalos lúcidos puede ser testigo para el que va a hacer testamento e incluso hacerlo tal y como se desprende de D. 28. 1. 20. 4. Ulp. *lib. 1 ad Sab*<sup>86</sup>; por su parte, el *mentecaptus* no es incapaz de hacer testamento tal y como se desprende de D. 28. 1. 17, Paul *lib. 3 Sent. In adversa corporis valetudine mente captus eo tempore testamentum facere non potest*. Este texto alude al que en una enfermedad sufra un acceso de locura y parece un absurdo decir que el *mentecaptus* devenga incapaz de testar sólo cuando se encontrara enfermo del cuerpo y no del espíritu o mente.

La doctrina ecléctica intenta conciliar las anteriores opiniones por lo que considera que estaríamos ante un sistema psiquiátrico primitivo que sólo se fijaría en los fenómenos externos<sup>87</sup>. Hablaríamos de locura en el sentido de *furor* para referirnos a los locos más evidentes, la demencia sobrevenida, no congénita. De aquí la idea de los antiguos de que el *furor* sería una alienación producida por una potencia extrínseca y superior de influencia divina<sup>88</sup>: el

<sup>81</sup> Además de las definiciones recogidas en NNDI, sobre estos aspectos, véase SOLAZZI, «Furiosus vel demens», en *AG (Archivio giuridico «Filippo Serafini»*, Módena), 143, 1952, pp. 16 ss., cit. por IGLESIAS, *Historia e instituciones*, p. 552, y RENIER, «Observations sur la terminologie de l'alienation mentale», en *RIDA*, 5, 1950, pp. 429 ss.

<sup>82</sup> BONFANTE, *Corso*, cit., p. 644.

<sup>83</sup> CICERÓN *Tusculanae*, 3, 5, edit. coloquio, Madrid, 1986, pp. 148 y 149

<sup>84</sup> AUDIBERT y APPLETON referidos por BONFANTE en *Corso*, cit., p. 646.

<sup>85</sup> Recuérdese que en Derecho romano el *infans* es el niño pequeño (el que no habla o que apenas ha empezado a hablar). A propósito, G. 3,109: [...] *nam infans et qui infanti proximus est non multum a furioso differt*.

<sup>86</sup> *Ne furiosus quidem testis adhiberi potest; quum compos mentis non sit, sed si habet intermissionem, eo tempore adhiberi potest; testamentum quoque, quod ante furorem consummavit, valebit [...]*.

<sup>87</sup> Sabemos de la dificultad existente en torno a la delimitación de los enfermos mentales a pesar del desarrollo de la psiquiatría en la actualidad. Seguramente los romanos encontraron iguales dificultades si no mayores, pues la medicina no estaba muy desarrollada en éstos y otros campos.

<sup>88</sup> Muchos aspectos relacionados con la relevancia de la *Furiae* en el ámbito cultural y ritual romano son expuestos por GUILLÉN en su *Urbs*, cit., pp. 99 ss. También aparecen representadas en la literatura y en la epigrafía y arte romanos (sobre todo en los sarcófagos).

*furiosus* tiene el espíritu *divino instinctu concitatus*<sup>89</sup>, de donde se deduce que por un lado el *furor* aparece como castigo divino, una pena, dice Cicerón, textualmente, para el que ha infligido *gravioris deorum immortalium iras*<sup>90</sup>, y por otro como un estado de exaltación inspirada, de éxtasis profético o genial, concepto recogido científicamente por la moderna psiquiatría<sup>91</sup>. Sin embargo el mentecato, es el infeliz, cuya debilidad es de tipo congénito, o sea de nacimiento, por lo que su estado no es debido a causas extrínsecas, y es por esto por lo que el legislador primitivo no provee por él. Así como el *furor* puede no ser permanente, puesto que la pena o el castigo divino pueden no ser perpetuos existiendo períodos de calma, la concepción de la existencia en ellos de intervalos lúcidos no goza del favor de todos los psiquiatras modernos. Bonfante considera cualquier postura, criticable<sup>92</sup>.

En la literatura latina, véase por ej. en VARRÓN, *De Ling. Lat.*, 7, 45, y CICERÓN, *Nat. Deorum* 3, 18, 46; tales divinidades (*volturnus, palatua, furrina, flora, falacer...*) debieron tener importancia en la Roma arcaica, DILIBERTO, *Studi*, cit., p. 30. El *furor* iría unido a la violencia bélica (lo mismo Marte) como un carácter cultural típico de los pueblos indoeuropeos. En este sentido se expresa DUMEZIL, *La religión romaine arcaïque*, París, 1974, p. 239.

<sup>89</sup> Como dice CICERÓN en su *De divinitate*, 1, 31, 66 y 2, 48, 100, y también cit. por BONFANTE, *Corso*, I, p. 646.

<sup>90</sup> *De haruspicum responsis*, 17, 39.

<sup>91</sup> Puede consultarse de manera específica, para estos aspectos de CABRERA-FUERTES, *Psiquiatría y Derecho*, cit.

<sup>92</sup> No se puede pasar por alto la referencia a la postura de Bonfante en torno a la investigación del derecho romano. Emplea este autor el método naturalista u orgánico (también llamado histórico-sociológico), que considera a los institutos jurídicos como organismos vivos, por lo que les aplica los principios de la evolución. En base a ese método, desarrolla su peculiar teoría de la familia y de la *hereditas* romana. Sobre este método de investigación romanístico LOZANO CORBI, *Roma y su gran aportación al mundo*, pp. 127-129, y notas a pie. MIQUEL, *Curso de derecho romano*, PPU, Barcelona, 1987, pp. 143, considera que la moderna investigación romanística se ha ido separando cada vez más de la tesis *bonfantiana* (la familia romana en sentido propio –*proprio iure*– es un grupo de personas unidas entre sí simplemente bajo la autoridad de una de ellas, el *paterfamilias*, que ejercita dicha autoridad con fines que trascienden el orden doméstico [...]), lo que equivale a decir que se trata de una especie de organismo político. Tesis refutada por ARANGIO-RUIZ, para el cual estaríamos ante un organismo económico, *Le genti e la città*, Messina, 1914, e *Instituzioni*, Napoli, 1923, pp. 174 ss., cit., por BONFANTE, *Corso*, I, p. 9. Para el estudio de la familia remito a su *Corso*, I, cit., p. 8 a 10, y 253, 254. Respecto a la *hereditas* concebida como algo distinto de lo meramente patrimonial remito a *Corso*, VI, *Le successioni*, pp. 96 a 123 y *Scritti giuridici varii*, I, pp. 102 a 109; el *heres* romano no es un mero adquirente del patrimonio del difunto, sino el verdadero sucesor en la potestad que tenía el difunto sobre la familia, o mejor, sobre la *gens*, y sólo en consecuencia, como efecto necesario pero accesorio adquiriría también el patrimonio. Se trata de un traspaso de la soberanía; en un principio, seguramente *heres* y continuador de la familia serían una misma persona. La *gens* romana perpetuaba la soberanía mediante la designación del predecesor en su testamento. Con el tiempo, esa unión desaparece, probablemente por acción directa de la *civitas* a la que le interesa romper el grupo gentilicio y robustecer su propio poder; derecho a la herencia y sucesión en el desempeño del cargo del grupo familiar, fueron poco a poco separándose. A mi parecer, en todo caso esta antigua teoría puede considerarse un antecedente muy lejano de la sucesión en los títulos nobiliarios por parte del primogénito: patrimonio y título irían unidos, y permanece en la actualidad como reliquia en el mundo de los títulos nobiliarios, en diferentes ordenamientos. Por otra parte, ya estaban presentes en el mundo antiguo. (Recuérdese la venta de la primogenitura por parte de Esaú hijo de Isaac, a su hermano Jacob, por un plato de lentejas, tal y como relata el libro del Antiguo Testamento). En palabras de BONFANTE, *Corso*, I, cit., p. 119, en el derecho romano, sin embargo el sistema para unificar la dirección de la familia, no es la primogenitura, sino el escogido por el predecesor, lo que equivale a decir, el testamento. Estas teorías han

A pesar de la existencia de textos jurídicos que parecen avalar la idea de una distinción entre las dos categorías de locura, los romanos no hacen distinción alguna en cuanto a su tratamiento jurídico. Esta idea fue mantenida por Savigny al que siguieron Solazzi<sup>93</sup> y Lenel<sup>94</sup>.

Para Solazzi, el derecho antiguo y el derecho clásico<sup>95</sup> no hicieron ninguna distinción entre las diversas categorías de locura y será en la época romano-helénica cuando comienza a insinuarse el concepto de intervalos lúcidos y correlativamente la separación del *furiosus* como el loco agitado (violento) pero con intervalos lúcidos, del *demens* o *mentecaptus*. Conforme al derecho clásico, todo aquel que estuviera loco estaba sometido a la *cura legitima* y más tarde, en la época postclásica, a la dativa, y todo loco sujeto a *cura*, era siempre incapaz de obrar. Sólo en el derecho justinianeo los actos del *furiosus* eran válidos y la *cura* suspendida durante los intervalos lúcidos.

Pero dejando aparte las disquisiciones sobre el valor práctico y científico de los intervalos lúcidos, tal y como hace Bonfante<sup>96</sup>, puede resultar oportuno analizar la base exegética de la doctrina de Solazzi. Para este autor, todos los textos referidos a los intervalos lúcidos, se encuentran interpolados, por lo que cuestiona su veracidad<sup>97</sup>. El texto original no debía decir otra cosa sino

sido criticadas a pesar de su originalidad entre otros por A. D'ORS, para el cual seguir la teoría orgánica a pesar de ser aguda nos llevaría a resultados indeseados. Sus argumentos están recogidos en *Presupuestos críticos para el estudio del Derecho Romano*, Salamanca, 1943, pp. 34 ss.

<sup>93</sup> SOLAZZI, «I lucidi intervalla del furioso», en *AG*, cit., 89, 1923, pp. 80-93, y «Furor vel dementia», en *Rivista di antichità (Moudeloy en caracteres griegos)*, II, 1924, pp. 10-40.

<sup>94</sup> LENEL, «Intervalla insaniae», en *Bulletino dell'Istituto di Diritto Romano*, 33, 1924, pp. 227-239.

<sup>95</sup> Los juristas no tuvieron un concepto claro de las anomalías mentales. Aunque los médicos griegos de la época clásica poseyeron extensos conocimientos en esta materia y sus escritos fueron conocidos en Roma, los juristas no pararon su atención en ellos. La cuestión fundamental de cuándo una persona debe ser considerada como un *furiosus* no fue nunca dilucidada por los juristas y se dejó a la libre apreciación de magistrados y jueces. Para los juristas clásicos fue esta una *quaestio facti*, y por serlo, se mantuvieron fieles al principio de los *iusconsulti* republicanos expresado por Aquilio Gallo tal y como refiere CICERÓN en su *Tópica*, 12.51: *Nihil hoc ad ius; ad Ciceronem, inquietabat Gallus noster, si quis ad eum quid tale rettulerat, ut de facto quaereretur*. Los médicos clásicos sabían que en algunas especies de enfermedades mentales se daban los llamados intervalos lúcidos (por ejemplo en la demencia senil), tal y como atestiguan algunos textos, en concreto *De morbis chronicis* de Caelius Aurelianus, traducción latina de una obra griega de Soranus, escrita en la primera mitad del siglo II ddC. Por tanto la existencia de los intervalos lúcidos no era desconocida en la práctica de la época clásica, pero los juristas clásicos, no se ocuparon de ellos en sus escritos. En este sentido, SCHULZ, *Derecho Romano clásico*, cit., pp. 188 y 189.

<sup>96</sup> El cual hace referencia a las discusiones que mantuvieron en este sentido, Solazzi y Lenel en sus obras mencionadas anteriormente, en su *Corso*, cit., p. 648.

<sup>97</sup> No puede olvidarse que estos autores pertenecen al movimiento de búsqueda de interpolaciones, LOZANO, *Roma y su gran aportación al mundo*. Sobre el método histórico-crítico y la crítica interpolacionista, pp. 109—126, con abundante bibliografía citada a pie de página. Existe un *Index Interpolationum* en tres fascículos y un suplemento, de 1929-1935 donde se registraban las distintas hipótesis críticas del *Digesto*, pero ha quedado muy anticuado. Se ha publicado un índice de bibliografía crítica del *Codex Justiniano* realizado por BROGGINI, *Index Interpolationum quae in Iustiniani Codice inesse dicuntur*, 1969, que ya ha sido citado anteriormente. Por su parte A. D'ORS, en *Derecho Privado Romano*, 9.ª ed. revisada, Eunsa, p. 64, nota 8 a pie de página, propone una Palingenesia crítica de todas las fuentes, y en este sentido, me consta de la existencia de diversos trabajos llevados a cabo por sus discípulos.

que el testamento hecho con anterioridad al estado de *furor* no sería inválido. La prueba directa de que los juristas clásicos no distinguieron entre *dementia* y *furor* puede verse en una serie de textos en los que si se alternan deliberadamente ambas palabras, en el mismo contexto no se distingue la existencia de diversas categorías<sup>98</sup>. Otros textos contemplan al *furiosus* o al *furor* y se añade *vel demens* o *vel dementia* con la idea de distinguirlos, pero precisamente esta adición, en palabras de Bonfante se revela como una interpolación, porque está en contradicción el discurso que trata sobre el *furiosus* con el texto paralelo<sup>99</sup>. En unos textos<sup>100</sup> se habla del *demens* y en otros, para la misma hipótesis se habla del *furiosus*, por lo que se ve claramente que *demens* o está interpolado o equivale a *furiosus*<sup>101</sup>. Lo mismo cabe decir del uso de la palabra *mentecaptus*, los clásicos emplearon indiferentemente esa palabra, o *furiosus*, y aplicaron al *mentecaptus* la *cura furiosi*<sup>102</sup>. Algunos textos clásicos no dan al *furiosus* el carácter de loco agitado que parece ser el que lo distingue del *mentecaptus* en el derecho bizantino. Por lo tanto se deberá distinguir en el derecho justinianeo entre furioso y demente, pero sólo en el derecho justinianeo y sólo en relación con los intervalos lúcidos. La controversia suscitada acerca de los intervalos lúcidos y sobre el régimen diverso entre furiosos y mentecatos, en orden al consentimiento en las bodas no preocupó a los juristas clásicos (ellos hablaban en general de los *furiosi*, locos con intervalos lúcidos, pues estos eran los supuestos que se planteaban). Hay que pensar que los enfermos mentales, plenos, que carecieran de intervalos lúcidos, no suscitarían ningún tipo de problemas. En todo caso sobre su guarda y cuidado, podría asegurarse que normalmente permanecerían dentro de la órbita familiar y bajo la salvaguarda de la madre, pues no he encontrado referencia alguna a la existencia de ningún tipo de establecimiento para su internamiento. En este sentido se expresa Schulz<sup>103</sup> al señalar que<sup>104</sup> «los tiempos primitivos muestran poca compasión hacia los locos y los consideran más bien como una carga que se confía a los parientes

<sup>98</sup> Recogidos por BONFANTE, *Corso*, I, cit., p. 649, nota 1 a pie.

<sup>99</sup> Ídem, nota, 2, p. 649.

<sup>100</sup> Ídem, nota 3.

<sup>101</sup> La palabra *interpolare* tiene el sentido de actualizar, poner al día, restaurar. En relación con los textos, que es el sentido que aquí nos interesa, significa alterar, y puesto que el cambio no puede percibirse, se incorpora el elemento de la falsificación, con evidente perjuicio para el investigador. Por esta razón surgió la crítica interpolacionista moderna, es decir, la crítica textual. Nacida en los últimos años del siglo XIX, fue utilizada como metodología dominante hasta la mitad del siglo XX, por lo que no es exagerado decir que bajo su poderosa influencia se desarrolló prácticamente toda la romanística actual. Sin embargo, los inseguros postulados de que a veces se partía unidos a otros aspectos, provocó su propia crisis, por lo que se llegó a una postura de cautela encabezada por Max Kaser. El insigne romanista alemán, fallecido en 1997, previno, sin embargo, de otro riesgo real, justamente de signo contrario al anterior, y es el del excesivo conservadurismo y por tanto el de la desaparición por completo de una correcta y necesaria crítica de los textos. El autor aun reconociendo dentro de unos límites los éxitos alcanzados por la crítica interpolacionista, considera necesario adoptar una postura prudente que no dé lugar a los excesos y exageraciones del pasado, mostrándose muy cauto en el ejercicio de la crítica textual en sus trabajos científicos a partir de los años sesenta. Por su claridad y sencillez remito a la lectura de M. KASER, *Las interpolaciones en las fuentes jurídicas romanas*, traducción de J. M. Coma y G. Gallenkamp, edit. Comarés, Granada, 1998. En el mismo sentido VOLTE-  
RRA, *La crítica del texto*, 2, 1971, pp. 821 a 1.097, cit. por KASER, *op. cit.*, p. 71.

<sup>102</sup> BONFANTE, *Corso*, I, p. 649, nota. 4.

<sup>103</sup> SCHULZ, *Derecho romano clásico*, cit., p. 187.

<sup>104</sup> Cito textualmente.

o amigos del enfermo, encerrándose a éste en los casos peligrosos en prisión, puesto que en esta primitiva sociedad no existen asilos».

### 3.7 LA PERSONA Y LOS BIENES DEL *FURIOSUS*

El antiguo derecho *Quiritario* sometía al *furiosus* a la *potestas* de los agnados y de los gentiles, tanto la persona como sus bienes, siempre que el *furiosus* no tuviera un *custos* o guardián. Para Mommsen<sup>105</sup>, esta genérica expresión se referiría tanto al *paterfamilias* como al tutor. Para este autor el *curator furiosi*, al igual que el *tutor*, tendría una misión principalmente patrimonial. Sin embargo ya hemos puesto de relieve con base en las fuentes, que el *curator* debe proveer a la guarda y custodia tanto de la persona como de los bienes. Por ello, vale la pena recordar las palabras de Iuliano, D 27, 10, 7 pr. *Iul. lib 21 Digest: Consilio et opera curatoris tueri debet non solum patrimonium, sed et corpus ac salus furiosi*<sup>106</sup>.

Normalmente, el loco sería custodiado por el pariente más próximo, o por el cónyuge, y en casos extremos sería recluido. A los parientes próximos que no tuvieran cuidado de la persona del loco, Justiniano les amenazó con la pérdida de la sucesión en favor de la persona que voluntariamente la asumiera<sup>107</sup>.

Por otra parte, mientras que el curador del *furiosus*, en base a las XII Tablas, tenía la facultad de enajenar, ya en la época clásica se interpreta esta facultad con moderación o precaución, restringiéndola a los fines de la administración. Así:

D. 27. 10. 12, *Marcel. lib 1. Digest: Ab agnato vel alio curatore furiosi rem furiosi dedicare non posse, constat; agnato enim furiosi non usquequaque competit rerum eius alienatio, sed quatenus negotiorum exigit administratio*. Al agnado del furioso no le compete en todos los casos la enajenación de los bienes de aquél, sino sólo en cuanto lo exige la administración de los negocios. Esto viene asegurado por los límites previstos en el SC Severiano<sup>108</sup>; D. 27, 9, pr. *Ulpianus lib 35 ad Ed: Imperatoris Severi Oratione prohibiti sunt tutores et curatores praedia rustica vel suburbana distrahere*.

### 3.8 CONSTITUCIÓN DE LA CURATELA

En el derecho justiniano la cuestión de la constitución de la curatela es un tema controvertido<sup>109</sup>. El romanista francés Audibert<sup>110</sup>, sostuvo la tesis de que la *cura* legítima no tendría ya lugar en el nuevo derecho. Su doctrina

<sup>105</sup> Citado por BONFANTE en su *Corso*, I, p. 650.

<sup>106</sup> Aunque parece interpolado por el empleo de *tueri* en voz pasiva, propio de los textos interpolados. Así lo considera BONFANTE, *Corso*, p. 650, nota a pie 3. Téngase en cuenta lo dicho al hablar de las interpolaciones. LOZANO, *Roma y su gran aportación al mundo*, pp. 109 a 126.

<sup>107</sup> Novela 115, 3, 12. La edición que cito es directamente, la edit. sexta, *vol tertium, Novellae* a cura de SCHOLL-KROLL, Berlín, 1954.

<sup>108</sup> La *Oratio Severi* fue una propuesta al Senado del emperador Septimio Severo; convertida en Senadoconsulto dictaba normas sobre la venta de los fundos rurales o suburbanos de los sometidos a tutela y curatela.

<sup>109</sup> BONFANTE, *Corso*, I cit., p. 651.

<sup>110</sup> AUDIBERT, *Nouvelle Revue historique*, 15, 1891, pp. 310 ss. cit., por BONFANTE, *op. et loc. últim. cit.*

fue seguida por Appleton<sup>111</sup> y Solazzi, que indagó el origen de la transformación considerando que antes de la conversión de Justiniano, algunas veces se habría constituido la *cura* testamentaria con independencia de cualquier confirmación posterior. Bonfante mantiene el mismo parecer que los autores mencionados de que el *curator legitimus* tendría necesidad de ser confirmado por el magistrado, pero le parece dudosa la tesis de Solazzi en cuanto a que Justiniano habría creado una *cura* testamentaria independiente de cualquier confirmación. Parece razonable la postura de Bonfante, pues es posible mantener que el estado de la cuestión en relación con la *cura furiosi* sería sustancialmente el mismo que el de la tutela: *cura* testamentaria en primer lugar, que prevalecería sobre todas, *cura* legítima en segundo lugar, y por último, *cura* dativa. Ahora bien, tanto la *cura* legítima como la testamentaria, requerirían confirmación por parte del magistrado. Es más, se podría añadir también —creo— que la *cura* legítima según el derecho de las *Novellae*, debería estar deferida a los cognados, Parentesco natural basado en el vínculo de sangre (vía moderna) [...] *at hi qui per femini sexus personas coguatiōe corimnguntur non suntagnati, sed alias naturali nire cognati* [...] G. 1, 156. no a los agnados, puesto que la Novela 118, en el capítulo 5, al sustituir los cognados por los agnados está hablando de la tutela. La demostración de la postura bonfantiana se basa en que, en rigor, la *cura legitima* autónoma aparece reconocida (aparte de en el derecho justinianeo) también en numerosos textos de las pandectas y también en algunas leyes imperiales como la de Gordiano (C, 5, 70, 2) y de Anastasio, uno de los emperadores bizantinos más próximos a Justiniano. En el mismo sentido D. 27, 10, 12 (Marcelo ya referido) y 13, Gayo *lib 3 ad Edic prov: Saepe ad alium e lege duodecim tabularum curatio furiosi aut prodigi pertinet, alii Praetor administrationem dat, scilicet quum ille legitimus inhabilis ad eam rem videatur*, con frecuencia le pertenece a uno por la ley de las XII Tablas la curatela de un furioso o de un pródigo, y el pretor le da a otro la administración cuando aquel curador legítimo le parezca inhábil para esta cosa.

El fragmento de Gayo (1, 200 = D. 27, 10, 13) parece ser contrario a esta opinión sustentada por Bonfante. Si se lee atentamente, se dice *dei legitimi che ad essi curatio pertinet*, donde *dare* se refiere a la *datio* del magistrado. Y lo mismo puede decirse si se confronta con Ulpiano en D, 26, 4, 5, pr. *Ulp. lib. 35 ad Ed: Legitimos tutores nemo dat, sed lex duodecim tabularum fecit tutores*, nadie da tutores legítimos, sino que la Ley de las XII Tablas creó los tutores.

Sobre el *curator* testamentario fundamentalmente se encuentran estos dos textos:

El primero D. 27, 10, 16, pr. *Tryph, lib 13 Disput: Si furioso puberi quamquam maiori annis vigintiquinque curatorem pater testamento dederit, eum praetor dare debet secutus patris voluntatem; manet enim ea datio curatoris apud Praetorem, ut rescripto divi Marci continetur.*

El segundo de Justiniano, C 5, 70, 7, 4-5:

4. (...) *et prius de creatione curatoris, qui furiosis utriusque sexus datur, sancientes, tunc et aliis certum finem imponemus*

5. *Et si quidem pater curatorem furioso vel furiosae in ultimo elogio heredibus institutis vel exhereditatis dederit, ubi et fideiussionem cessare necesse est, paterno testimonio pro satisfactione sufficiente, ipse, qui datus est, ad curationem perveniat, ita tamen, ut in hac florentissima civitate apud urbicariam praefecturam deducatur, in provincia autem*

<sup>111</sup> APPLETON, *Revue générale*, 17, 1893, p. 351, idem.

*apud praesidem eius, praesente etiam tam viro religiosissimo locorum antistite, quam tribus primatibus, et actis intervenientibus, tactis sacrosanctis scripturis, edicat, omnia se recte et cum utilitate furiosi agere, neque praetermittere ea, quae utilia furioso esse putaverit, neque admittere, quae inutilia existimaverit.*

El primer texto atribuye resueltamente la *datio* al magistrado; sin embargo, Solazzi considera que no hay que tener en cuenta el testimonio de Trifonino, pues considera que esta Constitución de Justiniano excluye la intervención activa del magistrado en la *cura* testamentaria, en cuanto que el párrafo 5 de la ley 7 (véase anteriormente) no dice nada de la *creatio*. Pero prescindiendo sólo del hecho de que el texto de Trifonino ha llamado ciertamente la atención de los compiladores, por hallarse interpolado en el principio (según Bonfante<sup>112</sup> o sea *quamquam maiori annorum viginti quinque*). Cree este autor que la constitución de Justiniano se debe interpretar con rigor, respetando<sup>113</sup> más bien, reproduciendo sus palabras. Los mismos magistrados, prefectos de la ciudad, o presidentes –según el lugar–, o el mismo sacerdote, los mismos primados, intervendrán en un caso o en otro; ha lugar los mismos juramentos. Para Bonfante, en el derecho Justiniano, la constitución de los curadores estaría regulada en los mismos términos que la constitución de la tutela, cuestión que resulta convincente.

### 3.9 EXTINCIÓN DE LA *CURA FURIOSI*

En cuanto al fin de la curatela, hay que decir que la curación de los locos pone fin a la *cura*. En este sentido:

D. 27, 10, 1, pr *Ulp lib 1 ad Sab* (aunque se refiere también al que consume sus bienes destrozándolos y disipándolos –pródigo–): *[...] et tanndiu erunt ambo in curatione, quamdiu vel furiosus sanitatem, vel ille sanos mores receperit; quod si evenerit, ipso iure desinunt esse in potestate curatorum.*

En el derecho nuevo, como ya se ha dicho, el intervalo lúcido la suspende. Así en el C 5, 70, 6 [...] *sed per intervalla, quae perfectissima sunt, nihil curatorem agere, sed ipsum posse furiosum, dum sapit, et hereditatem adire, et omnia alia facere, quae sanis hominibus competunt; [...]*<sup>114</sup>.

## 4. Conclusiones

1. La *cura furiosi* es una institución que surge para velar por los *furiosi*, dementes o *mente-capti*; es decir, tanto aquellas personas con una incapacidad total (locos), como aquellas que tenían intervalos lúci-

<sup>112</sup> Corso, I, apoyándose en la tesis que sustenta ARNO en *Arch., giur.*, 71, 1903, pp. 346 ss., al que cita en nota a pie 1, p. 655. Aunque SOLAZZI prefiere sostener que en realidad estamos ante un glosema, una alteración prejustiniana debida seguramente al amanuense al pasar los textos del *volumen* al *codex* a partir del siglo III.

<sup>113</sup> Calcando, dice el autor.

<sup>114</sup> Por su importancia considero necesaria la lectura de la ley 6 en su totalidad, pero, por su extensión, no reproduzco sino la parte que sirve para fundamentar la afirmación mantenida.



dos debían ser provistas de un curador (D. 50, 17, 40; 124, 1). El curador tenía que actuar siempre en nombre del incapaz, cuidando de su persona y administrando su patrimonio. De la misma manera que se habla de tutela y cotutela, puede hablarse según Varela de curatela y cocuratela<sup>115</sup>. Habrá que tener presente para resolver cualquier aspecto que se plantee, el tipo de curatela de que se trata (siguiendo el paralelismo antes trazado con la tutela), legítima, testamentaria o dativa, y el momento cronológico en que se plantee la cuestión, pues las soluciones pueden ser diversas. La tutela legítima comienza siendo un *ius*, la testamentaria un *munus fiduciarium*, o carga, y la dativa un *onus publicum*<sup>116</sup>. El tratamiento de las mismas tiene que ser diferente al menos en una primera época. La evolución de cada una de ellas, lenta, hasta llegar a convertir el cargo, sea cual sea su forma de nombramiento, en un *munus publicum*, con lo que en realidad se llegará a homogeneizar la regulación de todas las clases de tutela (como hace Justiniano)<sup>117</sup>. La doctrina sobre la tutela y la curatela ha estado sometida a una revisión histórica total por parte de la escuela italiana<sup>118</sup>. Ambas figuras tienden a asumir una cierta fisonomía común en el derecho clásico, hasta llegar a fundirse en un único instituto en la época romano-helénica, adoptando una única terminología, por lo que indistintamente se habla del tutor o del curator y del pupilo y del menor.

2. La tutela es la institución más arcaica, y la *cura* aparece como más reciente. La tutela es estrictamente un instituto familiar, mientras que la *cura* tiene diferentes aplicaciones y trasciende el derecho de familia y el derecho privado. La tutela aparece como un poder y un derecho a la vez que como una función ejercitada en interés de la persona necesitada de protección (*manus, potestas, ius*). La *cura* nace como un instituto sencillo, protector, con fines altruistas, y aunque es cierto que a veces surge exclusivamente en el ámbito patrimonial (hasta el punto de que puede hablarse de un *curator* de un patrimonio, sin que exista un sujeto), sin embargo, al hablar del tutor se presupone siempre la existencia de la persona sujeta.

3. Convendrá que se dé curador a los que estén en un estado de no poder atender a sus bienes o su persona; en cuanto a un orden de prelación a la hora de nombrarlo, Ulpiano afirma que no se debe dudar en nombrar al hijo curador del padre, a pesar de que Celso y otros juristas no piensan así, considerando que es indecoroso que el padre sea gobernado

<sup>115</sup> VARELA, *De contutoribus*, cit., p. 4

<sup>116</sup> VARELA, *De contutoribus*, cit., p. 5.

<sup>117</sup> Prescindo, como dije, de la consideración de la tutela *mulierum*, porque aunque al igual que la tutela *impuberum* surge como un *ius*, decae y llega a desaparecer en el Principado. El tema es ampliamente tratado por diversos autores por lo que remito a su análisis, DEL CASTILLO, *La emancipación de la mujer romana en el siglo I d.C.*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Granada y Departamento de Historia Antigua, sobre todo pp. 130-133; María J. CASADO CANDELAS, *La tutela de la mujer en Roma*, Valladolid, 1972; S. SOLAZZI, «Studi sulla Tutela: Sulle tracce del tutor mulieris», en *Scritti di Diritto Romano III*, Napoli, 1960, pp. 93 a 103; BONFANTE, *Corso*, I, e *Instituciones de Derecho Romano*, Ed. Reus, Madrid, 1929, pp. 215-230, Nss. DL., voces «tutela» y «curatela».

<sup>118</sup> BONFANTE, *Corso*, I, cit. El elenco de los estudios sobre la tutela, puede consultarse en nota a pie p. 551. Sobre todo, se encuentran recogidos en los volúmenes I y II de *Scritti*, de SOLAZZI, Napoli, 1955 y 1957, y PEROZZI, Milano, 1948. La bibliografía, por extensa debe consultarse allí mismo, por lo que remito a su lectura. La obra de RUDORFF, *Das Vormundschaftsrecht*, I-III, Berlín, 1921-1934, es una referencia obligada.

por su hijo. A esta afirmación responde Ulpiano que ya un rescripto del divino Pío ve oportuno que así se haga en el caso de que el hijo viviera con sobriedad, pues antes debería ser dado como curador de su padre, que un extraño. Así D. 26. 5. 12, pr. *Ulp lib 3 off Proc. His, qui in ea causa sunt, ut superesse rebus suis non possint, dare curatorem Proconsulem oportebit.*

«1. *Nec dubitabit filium quoque patri curatorem dare; quamvis enim contra sit apud Celsum et apud alios plerosque relatum, quasi indecorum sit, patrem a filio regi, attamen Divus Pius Instio Celeri, item Divi Fratres rescripserunt, filium, si sobrie vivat, patri curatorem dandum magis, quam extraneum.* Por la misma razón que es posible que sea curador del padre su propio hijo cuando aquel no puede atender sus bienes, lo mismo puede afirmarse en caso de que lo que no pueda es valerse por sí mismo.»

4. ¿Quién pide *curatores*? Hay que pensar que la persona más cercana al incapaz, es decir al loco, sería su madre o sus parientes más allegados.

En las Instituciones de Justiniano (I. 1.23) expresamente se dice:

«1. *Dantur autem curatores ab iisdem magistratibus, a quibus et tutores. Sed curator testamento non datur, sed datus confirmatur decreto praetoris vel praesidis;* se dan curadores por los mismos magistrados que los tutores, pero no se da curador por testamento; mas el nombrado es confirmado por decreto del pretor o del presidente; por tanto estamos ante un sistema de autoridad. Se necesita del nombramiento por parte de la autoridad, el pretor (en la actualidad, el juez). Aunque Bonfante advierte que la curatela siempre era legítima<sup>119</sup>, ya que la testamentaria no era reconocida en las XII Tablas, creo que el fragmento anterior no le contradice.»

«3. *Furiosi quoque et prodigi, licet maiores viginti quinque annis sint, tamen in curatione sunt agnatorum ex lege duodecim tabularum. sed solent Romae praefectus urbi vel praetor, et in provinciis praesides ex inquisitione iis curatores dare.* A pesar de que los furiosos y los pródigos se hallan por la Ley de las XII Tablas bajo la curatela de sus agnados, en Roma, el prefecto de la ciudad o el pretor, y en las provincias los presidentes, suelen nombrarles curadores previa investigación.

4. *Sed et mente captis, et surdis, et mutis, et qui morbo perpetuo laborant, quia rebus suis superesse non possunt, curatores dandi sunt;* también ha de darse curadores a los mentecatos, a los sordos, a los mudos, y a los que padecen por enfermedad incurable, porque no pueden bastarse para sus asuntos. En este fragmento parece que se están equiparando, en cuanto a tratamiento jurídico, esas situaciones que de suyo son bien distintas; no es lo mismo una persona falta de juicio que una que no oye o no habla. En cuanto a la enfermedad incurable, sin duda se está refiriendo a aquellas que mermen las facultades mentales, lo que hace pensar que los romanos consideraron que todos estos supuestos tenían en común la falta de capacidad de obrar, la imposibilidad de entender o de querer (y es seguro que procederían en su determinación, al estudio caso por caso) en suma, lo que hoy consideraríamos personas incapaces en sentido jurídico.

<sup>119</sup> BONFANTE, *Corso*, I, cit., p. 643.

### III. LA RECEPCIÓN

#### 1. El Derecho romano en los territorios peninsulares

Es sabido que la etapa de dominación, influencia e incorporación del territorio peninsular a la República y posteriormente al Imperio Romano, duró en las distintas provincias en las que se articuló la Hispania y la Lusitania, seis siglos: del II a. C. al IV d. C. El derecho aplicable fue predominantemente el Derecho romano vulgar, denominado así por ser derecho clásico simplificado, con fuertes influencias de componentes populares y provinciales <sup>120</sup>.

La aplicación del Derecho romano, así como otras influencias provenientes de la metrópoli, como la lengua, las obras públicas, la organización administrativa en provincias, municipios y colonias, y la cultura clásica greco-latina, sirvieron entonces como elemento de cohesión de los territorios peninsulares. La caída del Imperio Romano de Occidente hacia el 476 d. C., supuso la instauración en el continente europeo de monarquías germánicas <sup>121</sup>. En la península, los visigodos fueron, en gran medida, continuadores de los emperadores romanos, y su legislación aglutinó elementos germánicos, tradiciones locales y de Derecho romano; este último con carácter predominante <sup>122</sup>.

En opinión de algunos autores <sup>123</sup> durante la Edad Media, la ciencia dejó de buscar la verdad por medio del examen y la discusión, y la tolerancia individual fue reemplazada por una serie de irreducibles supersticiones. Se destruyeron públicamente los escritos aristotélicos, se prohibieron los estudios sobre Platón, y se erigieron estatuas a magos y adivinos. Considera Zilborg que la psicología y la psiquiatría fueron reconquistadas por el clero, pues se trata de una época en la que predominó la espada sobre la pluma, de ahí que el conocimiento y las ciencias buscara refugio tras los muros de los monasterios <sup>124</sup>. Como en la antigüedad, volvió a aparecer

<sup>120</sup> FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Derecho público romano y recepción del Derecho romano en Europa*, 4.ª ed., Civitas, Madrid, 1999, p. 215.

<sup>121</sup> Los pueblos germánicos conscientes de la superioridad de la cultura romana tendieron a una progresiva romanización, que enriqueció su tradición cultural y sus costumbres e instituciones jurídicas. Considera la doctrina que es el Derecho romano vulgar, y no el Derecho clásico, el que fue asumido por los pueblos germánicos. Hoy se considera el Derecho germánico el segundo gran tronco —aunque a distancia del romano— del pensamiento jurídico europeo. En este sentido, véase, FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Derecho público romano y recepción*, cit., pp. 213 a 215, y FERNÁNDEZ BARREIRO, *La tradición romanística en la cultura Europea*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S. A., Madrid, 1992, pp. 17 ss.

<sup>122</sup> Los territorios más romanizados fueron los colindantes con el Mediterráneo y en especial la Bética. Sobre el significado de Renacimiento jurídico medieval y la formación de un derecho común europeo, véase, FERNÁNDEZ BARREIRO, *La tradición*, cit., pp. 15-37. También ÁLVAREZ SUÁREZ, *Curso de Derecho romano*, I, Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, pp. 59-66. Sobre los derechos existentes en la península y su aplicación y orígenes de un derecho propio del pueblo aragonés, véase DELGADO ECHEVERRÍA, *El Derecho aragonés. Aportación jurídica a una conciencia regional*, Alcrudo Editorial, Zaragoza, 1977, con constantes alusiones a las obras de Joaquín Costa e interesante bibliografía en pp. 241-247.

<sup>123</sup> Recuerdo que se trata de CABRERA y FUERTES, autores de *Psiquiatría y Derecho, dos ciencias obligadas a entenderse. Manual de Psiquiatría Forense* (obra que cito como *Psiquiatría y Derecho*), p. 18.

<sup>124</sup> ZILBORG y HENRI, *Historia de la Psicología médica*, Lib. Hachette, Buenos Aires, 1941.

un predominio de lo sobrenatural, y en este ambiente el enfermo mental o era considerado como un santo o como un poseso <sup>125</sup>. Se trata de un período de oscurantismo e intolerancia en el que todo lo científico-natural es repudiado, y así San Gregorio de Tours, en el año 594, consideraba la aplicación de las reliquias como una «medicación» muy útil para ahuyentar al «maligno» <sup>126</sup>. El exorcismo se convirtió en una práctica habitual y los encantamientos, preferidos incluso por la medicina oficial <sup>127</sup>. Se produjo un atraso en relación con los conocimientos y aplicación de los mismos en este campo, que ya había sido algo desarrollado por griegos y romanos. La psiquiatría fue excluida de la medicina, reapareciendo posteriormente con la denominación de Demonología. La Iglesia oficial sería la encargada de clasificar y observar los síntomas de la enfermedad mental, siendo prueba de ello los *stigmata diaboli* que siglos más tarde se conocerán con el nombre de histeria. Hasta el siglo XII los enfermos mentales eran considerados como herejes y el tratamiento habitualmente era el reservado para los mismos <sup>128</sup>.

La Edad Media se caracteriza en España <sup>129</sup>, por los fueros (de base germánica y romana) y las Partidas <sup>130</sup>. Elementos de derecho romano y de derecho canónico fueron los configuradores del llamado *Ius commune* de aplicación en Europa <sup>131</sup>, cuya presencia en nuestros días se hace palpable tanto a través de los códigos, como de la legislación no codificada.

<sup>125</sup> Recuérdese en este sentido sobre el origen divino de la *Furiae*, cit. por DILBERTO, *Studi*, pp. 28 a 33; por BONFANTE, *Corso*, I, p. 646, y los textos de CICERÓN, *Nat. deorum* 3, 18, 46, y VARRÓN, *De lingua lat.*, 7, 45, y todo lo mencionado al respecto en la primera parte relativa al Derecho romano.

<sup>126</sup> Citado por CABRERA-FUERTE, *Psiquiatría y Derecho*, p. 19.

<sup>127</sup> Véase si se quiere sobre estos aspectos, y dentro de la literatura no jurídica, de N. GORDON, *El médico*, y para una época algo posterior, del mismo autor, *El último judío*, y de M. YOURCERNAR, *Opus nigrum*, Alaguara, Barcelona, 1988.

<sup>128</sup> Véase de M. DELIBES, *El hereje*, Ed. Destino, 15.ª ed, Barcelona, 1998, y de M. YOURCERNAR, *Opus nigrum*, cit.

<sup>129</sup> FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Derecho Público*, cit., p. 229. Sobre los aspectos relacionados con la difusión de la cultura romanística en los reinos de la España medieval, véase por su extensión, FERNÁNDEZ BARREIRO, *La tradición romanística*, cit., pp. 25 a 37 y 42 a 46, y del mismo autor, *Derecho común y derechos nacionales en la tradición jurídica europea*, La Coruña, 1991, pp. 37 ss. También por su originalidad en el tratamiento de este tema, P. STEIN, *El Derecho romano en la historia de Europa. Historia de una cultura jurídica*, Siglo Veintiuno de España Ed., Madrid, 2001.

<sup>130</sup> Sobre la formación de un sistema de derecho común romano-canónico por obra de la Jurisprudencia, FERNÁNDEZ BARREIRO, *La tradición*, cit., pp. 30 ss. El Derecho romano comienza a ser estudiado como disciplina autónoma (hasta entonces estudiado a nivel elemental dentro de las disciplinas del *Trivium*) a partir de los estudios impartidos por la Escuela de Bolonia, fundada a finales del ssglo XI, con base en la primera recomposición filológica del *Digesto* (*Littera Bononiensis*, también llamada *Vulgata*). Desde otro punto de vista, la adopción del Derecho contenido en el *Digesto* sirvió para la construcción y desarrollo del Derecho canónico, que con el Decreto de Graciano, en 1140-1142, fue objeto de una primera ordenación. Por tanto, es la interrelación entre los Derechos romano y canónico (*utrumque ius*) en la Alta Edad Media, la que hace surgir una cultura jurídica común en ese momento, que refleja también la identidad básica de orden ético-social, que comparte el conjunto de los pueblos europeos. También KOSCHAKER, *Europa y el Derecho romano*, traducción española, Madrid, 1955, pp. 17 ss.

<sup>131</sup> Formado por elementos romano-canónicos y escogido voluntariamente por los pueblos en consideración a su superioridad, tal y como expresa STEIN en *El Derecho romano*, cit., y FERNÁNDEZ BARREIRO, *La tradición*, cit., p. 27.

## 2. Del Derecho romano a las Partidas

Desapareciendo el sistema romano caracterizado por la dualidad tutela curatela, fue sustituido por una institución tutelar de inspiración germánica, ya que fue este el sistema que informó nuestro Derecho gótico o nacional, que apareció reflejado en los Fueros Municipales, Fuero Viejo y Fuero Real<sup>132</sup>. Sus rasgos característicos fueron:

1.º La existencia de una sólo institución de guarda o tutela. No admitiéndose más guardaduría que la tutela legítima.

2.º El desempeño del ejercicio activo de la tutela por parte de los parientes más próximos de forma conjunta, admitiéndose posteriormente la delegación en uno de ellos, si bien sin dejar de tener la familia un cierto poder de intervención.

3.º Desconocimiento de la tutela testamentaria.

Sin embargo, el sistema resultaba insuficiente e imperfecto, y en ningún modo protector del tutelado que quedaba, en ocasiones, desamparado, razón suficiente para cambiar el rumbo de la institución tutelar, abandonándose el sistema de nuestros fueros tal y como se hizo en las leyes de las Siete Partidas.

En el siglo XII se constata la presencia en Bolonia de canonistas castellanos y leoneses, que posteriormente regresaron a España<sup>133</sup>, juristas por tanto, de formación romano-canónica que intervinieron en la obra legislativa de Alfonso X: Las *Siete Partidas*. Promulgadas en el año 1265, son expresión viva del Derecho castellano basado en el *Ius Commune*. Desde el punto de vista de la política del Derecho, representaron una temprana afirmación de la potestad legislativa soberana del monarca para propiciar la unificación jurídica del reino. Recibieron fuerza legal para ser invocadas como derecho común subsidiario con el *Ordenamiento de Alcalá* de 1348, que constituye la versión oficial del texto sancionado por Alfonso XI<sup>134</sup>.

Hechas estas consideraciones con objeto de no dar un salto en el tiempo (el derecho es siempre producto de la evolución de los pueblos además de otros factores<sup>135</sup>), se puede proceder a examinar si en el Código de las Siete Partidas hay alguna referencia en relación con el tema que nos ocupa<sup>136</sup>. De

<sup>132</sup> En palabras de Carmen MORENO-LUQUE, «¿Tutela de familia o tutela de autoridad?», en *La Ley*, 1985-2, p. 1297.

<sup>133</sup> La tradición universitaria se inicia con las Universidades de Salamanca (1218) y Palencia (1220), a las que siguen las de León y Valladolid, pero sólo desde mediados del siglo XIII, con Alfonso X, se incorpora la enseñanza del *Corpus Iuris* (Cuerpo de Derecho civil, llamada así *C. I. Civilis* desde 1583 por Dionisio Godofredo por contraposición al *C. I. Canonici*), junto al Derecho canónico.

<sup>134</sup> Hay que recordar, sin embargo, que la recepción romanística en Castilla tuvo ya su primer momento de manifestación en el año 1255 con el *Fuero Real* y el *Espéculo*.

<sup>135</sup> «La lucha [...] el trabajo sin descanso [...], el razonamiento [...], la ciencia [...], el derecho será el eternamente mudar; así lo que existe debe ceder pronto su puesto al nuevo cambio [...]. El Derecho considerado en su desenvolvimiento histórico nos presenta, pues, la imagen de la investigación y de la lucha [...]» IHERING, *Introducción de La lucha por el Derecho*, Doncel, Traducción de A. Posada, ed. de 1976, Madrid, 1976, pp. 46, 48, 50 a 52, y FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Derecho público romano*, cit., p. 213.

<sup>136</sup> Referencias a la enfermedad mental ya se encuentran en el Decreto de Graziano, en concreto al hablar de las razones por las que un cónyuge puede abandonar al otro con justa causa, para establecer normas a propósito del deber de cohabitar los cónyuges. Este deber queda suspendido en virtud de una enfermedad grave (piénsese en la enfermedad mental y la lepra que era común en la época), y sirve de base para

manera general, cabe decir en palabras de Mouton y Ocampo<sup>137</sup> que la curatela en el Derecho civil español no tuvo ninguna importancia, siendo desconocida en todos los cuerpos legales anteriores a las Partidas, y si en estas aparece desenvuelta, fue debido exclusivamente al plan seguido por el Rey Sabio en dicha Recopilación de transcribir casi íntegramente la legislación contenida en el Derecho romano.

Es posible que los juriconsultos eminentes que tomaron parte en la ordenación del Código de las Siete Partidas se hubieran formado en la Universidad de Bolonia, donde ya en 1265 se había creado un Colegio español debido a la afluencia de estudiantes españoles entusiasmados por la cultura del Derecho que dimanaba de las Compilaciones de Justiniano<sup>138</sup>. De regreso a la Península, recibirían honores, mercedes y cargos<sup>139</sup>.

---

configurar una de las causas de separación matrimonial *manente vínculo* (si bien con carácter restrictivo), y que luego ha pasado a constituir dentro del elenco de causas previstas por el CC en materia de separación matrimonial y divorcio, base para solicitarlo. En concreto, el artículo 82 CC actual, en su redacción dada por Ley 30/1981, de 7 de julio, causa cuarta: [...] o las perturbaciones mentales siempre que el interés del otro cónyuge o el de la familia exijan la suspensión de la convivencia. También sobre ello se recomienda la lectura de LÓPEZ ALARCÓN, «Nulidad, separación y divorcio por causa de perturbación psíquica, alcoholismo y toxicomanía», en *La Ley*, 1982-1, pp. 867 ss. Para un tratamiento más extenso del tema y jurisprudencia abundante, puede consultarse mi trabajo. *Las causas de separación matrimonial en el Derecho comparado y en el Derecho español. Estudio doctrinal y jurisprudencial*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2002, pp. 82 a 87 para el Derecho antiguo, y pp. 426 a 450 para el actual.

<sup>137</sup> Voz «Curatela», en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, F. Seix Ed., t. VI, Barcelona, 1954, p. 168.

<sup>138</sup> Piénsese que a pesar de las invasiones bárbaras a principios del siglo VI, las antiguas leyes romanas prevalecieron sobre sus leyes y costumbres, si bien dejaron que en el orden civil cada pueblo eligiese la ley por la que había de regirse. El Derecho romano quedó reducido a la condición de Derecho personal. Para un examen más profundo de todo lo que aconteció, véase de POU Y ORDINAS, *Historia Externa del Derecho Romano*, 3.ª ed., Barcelona, 1934, pp. 259 a 267 y 238 a 240. Hay que recordar que en España, sometida al poder de los visigodos, regía el Breviario de Alarico, donde se había compendiado la legislación romana vigente en el momento de su formación, y declarada solemnemente Ley obligatoria. Hacia el año 506 (unos treinta años antes que Justiniano redactase sus vastas recopilaciones) fue prohibido bajo severas penas, que nadie en los sucesivos alegase ante los tribunales regla alguna de derecho que no estuviese en aquella contenida. Estuvo en vigor hasta mediados del siglo VII, época en que los reyes Chindasvinto y Recesvinto promulgaron la ley territorial de los visigodos conocida con el nombre de *Fuero-Juzgo* (corregido y aumentado fusionaba los dos elementos romano y germánico que hasta entonces marchaban con independencia) por el que habían de regirse todos los españoles sin distinción de raza (cfr. con la *Ley de los Visigodos*, II, 1, C. 9 y C. 10, Haenel, Leipzig, 1848, reproducción de 1962). El *Fuero Juzgo* como ley única continuó siendo Derecho vigente hasta después de la invasión árabe, por lo que el estudio del Derecho romano debió entrar en franca decadencia si tenemos en cuenta las circunstancias de la época (la reconquista, y la concesión de los fueros municipales). Sobre la compilación alaricana, véanse por su interés las páginas 265 a 267 de *Historia Externa*, cit., y ÁLVAREZ SUÁREZ, *Curso* I, pp. 42-43 y 59-66.

Iniciado en Bolonia el estudio de las Compilaciones de Justiniano, resurge en España el afán por el conocimiento de ese Derecho.

<sup>139</sup> En palabras textuales de POU Y ORDINAS, «Serían colocados en las dignidades, judicaturas y cátedras, que no tardaron en abrirse en nuestras universidades, para que pudieran enseñar en ellas la renacida ciencia del Derecho romano», *Historia Externa*, cit., p. 339.

### 3. La protección del discapacitado en el Código de las Siete Partidas

En *Las Siete Partidas* de Alfonso X aparecen leyes sobre la locura y su importancia judicial<sup>140</sup>. En concreto, la Partida Sexta<sup>141</sup>, Ley XIII, dice textualmente:

*Curatores fon llamados en latin, aquellos que dan por guardadores a los mayores de catorze años, e menores de veynte e cinco años, feyedo en fu acuerdo. E aun alos q fueffen mayores, feyedo locos o defmemoriados. [...] q el curador no deve fer dexado enel testamento, pero fi fuere y puefto, e el judgador entendiere q es a pro del moço, deve lo confirmar [...].*

La diferencia, entre la curatela y la tutela, estaba reducida en las Partidas al hecho de que la primera proveía a la defensa y guarda de los varones de catorce años, de las hembras mayores de doce y de los dementes, mentecatos, pródigos, mudos, sordos y desmemoriados, habiéndola extendido después los jurisconsultos a todas las personas que por perpetua enfermedad no podían atender a la administración y guarda de sus bienes<sup>142</sup>.

De la lectura atenta de la Partida Sexta íntegramente, se desprenden los principios básicos de la institución tutelar contenidos en este cuerpo legal:

1.º Tutela unipersonal, aunque excepcionalmente se admitiese la pluralidad de tutores cuando había varios parientes en el mismo grado de parentesco.

2.º Distinción entre tutela y curatela. Ambas instituciones se daban para la persona y los bienes del pupilo menor o incapacitado, pues para ambos fines, guarda personal y patrimonial, se constituían.

3.º Reconocimiento de tres clases de tutela: testamentaria, legítima y dativa.

Pero una cosa era la protección dispensada al loco por medio del curador, recogida en el Derecho de la época, y otra las consideraciones sociales, e ideológico-filosóficas que existían en esos momentos sobre tales personas. Así, en el Renacimiento, el libro *Malleus Maleficarum*<sup>143</sup> recoge la postura mencionada anteriormente. El diablo era el causante de la melancolía. Pecado era equivalente a enfermedad mental. Fue a mediados del siglo xvi cuando comenzó a desarrollarse un movimiento crítico ante los abusos de la

<sup>140</sup> Como curiosidad, decir que también se recogen aparte de diversas materias, leyes relativas a la nulidad matrimonial por impotencia, partos fuera de tiempo, la virginidad, el hermafroditismo y la responsabilidad médica, que hasta entonces sólo habían sido contemplados en el Derecho canónico.

<sup>141</sup> *Las Siete Partidas*, glosadas por Gregorio López, impreso por Andrea de Portonaris, Salamanca, 1555, edic. facsímil del BOE, Madrid, 1974. Sobre el valor de este código que ocupa un lugar prominente entre las normas de derecho positivo casi hasta nuestros días, véase nota del editor y notas a pie 26 ss. hasta el final.

<sup>142</sup> MOUTON Y OCAMPO, «Curatela», cit., p. 169.

<sup>143</sup> Sus autores, los dominicos SPRENGER y KRAEMER lamentablemente se convirtieron en una muestra de lo que brutalidad de la mente humana puede llegar a desarrollar. Redactado en 1487, fue reproducido en 29 ocasiones, la última de ellas en 1669. Sus teorías sirvieron de argumento para la llamada «caza de brujas» [...] «toda brujería proviene de la concupiscencia carnal que en la mujer es insaciable [...]». Piénsese que la última bruja ejecutada en Alemania lo fue en 1775 y en Suiza en 1782. Estos aspectos y otras curiosidades están recogidos por ZILBORG en su *Historia*, cit.

aplicación de estas teorías<sup>144</sup>, y surgió el antecedente de lo que podemos llamar la moderna Psicología. Los autores consideran por primera vez el origen natural de la enfermedad mental<sup>145</sup>. Se comienza a hablar del enfermo del espíritu por contraposición del enfermo físico<sup>146</sup>, y la literatura refleja por vez primera la situación de algunas de esas personas y los tratamientos que les son aplicados<sup>147</sup>.

#### 4. La Codificación en España

La curatela, subsistió en España a través de todos los cuerpos legales posteriores a las Partidas, hasta la publicación de las leyes de Enjuiciamiento Civil de 1855 y de 1881 que establecieron las últimas reglas del Derecho anterior al Código Civil para el nombramiento de curadores, modificando y completando la doctrina contenida en las Partidas<sup>148</sup>. Sobre la evolución histórica que sufrió la tutela a la par que la curatela, la profesora Sesma se ha referido extensamente<sup>149</sup>. Los antecedentes de la unión de tutela y curatela son descritos por Peset Reig<sup>150</sup>. El movimiento codificador patrio, en un primer momento (Proy. de CC de 1821 y 1851) mantuvo la dualidad tutela-curatela para luego unirse ambas figuras en el código de 1889. El proyecto de CC de 1851 conservó la institución de la curaduría ejemplar (que es la que nos interesa en el presente estudio, por su relación con la protección jurídica del discapacitado psíquico), que otorgó al mayor de edad incapaz de administrar sus bienes, pero el CC de 1889 consideró que no existía razón que justificara la subsistencia de una distinción conservada a través de los siglos entre la tutela y la curatela dada la identidad

<sup>144</sup> Rudolf GOECKEL, en 1590, empleó por primera vez la palabra Psicología. A partir de ella comienza su desarrollo por parte de diversos autores, entre los que destacan Bacon y el español Luis Vives.

<sup>145</sup> Weyer (1515-1588) está considerado como el primer psiquiatra de la historia, CABRERA-FUERTES, *Psiquiatría y derecho* p. 20. Recuérdese que ya se había referido al enfermo mental CICERÓN en *Tusculanas*.

<sup>146</sup> Las consideraciones que hace sobre el tratamiento del mismo Concepción ARENAL, de carácter comprensivo, aunque en época decimonónica, merecen ser consultadas, por lo que remito a la lectura de la autora, *Obras completas*, t. I, «El visitador del pobre». «La beneficencia, la filantropía y la caridad». De los enfermos de espíritu», ed. Atlas, Madrid, 1993, pp. 59 ss.

<sup>147</sup> Además de los ya citados, y a modo de ejemplo, CARRILLO DE ALBORNOZ, en *La cautiva de Tordesillas*, que narra la reclusión de Juana la loca. Ch. BRONTE, en *Jane Eyre*, relata la ocultación y el misterio en torno a una dama de alcurnia en las dependencias más alejadas de un tétrico castillo. GOETHE, *Los sufrimientos del joven Werther*, Sarpe, Madrid, 1985, cuya única salida ante la pasión amorosa no correspondida es el suicidio. En la actualidad, DELIBES, en *El hereje*, etc.

<sup>148</sup> MOUTON Y OCAMPO, «Curatela», cit., p. 169.

<sup>149</sup> Por lo que remito a María Victoria SESMA URZAIZ, «La estructura de la tutela: su evolución histórica», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia (RGLJ)*, julio 1985, pp. 9 a 40, tanto por su claridad expositiva y exhaustividad, como por su conexión con la curatela, es un referente obligado. Para las particularidades y clasificación de la curatela en la LEC de 1881: *ad bona*, *ejemplar* y *ad litem* o para pleitos, véase la misma autora, *op. cit.*, o las colecciones legislativas civiles y procesales anteriores al Derecho vigente directamente, también, MOUTON Y OCAMPO, «Curatela», cit., p. 169.

<sup>150</sup> En *Revista Cúdice de Derecho Inmobiliario (RCDI)* XLVII/1, 1971, p. 303, y cit. por María Victoria SESMA en «La estructura...», cit., pp. 9 ss.



del objeto de ambas instituciones<sup>151</sup>, por lo que refundió en una sola las dos creaciones cuasi familiares, suprimiendo la curaduría, y reglamentando y desarrollando la tutela bajo bases muy amplias y firmes, según la doctrina de la época<sup>152</sup>. Por tanto, asimilación de la tutela y la curatela, siendo tuteladas también las del loco y la del pródigo. De este modo, la curaduría del loco se vio sustituida por la tutela correspondiente.

Resumiendo, en cuanto al Derecho histórico, cabe decir en palabras del profesor De los Mozos que si bien la influencia romana en el Derecho moderno es indiscutible, la organización romana de la tutela no ha pasado al Derecho moderno con la pureza de otras instituciones<sup>153</sup>. Por su parte, en el artículo 287 CC actual (reforma de 1983), además de volver a escindirse ambas figuras, se distingue la curatela de los emancipados y beneficiarios de la mayoría de edad, de la curatela de los incapacitados con incapacidad parcial y la de los declarados pródigos<sup>154</sup>. Es en todo caso a este segundo supuesto<sup>155</sup> al que hay que hacer referencia (con matizaciones) si lo que buscamos es una aproximación en parte con la *cura furiosi* del Derecho romano<sup>156</sup>: a la curatela de los incapacitados con incapacidad parcial.

### III. EL PRESENTE

#### 1. Delimitación del tema

Siendo, por su naturaleza, la tutela, una institución familiar (en la que intervienen factores de orden público), y, por su finalidad, una institución de guarda, cuidado de la persona y gestión del patrimonio, en el caso de existencia de la patria potestad, se acude a las reglas previstas para su ejercicio<sup>157</sup>

<sup>151</sup> Sobre las razones de la unificación de la materia de tutela, véase María Victoria SESMA, «La estructura...», cit., y LETE DEL RÍO, *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, dir. por M. Albaladejo, Edr., t. IV, Jaén, 1978.

<sup>152</sup> Baste citar por todos a MOUTON Y OCAMPO, *Curatela*, cit., p. 169.

<sup>153</sup> J. L. DE LOS MOZOS, en CASTÁN, *Derecho civil español común y foral*, t. V, vol. 2, 8.ª ed., Madrid, 1966, p. 280 [...], por el contrario, se han sobrepuesto y han triunfado sobre ella los sistemas tutelares nacidos en el Derecho consuetudinario francés y en los Derechos germánicos, los cuales ponen sobre la persona del tutor un órgano de alta dirección y vigilancia de la tutela, desconocido del Derecho romano, y constituido por una asamblea de parientes en el sistema francés y por un tribunal especial de tuteladas en el sistema germánico [...].

<sup>154</sup> Los pasos que han llevado hasta esta regulación están claramente descritos por María Victoria SESMA, «La estructura», cit. a lo largo de sus páginas.

<sup>155</sup> Para el que sin duda estaba prevista la *curatela ejemplar* (llamada así la establecida por razón de incapacidad para todos los incapacitados física o moralmente, cualquiera que fuese su edad) de nuestro derecho histórico antes de la redacción del CC de 1889.

<sup>156</sup> En el Derecho actual se va a hablar de curatela, para los casos de graduación de la incapacitación. En concreto, GARCÍA CANTERO, «Notas sobre la curatela», en *Revista de Derecho Privado (RDP)*, sept. 1-1984, p. 802, considera que es adecuada esta figura para el caso de los deficientes poco profundos.

<sup>157</sup> SANCHO REBULLIDA en «Tutela e instituciones afines», t. III de la obra *El nuevo régimen de la familia*. VV. AA.: LACRUZ BERDEJO, SANCHO REBULLIDA, LUNA SERRANO, DELGADO ECHEVERRÍA, RIVERO HERNÁNDEZ, p. 48 (de ahora en adelante al referirme a este apéndice, o tomo III, lo haré del modo siguiente: SANCHO REBULLIDA, *Tutela e institucio-*

tras la Ley de 24 de octubre de 1983 de reforma de la tutela en el CC. Voy a tratar algunos aspectos relacionados con la protección jurídica del discapacitado no sometido a patria potestad; en concreto, de la necesidad de declaración de incapacidad y de la posibilidad de graduación de la tutela.

## 2. Las personas que no pueden gobernarse a sí mismas

Según Sancho Rebullida, el reto principal que tenía que atender la reforma era la de la tutela del llamado subnormal<sup>158</sup>. El CC regulaba unitariamente la tutela de los locos o dementes (en el antiguo art. 200.2) junto con la de los sordomudos que no supieran leer y escribir, en la sección segunda del capítulo III del título IX, artículos 213 a 220. A tenor del artículo 218, se desprendería que la declaración de incapacidad debería hacerse sumariamente, y la que se refería a sordomudos fijaría la extensión y límites de la tutela según el grado de incapacidad de aquellos, por lo que la doctrina mayoritaria entendió *contrario sensu*, que la tutela de los locos o dementes no admitía graduación<sup>159</sup> debido a que el Código no admitía diversificaciones de la enfermedad o deficiencia mental. Sin embargo, ya en 1947 la jurisprudencia del TS marcó un hito en la interpretación y aplicación de los preceptos anteriores<sup>160</sup> ya que postulaba la tesis de graduabilidad de la incapacitación y la consecuente tutela de los subnormales, en cuanto débiles o retrasados mentales. Postura a su vez recogida en las Memorias que eleva anualmente la Fiscalía del Tribunal Supremo, en este caso las correspondientes a los años 1948 y 1952. También fue mantenida por las sentencias de 25 de marzo de 1961, 7 de abril de 1965 y 6 de febrero de 1968 y esgrimida a partir de entonces casi unánimemente por la doctrina<sup>161</sup>. Este giro jurisprudencial y la subsiguiente polémica doctrinal que surgió sirvieron para evidenciar que la sociedad de aquellos años contenía (¿escondía?) un gran número de personas no sujetas a patria potestad y que sin embargo no podían gobernarse por sí mismas, pero a las que la moderna Psiquiatría rehusaba calificar como locos o dementes. Personas subnormales que no constituían un bloque uniforme de incapacidad natural<sup>162</sup>.

---

*nes afines*). Por ejemplo, se hace extensiva la patria potestad prorrogada a todas las causas de incapacitación del hijo.

<sup>158</sup> SANCHO REBULLIDA, *Tutela e instituciones afines*, p. 42.

<sup>159</sup> Entre otros, VILAR BADIA y BERCOVITZ, cit., por SANCHO REBULLIDA, *op. cit.*, p. 42.

<sup>160</sup> Me refiero a la STS de 5 de marzo de 1947, cuyo extracto es transcrito por SANCHO REBULLIDA, *op. cit.*, en las páginas 42 a 44. También lo refiere LACRUZ en *Elementos de Derecho civil*, I, pp. 148 y 149.

<sup>161</sup> Sentencias citadas por SANCHO REBULLIDA, *op. cit.*, p. 44, y LACRUZ, *Elementos*, I, cit. A pesar de ello, se oyeron voces discrepantes como las de DE CASTRO. Pueden verse sus argumentos en «Incapacitación del imbécil», en *Anuario de Derecho Civil*, 1948, pp. 294 ss. que fueron refutados uno a uno por ROGEL VIDE, *Estudio para la reforma de los preceptos del CC relativos a la tutela*, Fundación General Mediterránea, Madrid, 1977, pp. 214 ss., y también por FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, «La incapacitación de los locos y dementes: ¿es susceptible la graduación en nuestro Derecho positivo?», en *RGLJ*, 1967, pp. 213 ss.; CARRETERO, *La problemática de los subnormales en España*, Madrid, 1977, pp. 98 ss., autores y obras también cit. por el mismo Sancho Rebullida, el cual, sin dejar de estar de acuerdo en parte con De Castro, califica la tesis del TS como encomiable y progresiva, conduciendo a soluciones convenientes y equitativas (*op. cit.*, p. 45).

<sup>162</sup> Como más adelante se verá, es incluso difusa su frontera con la normalidad; son muy variadas las categorías que se incluyen en esa posible clasificación, lo que necesariamente influirá en el grado de incapacitación, y, por tanto, en la amplitud de la tutela a que se les deba someter.

Hacia 1975, el Patronato de Ayuda a Subnormales, de la Fundación General Mediterránea, encomendó al profesor DIEZ PICAZO la dirección de un estudio sobre la tutela de los subnormales. En 1977, dicha fundación, en colaboración con el Servicio de Recuperación y Rehabilitación de Minusválidos (SEREM), publicó las conclusiones del equipo de trabajo<sup>163</sup>, en forma de texto articulado, que constituyó un anteproyecto privado de modificación del CC en materia de incapacitación y tutela, antecedente inmediato de la reforma llevada a cabo en 1983. En él se sustituye el sistema de unidad de guarda y el de tutela familiar por el de pluralidad de guarda y por el de tutela judicial, respectivamente; se incluye la patria potestad prorrogada, después acogida por la Ley de 13 de mayo de 1981<sup>164</sup>, y se tienen muy presentes las reformas del Derecho comparado, en especial la francesa de 1964<sup>165</sup>. En nuestro país (ese mismo año de 1983), se creó en Guipúzcoa la primera Fundación Tutelar a favor de las personas con deficiencia mental<sup>166</sup>.

### 3. De la protección prevista en el CC

Que los menores puedan ser incapacitados ya no ofrece duda a tenor del nuevo artículo 201, siempre que concurren dos requisitos: que exista causa (las del art. 200) y que se dé una previsión o pronóstico razonable de que la causa persistirá cuando alcancen la mayoría de edad. En este supuesto la tutela no entra en juego, pues se mantiene la patria potestad por ser menores<sup>167</sup> y se prorroga por ministerio de la ley (art. 171) al alcanzar la mayoría

<sup>163</sup> Se trataba del *Estudio para la reforma de los preceptos del CC relativos a la tutela*, firmado por los catedráticos DIEZ-PICAZO, BERCOVITZ, ROGEL, CABANILLAS, CAFFARENA, todos ellos profesores del Departamento de Derecho civil de la Universidad Autónoma de Madrid (SANCHO REBULLIDA, *op. cit.*, p. 27, nota 8, y p. 46, nota 30. También I. SERRANO GARCÍA en «Prólogo» a VV. AA., *La protección jurídica del discapacitado. I Congreso Regional*, p. 13.

<sup>164</sup> Donde también están impresos los principios de la Constitución de 1978, que se examinarán más adelante.

<sup>165</sup> Para el estudio del Derecho comparado, véase GARCÍA CANTERO, «Estudio comparado de la tutela», en VV. AA., *I Congreso Regional*, pp. 85 a 119.

<sup>166</sup> A partir de entonces no ha cesado el incremento de fundaciones tutelares a lo largo y ancho de España, lo que hace que en 1995 se constituya la Asociación Española de Fundaciones Tutelares (I. SERRANO GARCÍA en «Prólogo» a VV. AA., *I Congreso*, p. 13).

<sup>167</sup> De la misma manera que en Derecho romano el púber discapacitado mentalmente, o *furiosus*, que sea *alieni iuris*, estará sometido a la *patria potestas* del *pater familias*. Sólo si es *sui iuris*, surge la *cura furiosi* por parte de los *agnati proximi* (parientes varones por línea paterna que estén en grado más próximo, pudiendo ser varios tal y como afirma VARELA, *De contutoribus*, cit.). Púberes son propiamente los que han alcanzado el desarrollo físico que los hace aptos para procrear, al cual se presume que va unido un suficiente desarrollo intelectual. El impúber *sui iuris* era colocado bajo la protección de un tutor y llamábase pupilo. Dentro de los impúberes se distinguió *ab antiquo* los infantes, *qui fieri non possunt* (hasta los siete años) de los próximos a la infancia (de siete a diez años) y los próximos a la pubertad (hasta los catorce si es varón o doce si es hembra, según la teoría proculyana). La capacidad de obrar del infante es absolutamente nula. En cambio, el impúber que ha pasado la infancia no puede naturalmente contraer matrimonio y tampoco hacer testamento, pero puede realizar válidamente los demás actos jurídicos, siempre y cuando su voluntad sea integrada por el consentimiento del tutor (*auctoritas tutoris*). En cuanto a la curatela, esta es una institución que encuentra su iniciación en las XII Tablas, casi como una sustitución de la tutela en orden a los varones púberes, pero furiosos. BONFANTE, *Instituciones de Derecho romano*, traduc. de la 8.º ed., Edit. Reus, Madrid, 1929, pp. 55 y 56, 216 y 230.

de edad <sup>168</sup>. Pero también existen otra serie de personas que pueden resultar incapacitadas: las personas que padecen enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico, que se ven impedidas para gobernarse a sí mismas, y que no están sometidas al régimen de cuidado que les otorga la patria potestad. Según el artículo 215 del CC: La guarda y protección de la persona y bienes o solamente de la persona o de los bienes de los (menores o) <sup>169</sup> incapacitados, se realizará, en los casos que proceda, mediante:

- 1.º La tutela.
- 2.º La curatela
- 3.º El defensor judicial.

La tutela se caracteriza por ser un órgano estable, de actuación habitual, cuya finalidad esencial consiste en suplir la capacidad de obrar de quien carece de ella sin estar sometido a la patria potestad <sup>170</sup>. Por tanto, se establece para los menores no emancipados cuando por cualquier causa no están sometidos a la patria potestad (supuestos del art. 222.1) y para los incapacitados al cesar la patria potestad prorrogada. Además de para las personas declaradas incapacitadas por sentencia, cuando en ella así se establezca (art. 222.2). En caso de no ser necesario suplir la capacidad de obrar sino sólo completarla en aquellos casos en que la ley lo requiera, se establece la curatela, que aunque también es un órgano estable su actuación no es habitual <sup>171</sup>. En estos casos, el sometido es capaz de obrar, actúa por sí solo, pero, en ocasiones, la ley requiere un complemento de capacidad que viene representado por la intervención del curador <sup>172</sup>. No comprende pues la representación del sometido, sino tan sólo un complemento de su capacidad <sup>173</sup>. En el caso del incapacitado, deberá prestar su asistencia en los casos previstos en que así lo determine la sentencia o en su defecto, la ley (supuestos de los arts. 288 y 289, en relación con el 298 y 287, respectivamente, y art. 290 en relación con el 287, 271 y 272). Por su parte, el defensor judicial no es un órgano habitual, ni estable, pues está previsto que sustituya al representante legal (padres o tutor) cuando exista conflicto de intereses entre estos órganos y el (menor o) <sup>174</sup> incapacitado sometido a ellos <sup>175</sup>. Por otra parte, el Código atribuye la representación y defensa de la persona que

---

<sup>168</sup> SALINERO, *La delación y ejercicio de la tutela por persona jurídica*, en VV. AA. *I Congreso*, p. 138.

<sup>169</sup> El paréntesis es mío; quiero recordar que sólo me ocuparé de ellos en los supuestos en que no estén sujetos a patria potestad, o patria potestad prorrogada.

<sup>170</sup> SANCHO REBULLIDA, *Tutela e instituciones afines*, p. 58.

<sup>171</sup> SANCHO REBULLIDA, *idem*, p. 59.

<sup>172</sup> Véanse los supuestos previstos en los artículos 288 y 289 CC.

<sup>173</sup> Recuérdese tal y como se observa en la primera parte de este estudio, que en Derecho Romano, para ambos casos, suplir o complementar, interviene la misma figura, el *curator furiosus*, que en unos casos actúa interponiendo su autoridad, *consensus curatoris*, y en los otros, como un gestor de negocios, *negotiorum gestio* (U. ÁLVAREZ SUÁREZ, «Instituciones de Derecho romano III», *Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1977*, p. 176).

<sup>174</sup> Vuelvo a poner paréntesis por las razones antes aludidas. El estudio del tema de la protección jurídica del menor (tanto el no sometido a patria potestad por haberse esta extinguido según los supuestos de los artículos 169 y 170, como los que se hallen en situación de desamparo) puede llegar a ser apasionante, pero no es objeto de este estudio, sí lo es el de la protección jurídica del menor discapacitado en virtud de sentencia, ya que está comprendido dentro del concepto general de discapacitado, limitación a la que desde el principio me he visto obligada, a sabiendas de que de otro modo el tema excedería el objeto de nuestro estudio.

deba ser sometida a tutela, en tanto no hay resolución judicial al respecto, al Ministerio fiscal, y la de sus bienes a un administrador<sup>176</sup>.

Según el artículo 216, las funciones tutelares, constituyen un deber, pues se ejercerán en beneficio del tutelado y estarán bajo la salvaguarda de la autoridad judicial. Como la patria potestad<sup>177</sup>, la tutela constituye según Sancho Rebullida un *officium*<sup>178</sup>.

#### 4. Sistema mixto en relación con el sistema de tutela imperante en nuestro ordenamiento o el viejo dilema entre tutela de familia-tutela de autoridad

Una vez habida sentencia de incapacitación<sup>179</sup>, surge la necesidad de constituir la tutela. Como se ha dicho aquí repetidas veces, la tutela es para-

<sup>175</sup> SANCHO REBULLIDA, *Tutela e instituciones afines*, p. 59.

<sup>176</sup> Entiéndase que se está dando por supuesto que se haya en trámite la incapacitación judicial de una persona. Para los casos en que no se estuviera tramitando, la ley prevé la guarda de hecho. De esa manera se pretenden dar protección a todos aquellos que por su situación la necesitan (arts. 303, 304).

<sup>177</sup> PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derecho de familia*, Secc. de Publicac. Univ. Complutense, Madrid, 1989, pp. 505 a 507, al tratar de la patria potestad considera (alejándose de otras posturas) que más que un derecho subjetivo es un poder-deber, es decir, un poder que el Derecho confiere como presupuesto indispensable para el cumplimiento de un deber (el deber de amparo y educación) [...], y p. 554 [...]. Si las instituciones tutelares fueran potestades (en el sentido de medios instrumentales para realizar una función) en vez de derechos subjetivos, los encargados de la tutela, serían funcionarios [...].

<sup>178</sup> SANCHO REBULLIDA, *La tutela e instituciones afines*, p. 62. Sobre el sentido romano del término, GARCÍA GARRIDO, *Diccionario de Jurisprudencia romana*, p. 259. Sobre si es un *officium* o un *munus publicum*, carga o deber, véase IGLESIAS, *Historia e Instituciones*, p. 544, y ÁLVAREZ SUÁREZ, *Curso*, I, pp. 153-158.

<sup>179</sup> A sabiendas de que los efectos de la incapacitación surgen a partir de que la sentencia que la declare sea firme (en este sentido, GORDILLO, en «Comentario a la STS de 1 de febrero de 1986», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, CCJC, núm. 10, enero-marzo 1986, p. 3412: [...] Aunque la incapacitación es relevante en sí misma, el mecanismo completo y general de protección del incapaz necesita de la intervención y del pronunciamiento judicial [...], sólo entonces se opera su tránsito del estado jurídico de persona capaz al de incapaz. Ello no obsta a que los actos realizados por el enfermo mental no constituido incapaz puedan ser recurribles de ineficacia o anulabilidad por los mecanismos previstos para ello en el CC [...]. Sobre ellos trata el Prof. DELGADO ECHEVERRÍA en su «Comentario a la STS de 4 de abril de 1984. Enfermedad mental: invalidez de actos de enfermo mental no incapacitado. Inexistencia, nulidad, anulabilidad, legitimación activa. Presunción», CCJC, núm. 5, abril-agosto 1984, pp. 1569-1579. Una atenta lectura de los principios constitucionales nos lleva a afirmar que la situación de incapacitación se pretende transitoria. Los poderes públicos deberán posibilitar la recuperación del enfermo (no obstante, su limitación en muchos casos podrá ser para siempre). La sentencia podrá ser modificada si cambia la situación (estado de forzosa provisionalidad que tiene como objetivo precisamente la recuperación de la capacidad perdida, en palabras de VARGAS CABRERA, «Aspectos civiles y procesales», VV. AA. *I Congreso*, cit., p. 122). En estos casos se procederá de la misma manera, judicialmente, pues los efectos de la incapacitación persisten mientras no los haga cesar una nueva declaración judicial, procedimiento que podrá incoar el mismo incapacitado al que a estos efectos se le reconoce capacidad de obrar. También se podrá modificar el alcance de la incapacitación ya establecida [...] en todo caso las sentencias que declaran la incapacitación, la extinguen o la modifican, se inscribirán de oficio en el Registro civil y si procede, también en el de la Propiedad y en el Mercantil. Estos temas están tratados en profundidad por LACRUZ, véase *Elementos*, III bis. FERNÁNDEZ-PRIDA, por su parte, considera que además de la publicación de la sentencia de incapacitación en el Registro correspondiente, debe hacerse referencia a la forma en que va a ser regulada, «La autotutela», en VV. AA., *I Congreso*, p. 74.

lela a la patria potestad, pues tiene la misma finalidad y cumple la misma función, sin embargo, mientras que en la segunda el ordenamiento jurídico confía plenamente (ya que sólo en contadas ocasiones le impone limitaciones y controles), por el contrario parece desconfiar de la primera, quedando sólo los actos más comunes y sencillos de la vida jurídica cotidiana fuera de dicho control<sup>180</sup>. El tutor vela, cuida, alimenta y educa al tutelado. Es el representante legal del mismo por lo que administra y dispone su patrimonio.

La tutela, en cuanto institución protectora de menores e incapaces, ha estado siempre presente en la historia de las legislaciones de los países europeos, aunque con denominaciones diferentes, y respondiendo a principios inspiradores distintos cundo no contradictorios entre sí<sup>181</sup>. Pues bien, según el modo de organizar la tutela se distinguen dos sistemas: tutela de familia y tutela de autoridad<sup>182</sup>. La tutela de familia se organiza de modo que las instituciones tutelares, los órganos y el control pertenecen a la familia del sujeto a tutela, aunque la autoridad judicial o los órganos administrativos correspondientes intervengan. La tutela de autoridad implica que el tutor, que puede ser, y lo será normalmente un miembro de la familia del pupilo (si lo hay), queda bajo la vigilancia, control y supervisión de la autoridad judicial o de un órgano administrativo. O, dicho de otro modo, en el sistema de tutela de familia, esta es ejercida por el grupo familiar al que pertenece el pupilo, y en el de autoridad, la ejerce el Estado, bien a través de determinadas autoridades, bien a través de organismos especializados. Sin embargo, en palabras del profesor García Cantero, resultaría engañoso simplificar los términos de la anterior dicotomía, pues ya en el siglo XXI, apenas existen en Derecho comparado modelos puros<sup>183</sup>, lo que le lleva a concluir una vez examinadas distintas legislaciones<sup>184</sup> que existen, más bien, sistemas mixtos.

El sistema de familia fue recogido por el Código de Napoleón y de allí pasó a los códigos latinos, el italiano de 1865, portugués y el español, mientras que el de autoridad fue seguido por los códigos germánicos: BGB, suizo, austríaco, los de los países escandinavos, legislaciones anglosajonas, y posteriormente por el CC italiano de 1942, por el CC francés en su redacción de 1964, y por el CC español tras la reforma de 1983<sup>185</sup>.

El CC español a lo largo de su historia, ha tenido una regulación de la tutela algo peculiar, como ya se ha visto en páginas anteriores. Los precedentes históricos, previos al CC, recogían en materia de tutela normas que con

<sup>180</sup> O'CALLAGHAN, *op. et loc. cit.*

<sup>181</sup> En este sentido, GARCÍA CANTERO, «Estudio comparado de la tutela», en VV. AA., *I Congreso*, cit., p. 85.

<sup>182</sup> En relación con el dilema tutela de familia-tutela de autoridad, y en general sobre toda esta materia, véase SANCHO REBULLIDA, «Tutela e instituciones afines», cit., pp. 36 a 41, páginas y Carmen MORENO LUQUE. *op cit.*

<sup>183</sup> Quizá lo sería el instaurado por el Código de Familia de la Rep. Dem. Alemana, de 1965, & 88-103, de carácter básicamente administrativo, ya que se encomendaba a los órganos de la *Jugendhilfe* con la colaboración del Notariado estatal (GARCÍA CANTERO, «Estudio comparado de la tutela», cit., p. 85).

<sup>184</sup> En concreto, Francia, Italia (CC de 1865 y CC de 1942), Portugal (CC de 1867, CC de 1966 y reformas posteriores), Alemania, Suiza y España (CC 1889, CC 1983). Para todo este tema, desde la perspectiva del Derecho comparado, remito a la bibliografía citada por el autor en sus notas a pie de página en «Estudio comparado...», en VV. AA. *I Congreso*, pp. 85-119.

<sup>185</sup> O'CALLAGHAN, «La tutela», VV. AA., *I Congreso*, p. 157.

más o menos fidelidad estaban inspiradas en el sistema de tutela de autoridad<sup>186</sup>. Sin embargo, el proyecto de CC de 1851 rompió con los precedentes y copió el sistema que se había instaurado en el *Code* que era el de tutela de familia pasando así al CC de 1889<sup>187</sup>. Este sistema que nunca llegó a funcionar, en palabras de O'Callaghan<sup>188</sup>, se mantuvo vigente durante casi un siglo hasta el 24 de octubre de 1983 en que por Ley 13 se modificó el CC en materia de incapacitación y tutela, regulando ésta según el sistema de tutela de autoridad<sup>189</sup>. Por ello, el control de la función tutelar se atribuye a la autoridad judicial con intervención del Ministerio Fiscal, tal y como previenen los artículos 216 y 232 CC. Esto no significa que sea el juez quien directamente y por propia iniciativa cuida de la persona y bienes del sometido a tutela, sino que el tutor tiene la iniciativa y es él quien vela, cuida y protege al tutelado, pero bajo control judicial, que se manifiesta de manera directa tanto en su constitución (nombramiento del mismo) como en su extinción (decisión en torno a la rendición de cuentas final), y de manera indirecta a lo largo del ejercicio de la función tutelar<sup>190</sup>.

## 5. Críticas a la ley de 1983 de reforma del CC en esta materia<sup>191</sup>

Bien acogida la reforma por los estudiosos del derecho, sin embargo hoy se puede afirmar que las principales críticas que se hicieron al Consejo de

<sup>186</sup> En realidad, el Derecho romano evolucionó de un sistema de familia originario, hasta un sistema de tutela de autoridad en su versión administrativa, tal y como relata María V. SESMA en *La estructura de la tutela*, cit., p. 35. En *Las Partidas* se trata de un sistema de autoridad judicial, como se ha visto: el tutor bajo la vigilancia del juez (María V. SESMA, *op. cit.*, p. 37).

<sup>187</sup> Sobre el sistema anterior a la reforma, además de los diversos manuales, puede consultarse variada doctrina. Valgan por todos, SANCHO REBULLIDA, *Tutela e instituciones afines*, pp. 23 a 36. Sobre el dilema de tutela de familia-tutela de autoridad son sugerentes sus apreciaciones, véanse las páginas 36 a 41 y 51 sobre la excesiva simplificación de la contraposición tutela de familia-tutela de autoridad, que en palabras del autor, puede resultar incluso oscurecedora a la hora de enjuiciar y catalogar un determinado sistema. También los argumentos a favor y en contra de ambos sistemas C. MORENO-LUQUE. en «¿Tutela de familia», en *La Ley*, cit., pp. 1299-1301.

<sup>188</sup> O'CALLAGHAN, *La tutela*, p. 158.

<sup>189</sup> Sobre las razones que llevaron al legislador a proceder a la reforma de los títulos IX y X del libro I CC, véase LACRUZ, *Elementos*, I, vol. 2, pp. 142 a 144. Sobre la innovación que supuso en nuestras instituciones de Derecho de Familia, puede verse C. CANO, *Introducción en La nueva regulación de la tutela e instituciones afines*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1984, p. 13: [...] una aspiración al predominio de la equidad sobre la seguridad jurídica que se traduce en numerosos preceptos que conceden amplia aplicación al arbitrio judicial [...]. Considérese la búsqueda implícita de la *aequitas* romana en la intervención del juez.

<sup>190</sup> De interés sobre sistemas europeos véase USERO MILLAN, «La tutela de autoridad en algunos derechos continentales europeos y la reforma española de 1983 en materia de tutela», *RGLJ*, núm. 1, jul. 1985, pp. 41 a 61.

<sup>191</sup> BERCOVITZ, *Derecho de la persona*, Madrid, 1976, realizó una dura y fundada crítica a la regulación anterior. En palabras suyas «fueron siempre escasos los locos bajo tutela. Sólo cuando son titulares de un patrimonio importante [...] los familiares promueven la incapacitación y la tutela. De lo contrario, la persona en cuestión queda abandonada o sometida de hecho a una custodia más o menos arbitraria de algún miembro de la familia [...] la mayor parte de los enfermos mentales han permanecido al margen de ella, siendo frecuentemente incapacitados de hecho por la vía expeditiva de su reclusión sin garantías» y en *La marginación de los locos y el Derecho*, Ed. Taurus, Madrid, 1978. Por su parte, en

familia pueden ser aplicadas a la tutela judicial implantada en 1983<sup>192</sup>. De manera general, la reforma supuso pasar de la unidad institucional (la tutela) a la pluralidad (tutela, curatela y, eventualmente, defensor judicial, guardador de hecho), de la tutela orgánica (tutor, protutor y Consejo de familia del Derecho anterior) a la individual (tutor o curador) y de la tutela de familia a la de autoridad judicial<sup>193</sup>. Sin embargo, a pesar de la recuperación de la histórica curatela<sup>194</sup> en algunos casos no está clara la frontera divisoria entre tutela y curatela, y aunque el cambio de sistema era de una gran importancia al descansar toda su estructura en el control judicial, la reforma normativa no vino acompañada de las correspondientes y necesarias reformas en la estructura de la organización judicial para dotarla de los medios técnicos de auxilio de manera que el juez pudiese desempeñar con plena eficacia su nuevo y fundamental papel en esta materia<sup>195</sup>. La complejidad del tráfico jurídico y económico actual hace necesario tomar decisiones complejas ajenas a la específica formación del juez decisor, que precisa del asesoramiento de profesionales especialistas<sup>196</sup>. R. Leña Fernández, sostiene que la ley de 1983, no se ha hecho pensando en los supuestos normales de relaciones matrimoniales, familiares o sociales, sino en los supuestos patológicos, lo que deriva en la amplitud de competencias atribuidas al juez, que se ve ocupando un ámbito de actuación que no es el que le corresponde, pues debería intervenir sólo cuando hay fundados motivos para temer que ocurra algún supuesto que entre dentro de la patología jurídica, es decir cuando tiene lugar la ruptura de la normalidad<sup>197</sup>. El proteccionismo al discapacitado, esto es, el trato legis-

---

contra, LEÑA FERNÁNDEZ, notario de Sevilla, en «Igualar diferencias: un reto jurídico para los discapacitados psíquicos», en VV. AA., *I Congreso*, cit., pp. 258 ss.: [...] centrarse en la patología jurídica para legislar sobre cualquier materia, no es el camino adecuado [...], la vida normal discurre por cauces distintos de los que pueden leerse en los periódicos de sucesos. Lo normal [...] es la existencia de padres responsables, preocupados por la situación tanto presente como futura de sus hijos disminuidos [...].

<sup>192</sup> Corregidas y aumentadas dice FERNÁNDEZ-PRIDA, en «La autotutela», VV. AA., *I Congreso*, cit., pp. 59 y 60.

<sup>193</sup> SANCHO REBULLIDA, *Tutela e instituciones afines*, cit., p. 50, y CASTÁN VÁZQUEZ en CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español común y foral*, t. V, vol. II, Reus, S. A., 9.ª ed., Madrid, 1985, p. 414, citando el proyecto de Ley de reforma del CC en materia de tutela, *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de Diputados*, 27 de enero de 1983, p. 12. El mismo autor destaca que la ley de 24 de octubre de 1983 carece de Exposición de Motivos: [...] el sistema tutelar a implantar se basa sobre principios opuestos a los del anterior [...]. Dos son fundamentalmente los nuevos: el principio de pluralidad de guarda legal [...] y el principio de tutela de autoridad, que suprime el Consejo de familia y dota al juez de amplias facultades, situándolo como pieza fundamental decisoria. Sobre el espíritu imperante en las cámaras durante la reforma resulta interesante ZAPATERO GONZÁLEZ, «Antecedentes y trámite parlamentario de la Ley 13/1983», *RGLJ*, núm. 1, jul. 1985, pp. 63 a 83, o directamente el *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, I Legislatura, núm. 238, 5 de mayo 1982.

<sup>194</sup> Para los supuestos en que no se trata de suplir la capacidad de obrar de un incapaz, sino de completar en situaciones determinadas las limitaciones a la capacidad de obrar de una persona que en principio es capaz.

<sup>195</sup> Podría haberse potenciado las competencias de los juzgados de menores para adaptarlos al nuevo sistema, o los juzgados de familia, pero no fue así.

<sup>196</sup> En este sentido resulta inestimable la posibilidad que prevé la ley de que las personas jurídicas puedan asumir funciones tutelares, según el artículo 242 CC. F. SALINERO ROMÁN, «Delación y ejercicio de la tutela por persona jurídica», en VV. AA., *I Congreso*, p. 136.

<sup>197</sup> LEÑA FERNÁNDEZ, «Igualar diferencias», en *I Congreso*, cit., p. 260.



lativo a los discapacitados como seres inferiores o enfermos, además de la simplificación de esta materia (que tiene su reflejo en dos momentos claves: el de la incapacitación y el de la determinación de los efectos de esta), son las dos críticas que en la actualidad pueden hacerse a la ley de 1983<sup>198</sup>.

A la vista de las consideraciones aquí expuestas, no todo pueden ser alabanzas, ni todo críticas a la nueva normativa, cuyos principios generales vienen muy bien expuestos en el trabajo sobre la tutela del prof. García Cantero<sup>199</sup>; sus consideraciones por oportunas, bien pueden ser reflejadas aquí: «[...] Sólo la práctica hará ver el acierto del legislador [...] o constatar los defectos». Y la práctica, en mi opinión, a la vista de las resoluciones judiciales al efecto, viene siendo positiva a la hora de proteger al discapacitado.

## 6. La STS de 20 de noviembre de 2002

A continuación comentaré la STS de 20 de noviembre de 2002, para tratar de los dos temas que me había propuesto en este apartado relativo a la regulación actual de la protección del disminuído psíquico en nuestro ordenamiento, que son: por un lado, la necesidad de la incapacitación judicial para que surja el instituto protector, y la posibilidad de graduación de la misma, y por otro, y como consecuencia de lo anterior, el nacimiento de una u otra institución protectora dentro de las previstas en nuestro ordenamiento tras la reforma de 1983.

Se trata de la sentencia dictada por nuestro Tribunal Supremo en fecha de 20 de noviembre de 2002, de la que fue ponente el Excmo. Sr. D. Luis Martínez-Calcerrada Gómez y cuando ya han pasado más de veinte años desde la reforma en materia de incapacitación y tutela, operada por la

---

<sup>198</sup> LEÑA FERNÁNDEZ, *op. et loc. cit.*, Las soluciones que propone pueden verse en las páginas 268 ss. irían por la vía de la reforma legislativa que suprima la imposibilidad legitimaria en la herencia de los descendientes discapacitados, y faciliten el apoyo económico y la defensa de sus intereses (la herencia, las pensiones, la gestión patrimonial, etc.), gozan de asentimiento general por parte de políticos, juristas, profesionales y voluntarios de la ayuda a los discapacitados psíquicos, pero no se han adoptado todavía, quizá por falta de sensibilidad política y un déficit de preocupación social por este tema (piénsese que la ponencia aunque publicada en el 2003 es de algún año anterior). En la actualidad parece haberse avanzado en este sentido, si tenemos en cuenta la 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 Enjuiciamiento civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad (BOE núm. 277). En su exposición de motivos II se alude al objeto inmediato de esta ley que es la regulación de una masa patrimonial, el patrimonio especialmente protegido de las personas con discapacidad, la cual queda inmediata y directamente vinculada a la satisfacción de las necesidades vitales de una persona con discapacidad [...] y en otro sitio: [...] Se trata de un patrimonio de destino, en cuanto que las distintas aportaciones tienen como finalidad la satisfacción de las necesidades vitales de sus titulares. Beneficiarios [...] exclusivamente las personas con discapacidad [...] con independencia de que concurran o no en ellas las causas de incapacitación judicial contempladas en el artículo 200 CC, y de que concurriendo [...] hayan sido o no judicialmente incapacitadas. Acercándose el derecho estatal a otros derechos nacionales, que como el aragonés y el catalán ya lo contenían (véase los arts.11 ss. de la Compliación aragonesa; los arts. 149, 150, 167 del Código de Familia catalán, y los arts. 65, 66, y 149 del Código de Sucesiones) y también FERNÁNDEZ-PRIDA, «La autotutela», VV. AA., *I Congreso*, pp. 74 ss., hacía sentir esta necesidad de la existencia de un patrimonio especialmente protegido.

<sup>199</sup> Me refiero a GARCÍA CANTERO, «Los principios de la nueva normativa de la tutela», en *RGLJ*, julio, 1985, pp. 85 ss.

Ley 13/1983 de 24 de octubre<sup>200</sup>, por lo que existe sobre este tema veinte años de ejercicio jurisprudencial.

### *Síntesis de los hechos.*

Los hechos que la sustentan pueden resumirse muy escuetamente de la siguiente manera: don L. F. padecía una deficiencia provocada por una patología vascular cerebral que le producía unas limitaciones reales en relación con tomas de decisión de carácter complejo, conservando, sin embargo, autonomía en lo que se refería a sus relaciones con los demás y consigo mismo. Conocida la situación por su esposa, separada judicialmente del demandado, formuló demanda en la cual solicitaba que se dictara sentencia por la que se declarara la incapacidad de su marido. Admitida a trámite la demanda, se nombró defensor judicial del presunto incapaz al Ministerio Fiscal, y practicada la prueba, el juzgado dictó sentencia estimatoria en parte, ya que declaró a todos los efectos procedentes la incapacitación de don L. F. para la administración de sus bienes, sin que ello afectara a los restantes aspectos de su persona.

Frente a dicha sentencia se interpusieron sendos recursos de apelación, tendentes por la parte demandante a conseguir la declaración de incapacidad total (no sólo la relativa a los actos de administración), y por la demandada, a revocar la decisión judicial que lo incapacitaba para dichos actos. La Audiencia a la vista de la prueba practicada procedió a confirmar la resolución del Juez de Primera Instancia, declarando que la incapacitación como estado y situación que afecta al Sr. L. F. no debía de ser reputada con plenitud de efectos, es decir, como incapacidad total, sino como de tipo medio o atenuada, en concreto referida a la administración de sus bienes. A la vez imponía la necesidad de que la defectuosa capacidad del Sr. L. F. se completara o integrara sin necesidad de recurrir a la tutela, mediante la institución intermedia de la curatela, procediendo al mismo tiempo al nombramiento de un curador en relación con dichos actos<sup>201</sup>. Formalizado por ambas partes recurso de casación, no hubo lugar, manteniendo el alto tribunal el mismo Fallo que el juzgador *a quo*: la declaración de incapacidad en grado parcial, y el nombramiento de un curador.

### *La doctrina y la jurisprudencia.*

La enfermedad mental no hay duda de que hoy, como ayer, produce una limitación en la capacidad de obrar<sup>202</sup>. Difícil es determinar si configura un estado civil especial o diferenciado de aquellos que hoy se conocen en las leyes<sup>203</sup>, lo que sí es verdad es que dado que la validez y eficacia de los actos

---

<sup>200</sup> Estando a las puertas de una necesaria reforma a su vez de diversos aspectos relativos a las personas con discapacidad, y que efectivamente se ha producido un año después de esta sentencia, por Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del CC y de la LEC y de la normativa tributaria con esta finalidad, *BOE* núm. 277, pp. 40852 a 40863.

<sup>201</sup> SAP de Palma de Mallorca de 15 de julio de 1999.

<sup>202</sup> Sobre las circunstancias modificativas de la capacidad de obrar, J. L. DE LOS MOZOS en CASTÁN, *Derecho civil español común y foral*, t. I, vol. II, 14.<sup>a</sup> edic. Reus, S. A., Madrid, 1984, p. 232 a 234 y bibliografía exhaustiva en nota 1 a pie, con derecho extranjero.

<sup>203</sup> LACRUZ, *Elementos*, I, vol. 2.<sup>o</sup>, *Personas*. pp. 27 y 28. En este sentido, ya Bessonne y Ferrando advierten sobre el fenómeno del neocorporativismo, nuevas formas de derechos que corresponden a la persona no en cuanto individuo, sino en cuanto perteneciente a un determinado conjunto o colectivo de la sociedad civil [...] Las condiciones de hecho

jurídicos, así como la responsabilidad, dependen de la inteligencia y de la voluntad de la persona que actúa, los actos realizados por personas que se encuentren con sus capacidades mentales mermadas serán inválidos, y por tanto, no podrá hablarse de responsabilidad desde el punto de vista jurídico<sup>204</sup>. Y ello con independencia de cuál sea la causa de la deficiencia mental<sup>205</sup>. En nuestro CC ciertas enfermedades o deficiencias orgánicas o funcionales pueden privar a quien las padece de la capacidad de obrar específica para realizar el acto en cuestión<sup>206</sup>, sin que por eso deba hablarse de incapacitados en el sentido jurídico del término, por lo que no me referiré a ellas<sup>207</sup>.

en que la persona opera no son iguales para todos, de modo que los intereses, las necesidades y, consiguientemente, los derechos de las personas varían según las determinaciones concretas de cada uno en la realidad económica y social, *Enciclopedia dei Diritto*, XXXIII, 1983, p. 214, voz: «persona física». Recuérdesse que *Las Partidas* (4, 23, 1) definieron el *status* como condición o manera en que los hombres viven o están. Sobre el concepto de estado civil, véase la bibliografía citada por LACRUZ, *Elementos*, I, pp. 29 y 30, ALBALADEJO, *Derecho civil*, I-1, 11.ª ed., Barcelona, 1989, p. 266, DÍEZ PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, I, 7.ª edic., Madrid, 1989, pp. 248 y 269, DE LOS MOZOS en CASTÁN, cit., p. 166, y en todo caso, María Ángeles PARRA, *Orientaciones actuales del estado civil*, Bosch, Barcelona, 1992, p. 156. Mantiene esta autora, siguiendo a la doctrina mayoritaria, que cuando por sentencia judicial se incapacitara a una persona como consecuencia de la presencia de enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que le impidan gobernarse por sí misma se habría dado lugar a un nuevo estado civil, el de incapacitado, con los efectos que en cada caso fijara la sentencia. Sobre la incapacitación como estado civil, véase la STS de 10 de mayo de 1998, recogida por O'CALLAGHAN, en «La tutela. Actos personalísimos», VV. AA., *I Congreso*, pp. 156-157, que por su importancia reproduzco en parte: La incapacitación, como privación de la capacidad de obrar de la persona por sentencia [...] es un estado civil en el que se coloca al sujeto en un grado de incapacidad que viene determinado en la sentencia [...]. Al margen de lo anterior, y en relación con los estados civiles, resulta llamativa la tesis mantenida por GARCÍA CANTERO sobre el reconocimiento del estado civil de jubilado en «Notas sobre la senectud como estado civil de la persona», en *Homenaje a J. B. Vallet de Goytisolo*, I, Madrid, 1988, pp. 295 ss., directamente, o en María A. PARRA, *Orientaciones*, nota a pie 244, p. 179.

<sup>204</sup> A propósito puede verse DELGADO ECHEVERRÍA, «Enfermedad mental: invalidez de actos de enfermo mental no incapacitado», cit., *CCJC*, núm. 5, abril-agosto 1984, pp. 1569 ss., y BERCOVITZ, «La incapacidad de personas afectadas por enfermedades mentales crónicas de carácter cíclico», en *Poder Judicial*, núm. 3, sept. 1986, pp. 107 ss. También, GORDILLO, «Incapacidad de obrar natural: arterioesclerosis senil. Ineficacia de la actuación del incapaz, no obstante ser ésta anterior al auto de declaración de incapacidad (Comentario a la STS de 1 de febrero de 1986)», *CCJC* núm. 10, enero-marzo, 1986, pp. 3405-3413, y MARTÍNEZ DE AGUIRRE, «En torno a la enfermedad mental física como causa de incapacitación: régimen y consecuencias (Comentario a la Sentencia de 10 de febrero de 1896)», en *Anuario de Derecho civil (ADC)*, 1987, núm. 2, pp. 715-725.

<sup>205</sup> Por otra parte, ha dejado de considerarse la prodigalidad una especie (junto con la locura, sordomudez e interdicción) del estado civil de incapacitación. Ahora, junto al *status* de incapacitado por enfermedad física o psíquica (art. 200), existe el *status* de declarado pródigo, que el Código no describe. En este sentido, SANCHO REBULLIDA, *Tutela en instituciones afines*, p. 144; GARCÍA CANTERO, «Los principios de la nueva normativa de la tutela», en *Estudios sobre la tutela (En torno a la Ley 13/1981 de 24 de octubre, de reforma de la tutela)*, en VV. AA., coordinados por GARCÍA CANTERO, Madrid, 1986, p. 87, y María A. PARRA, *Orientaciones*, pp. 156-157; LETE DEL RIO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales IV*, dir. por Albaladejo, 2.ª ed., Madrid, 1985, p. 168, DELGADO en LACRUZ, *Elementos*, I, 2, p. 134, Albaladejo, *Derecho civil*; I, 1, 11.ª ed., Barcelona, 1989, p. 266.

<sup>206</sup> Véase lo dispuesto sobre ciegos, sordomudos y los que no sepan leer ni escribir, en relación con los testamentos en los artículos del CC 681, 2, 697, 2, 708 y 709, 1246.2.

<sup>207</sup> Como dice la STS de 5 de marzo de 1947, cit., por DE LOS MOZOS en CASTÁN, tomo I, vol. 2, cit. I: [...] los defectos y lesiones corporales no se hallan admitidos en la ley como causas de limitación de la capacidad.

Los artículos 10 y 49 de la CE ofrecen un interesante punto de partida a la hora de hacer cualquier consideración en torno a este tema. En primer lugar, el artículo 10 proclama la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes y el libre desarrollo de la personalidad como fundamento del orden político y de la paz social. A su vez, el artículo 49 prescribe que los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos psíquicos, sensoriales y psíquicos a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este título otorga a todos los ciudadanos. Esta fórmula es amplia y comprende todo tipo de disminución o limitación de capacidades sea de origen físico, sensorial o psíquico. Y es el mismo sentido que tiene la definición de incapacidad prevista en el artículo 200 del CC. en su redacción de 1983. Los supuestos aquí previstos han de tener como finalidad prioritaria la rehabilitación, el tratamiento y la integración social.

Sin embargo, el artículo 199 del CC, por el cual nadie puede ser declarado incapaz sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas por la ley, no refleja en opinión de algunos autores<sup>208</sup>, la concepción constitucional del enfermo mental, tal y como resulta del marco constitucional. Tanto este artículo como los siguientes y el artículo 757 de la actual LEC., siguen hablando de incapacitación, término que resulta inadecuado a todas luces con los modernos planteamientos. Parece más correcto hablar de discapacidad que es el utilizado en la legislación administrativa. Incluso la propia Constitución utiliza el de disminuido que parece más moderado que el empleado por el legislador en el CC.

Como se ve, del artículo 199 se desprenden dos principios: el de legalidad y el de jurisdiccionalidad. Esto es: la incapacidad sólo puede apreciarse en virtud de las causas previstas por la ley (reserva de ley y tipicidad). En segundo lugar, la incapacidad sólo puede declararse previo procedimiento judicial ajustado a las exigencias del artículo 24 de la CE y por medio de sentencia firme dictada por juez competente, por tanto no existen facultades administrativas en relación con los que de hecho se encuentren en situación de discapacidad. La sentencia firme tiene valor constitutivo y sólo a partir de ella puede hablarse de situación de incapacidad. La actuación judicial de oficio se basa en la protección al discapacitado y el interés público sobre esta materia. Los casos urgentes que requieran protección deberán ser atendidos siguiendo lo previsto en la ley procesal para estos casos, artículos 762 y 763, donde se contienen las medidas cautelares tales como el internamiento no voluntario. Por otra parte, las situaciones de hecho están previstas en el artículo 303 del CC, y en el artículo 25 del CP que otorga protección penal al incapaz<sup>209</sup> aunque no haya declaración judicial.

---

<sup>208</sup> VARGAS CABRERA, «Aspectos civiles y procesales de la discapacidad», VV.AA. *I Congreso*, p. 121 ss.

<sup>209</sup> En relación con el tema de la falta de imputabilidad de los incapaces puede verse la regulación del CP, directamente (art. 20.1), y la doctrina penalista. Valga, por todos, MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, 11.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 200 ss. Sobre los requisitos del informe médico-forense como medio de prueba para la declaración de incapacidad puede verse también, CABRERA-FUERTES, *Psiquiatría y Derecho*, p. correspondientes. También, VARGAS CABRERA, «Aspectos civiles y procesales de la discapacidad», en *I Congreso*, pp. 121-131.

*Pero ¿qué debe entenderse por discapacidad? o, mejor, ¿quién puede ser declarado discapacitado?.*

La STS de 10 de mayo de 1998<sup>210</sup> se expresa en los siguientes términos: «La incapacitación, como privación de la capacidad de obrar de la persona por sentencia, como dispone el artículo 199 del CC, es un estado civil en el que se coloca al sujeto en un grado de incapacidad que viene determinado en la sentencia, como prevé el artículo 210 del CC, sin que ésta constituya la tutela, que se hará en expediente de jurisdicción voluntaria cuando aquélla sea firme (...). La base fáctica de la incapacitación, las causas fijadas en la ley, como dice el artículo 199, son las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impiden a la persona gobernarse por sí misma, como precisa el artículo 200 y como matiza la jurisprudencia de esta Sala, es la decisión judicial de carecer de aptitud para autogobernarse (...), que destaca que la enfermedad o deficiencia ha de ser constante, entendida como permanencia hacia el futuro (...)».

Por su parte, el artículo 200 prescribe que son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a las personas gobernarse por sí mismas. Nuestro legislador se aleja de la redacción anterior<sup>211</sup>, y utiliza una fórmula mixta, pues por una parte renuncia a consignar un catálogo de cuadros limitadores de los que se derive la incapacidad, pero a la vez emplea dos términos, enfermedad y deficiencia, que tienen connotaciones médicas, y, además, describe el efecto que ha de dimanar de los mismos y que es la base de la definición: el impedimento para gobernarse a sí mismo.

#### *En torno al concepto de enfermedad mental.*

Las expresiones enfermedades o deficiencias, permiten incluir sin excepciones cualquier tipo de anomalía, alteración, enfermedad, minusvalía, limitación deficiencia, o disminución de posibilidades y facultades con independencia de cuál fuera el origen de las mismas, por lo que el ámbito de aplicación es amplísimo<sup>212</sup>. La única nota delimitadora es la de que se trate de enfermedades o deficiencias persistentes. Por tanto, la norma excluye las enfermedades o deficiencias episódicas por muy intensa que sea la limi-

<sup>210</sup> Citada por O'CALLAGHAN, en «*La tutela*». VV. AA., *I Congreso*, pp. 156-157.

<sup>211</sup> El antiguo p. 2 del artículo 32 mencionaba expresamente como restricciones de la personalidad jurídica la demencia o imbecilidad, la sordomudez, la prodigalidad la interdicción civil, y el artículo 200 derogado establecía la sujeción a tutela de los locos o dementes aunque tuvieran intervalos lúcidos, y los sordomudos que no supieran leer y escribir; los que por sentencia firme hubiesen sido declarados pródigos y los que estuvieran sufriendo la pena de interdicción civil.

<sup>212</sup> Excediendo, por tanto, del significado médico. Permite considerar no sólo las enfermedades o deficiencias psíquicas o mentales de acuerdo con la clasificación y conceptualización de la OMS, sino también las de orden estrictamente corporal. En este sentido, VARGAS CABRERA, «*Aspectos civiles*», p. 125, y CABRERA-FUERTES, «*Psiquiatría y Derecho*», pp. 23 y 30, delimitando el campo de la Psiquiatría «[...] por lo que respecta a la Psiquiatría Forense civil, la acción del perito suele ir encaminada a valorar la existencia de enfermedades o lesiones que impiden el autogobierno del individuo y de sus bienes, y que, en consecuencia, puedan ser tributarias de incapacitación, esto es, pérdida de la capacidad de obrar [...] en virtud de sentencia y con arreglo a lo establecido en las leyes».

tación que a consecuencia de ellas se sufra<sup>213</sup>. Sobre cuál sea el concepto de enfermedad mental hay que seguir los criterios previstos por la OMS en torno a su consideración, que se apoyan firmemente en los datos obtenidos por la Psiquiatría<sup>214</sup>. A pesar de la dificultad de establecer su diagnóstico, los especialistas coinciden en considerar como características más relevantes: la reducción o pérdida de la libertad del sujeto frente a sí mismo, aparición de estructuras psíquicas nuevas y cualitativamente diferentes a las que tienen los sanos, alteración en el control de la realidad y en la interacción social, dificultades graves para el control instintivo<sup>215</sup>. En los momentos actuales (y teniendo en cuenta que el criterio de salud y enfermedad es relativo, dependiendo del grado de tolerancia y desarrollo de cada sociedad), para los doctores Cabrera y Fuertes<sup>216</sup>, se podría decir que los trastornos mentales son aquellas situaciones incluidas y reflejadas en las clasificaciones internacionales; básicamente en el llamado Manual de Diagnóstico Estadístico de los Trastornos Mentales<sup>217</sup> de la Asociación Psiquiátrica Americana y la Clasificación Internacional de Enfermedades<sup>218</sup> de la OMS<sup>219</sup>.

El núcleo de la definición lo constituye el examen de la realidad de los efectos que en el sujeto provoca la enfermedad o deficiencia persistente<sup>220</sup>.

---

<sup>213</sup> Por tanto, los trastornos mentales transitorios del artículo 20.1 del CP y las intoxicaciones plenas y síndromes de abstinencias del artículo 20.2 estarían excluidos salvo que tuvieran una base patológica o fueran el reflejo de una adicción que supusiera una limitación permanente. Sobre la regulación de los trastornos psíquicos ocasionales hay que acudir a lo previsto en el artículo 763 de la LEC. En este sentido, VARGAS CABRERA, «Aspectos civiles», p. 125. También, MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *En torno a la enfermedad física*, p. 717, excluye también las situaciones de pérdida de la capacidad de autogobierno debidas a ingestión de sustancias como el alcohol u otras, contusión cerebral leve, pérdidas de conciencia no prolongadas como consecuencia de ataques epilépticos o traumatismos psicológicos, situaciones postoperatorias, etc.: «no se exige para apreciar la persistencia que se trate de una situación crónica o permanente, en el sentido de incurable [...] lo persistente debe ser la enfermedad, y no algunos determinados síntomas o consecuencias de la misma [...] de manera que la incapacidad es una enferma en todo momento: no sólo mientras se producen los períodos críticos, sino también durante la fase lúcida de su enfermedad».

<sup>214</sup> Ciencia que trata de las enfermedades mentales, DRALE. En Psiquiatría, la delimitación del concepto de enfermedad (mental) plantea una serie de dificultades sobreañadidas importantes al apartarse del existente en el resto de las especialidades médicas, CABRERA-FUERTES, *Psiquiatría y Derecho*, p. 33.

<sup>215</sup> CABRERA-FUERTES, *op. cit.*, p. 35

<sup>216</sup> *Psiquiatría y Derecho*, p. 37.

<sup>217</sup> A partir de ahora, *DSM-IV*.

<sup>218</sup> A partir de ahora, *CIE-10*.<sup>a</sup>

<sup>219</sup> Para consultar sobre las mismas, remito a CABRERA-FUERTES, *op. cit.*, Parte IV: *Las alteraciones, anomalías o trastornos*, donde se analizan con profundidad los supuestos, a la vez que se considera en ocasiones si se dan los requisitos previstos, incluíbles en *DSM-IV* y *CIE-10*.<sup>a</sup> De manera general enumero: Estudio psiquiátrico forense (E.p.f.) del retraso mental, p. 191. Epf de los trastornos orgánicos (cognoscitivos): delirium y demencia p. 199, Epf de los trastornos relacionados con sustancias, p. 209, Epf de los trastornos relacionados con el consumo de alcohol p. 229. Epf. de la esquizofrenia y de otros trastornos psicóticos p. 245, del estado de ánimo. El suicidio p. 265; de los trastornos de ansiedad, somatomorfos, facticios y disociativos, p. 283; trastornos sexuales, parafilias, p. 297; control de los impulsos, juego patológico, cleptomanía, piromanía p. 313, trastornos de la conducta alimentaria 323, trastornos de la personalidad, conducta antisocial, p. 331; aspectos pf. de los delitos contra la libertad sexual p. 345, estrés laboral, Burnout o Síndrome del quemado p. 357; problemática pf. de los malos tratos en la infancia, p. 369, etc.

<sup>220</sup> A sabiendas de que la frontera, la línea que separa la salud de la enfermedad psíquica, es, a veces, fácil de traspasar. En este sentido, entre otros, LACRUZ, *Matrimonio* y

El legislador se refiere al impedimento para gobernarse a sí mismo que ha de estar en relación causal con aquéllas. En este sentido, la idea central es la de autodeterminación, la capacidad de adoptar decisiones en la vida diaria tanto en la esfera íntima (personal, familiar) como en la social, pública, y en la esfera patrimonial. La limitación para autodeterminarse o decidir en estos campos originará el supuesto de hecho subsumible en la norma, por lo que, manejando criterios de normalidad social, habrá que atender a todas las circunstancias concretas de la persona y de la sociedad y cultura en que vive<sup>221</sup>. En el caso que nos ocupa, la situación que se describe bien puede asociarse con un tipo de enfermedad mental. Se trata de una alteración cognoscitiva evidente, que le produce al Sr. L. F. limitaciones que afectan predominantemente su capacidad volitiva en relación con la toma de decisiones complicadas (como son el atender sus variados negocios); sin embargo, hay ausencia de trastornos psiquiátricos mayores, pues es capaz de tomar decisiones en el plano personal.

#### *Dificultad probatoria.*

El mayor problema que surge es el relativo a la prueba practicada, ya que es contradictoria. Por una parte, *la confesión judicial* por parte del demandado, que admite que su enfermedad le impide el normal ejercicio de la gestión de su patrimonio (compuesto por múltiples sociedades). Por otra, el propio letrado que le asiste declaró lo mismo en el acto de la vista del recurso: «su patrocinado, para actuar normalmente necesita tranquilidad y calma, y un ambiente distendido y sin presiones, condiciones que difícilmente se dan en la gestión de un patrimonio como el del demandado hoy apelante». Por su parte, el informe del médico aportado por la propia parte demandada en el que se advierte al paciente «la necesidad de evitar situaciones de estrés que condicionen elevaciones de presión arterial en alguien que como él está descoagulado, lo que representa un riesgo adicional para su salud». La parte demandante esgrime informes médicos contrarios, que consideran el grado de coeficiente mental que padece el demandado de 50, y grandes limitaciones a su capacidad volitiva debido a la gravedad de los defectos que padece.

Ambos recursos aspiran a que se case la sentencia. La parte demandada para que se declare sin efecto la incapacitación, la demandante para que se declare que el demandado está afecto de una incapacitación en grado total, y así se reconozca judicialmente. En el primer caso, los motivos decaen, por-

---

*divorcio. Comentarios al nuevo título IV, libro I, del Código Civil*, p. 532; VALLEJO-NÁGARA, *Introducción a la psiquiatría*, Madrid, 1990. Durante mucho tiempo, los enfermos mentales han sido relegados y marginados por la sociedad. En este sentido, SAINZ DE ROBLES, «Una perspectiva histórica», en VV.AA., *I Congreso*, pp. 25-31, «era una época de ocultamiento cuando no de reclusión. La presencia de un anormal en la familia era casi un baldón para la misma [...] la cuestión se complicaba con sentimientos de culpabilidad, poco explicables pero enormemente efectivos en la esfera social». Lo cierto es que a mediados de los años cincuenta, las familias comienzan a preocuparse por la presencia en su seno de estas personas. La apreciación hecha anteriormente, coincide con la revolución experimentada por la Medicina en este campo, a mediados de los años cincuenta. En palabras de CABRERA-FUERTES, *Psiquiatría y Derecho*, p. 38, «con la llegada de los primeros psicofármacos eficaces [...] muchos de los enfermos mentales condenados a estar de por vida recluidos en los hospitales psiquiátricos empiezan a poderse integrar en la sociedad, a poder hacer una vida relativamente normal, a vivir en familia e incluso hasta albergar la esperanza de una curación de su enfermedad».

<sup>221</sup> VARGAS CABRERA, «Aspectos civiles», en VV.AA., *I Congreso*, p. 125.

que en palabras del Tribunal, el grado de incapacitación declarado responde al estado psico-físico del interesado, sin necesidad de que acontezcan los niveles de impedimento del autogobierno personal, sino que por la repetida aplicación del artículo 210, la Sentencia recurrida marca los actos que le están impedidos al recurrente en conformidad con los artículo 286 y siguientes. El recurso interpuesto por la actora (esposa separada), basado sobre todo (motivo segundo) en la infracción recurrida sobre la valoración de la prueba pericial en torno al grado de incapacitación, y al instituto de la curatela, también se desestima, y ello porque la jurisprudencia de la Sala es de por sí especialmente restrictiva en orden a la posibilidad de revisar en casación la valoración de la prueba pericial por venir legalmente confiada a la sana crítica de los juzgadores de instancia haciendo inviables los motivos que examina. La Sala considera que, en todo caso, el Tribunal enjuiciador de un litigio como el presente, respecto al estado civil de la persona y cuando su decisión se apoya en un conjunto de pruebas determinantes de su juicio crítico y, en especial, de la totalidad de la prueba pericial practicada, ante ese cúmulo de datos, no tiene sino que recordar que la denuncia sobre la valoración de la prueba que se hace en los Motivos, decae forzadamente, al amparo de doctrina de anterior pronunciamiento<sup>222</sup>. Conviene recordar, con la Sentencia de 11 de noviembre de 1994, que los tribunales de instancia, en uso de facultades que les son propias, no están obligados a sujetarse totalmente al dictamen pericial, que no es más que uno de los medios de prueba o elementos de juicio<sup>223</sup>. 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 (tal y como previenen las sentencias de 1 de febrero y 19 de octubre de 1982. La prueba pericial es, por tanto de libre apreciación por parte del juez<sup>224</sup>: «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<sup>225</sup>, o abiertamente se aparte lo apreciado por la Sala *a quo* del propio contexto o expresividad del contenido pericial<sup>226</sup>». En particular, la STS de 19 de septiembre de 1996, dictada a propósito, igualmente, de un litigio de incapacitación señala que «las pruebas periciales, según el artículo 632 de la LEC y constante doctrina jurisprudencial, son de estimación discrecional según las reglas de la sana crítica, hasta el punto de que los jueces pueden prescindir de las mismas. El desacierto 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 contenidas en los artículos 1.281 a 1.289 del CC (lo que no hacen los recurrentes en este caso)». Concluyendo: para salvar el obstáculo sobre la prueba pericial hay que decir, que en litigios

<sup>222</sup> Como la STS de 27 de junio de 2002.

<sup>223</sup> Que a su vez recoge el sentir de la Sentencia de 6 de marzo de 1948.

<sup>224</sup> En este sentido véanse, las SS de 9 de octubre de 1981, 19 de octubre de 1982 (ya citada), 27 de febrero, 8 de mayo, 10 de mayo, 25 de octubre y 5 de noviembre de 1986, 9 de febrero, 25 de mayo, 17 de junio, 15 y 17 de julio de 1987, 9 de junio y 12 de noviembre de 1988, 14 de abril, 20 de junio y 9 de diciembre de 1989.

<sup>225</sup> SS de 13 de febrero de 1990, 29 de enero, 20 de febrero y 25 de noviembre de 1991.

<sup>226</sup> SS de 20 de marzo de 1998, 1 de diciembre de 1999, 28 de enero 2000, 13 de junio de 2000, 25 de octubre de 2000, 16 de febrero de 2002, y 19 de septiembre de 2002.



como el semejante, donde lo que está en juego es la capacidad de obrar de la persona, la discrecionalidad (que no arbitrariedad)<sup>227</sup> del órgano de la instancia, para valorar la situación del afectado, por medio también de la entrevista personal<sup>228</sup>, para así discernir su grado de aptitud o capacidad volitiva o intelectual en aras a apreciar si está o no incurso en los baremos que le marca el artículo 200 del CC.<sup>229</sup>, merece un juicio positivo, pues la declaración judicial tiende a la defensa de los intereses confiados a la persona al proveerle del adecuado mecanismo de protección y representación, que en el caso presente es la curatela (arts. 210 y 278), siendo su alcance el de los actos que precisen de la asistencia del curador.

En base a las anteriores apreciaciones, el alto Tribunal se decanta por la declaración judicial de incapacidad, si bien con las matizaciones hechas por el Tribunal en la Apelación: «a la vista de la prueba practicada, no puede aplicarse al Sr. L. F. una incapacitación con plenitud de efectos, es decir total, sino como de tipo medio o atenuada, referida a la administración de sus bienes, lo que impone la necesidad de un curador que complete e integre sus actos de administración y gestión<sup>230</sup>.

#### *La posibilidad de graduación de la incapacidad y la respuesta del ordenamiento*

Esta apreciación de graduación de la incapacitación es relativamente moderna. En principio, el texto del código vigente hasta 1983 no distinguía diversos grados de debilidad o retraso mental, intermedia entre la normalidad psíquica y la locura, para atribuir al individuo, en cada caso, una protección y unas limitaciones proporcionadas a sus particulares circunstancias<sup>231</sup>. O bien se apreciaba locura y se sometía el enfermo mental a la tutela<sup>232</sup> privándole totalmente de su capacidad de obrar, o bien se prescindía de toda medida protectora<sup>233</sup>. Se le objetaba a la ley que en muchos casos de simple retraso no parecía necesario limitar el poder de una persona para autogobernarse hasta el punto de supeditarla a un tutor a quien debía obediencia<sup>234</sup>. Por su parte, la CE de 1978, instando en su artículo 49 a los poderes públicos a prestar a los disminuidos psíquicos la atención especializada que requieran, tendiendo a su rehabilitación e integración en

<sup>227</sup> Sobre la diferencia entre discrecionalidad y arbitrariedad, aunque al hablar del menor, ya se expresó RIVERO HERNÁNDEZ, *El interés del menor*, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 237 a 243.

<sup>228</sup> Por otra parte, la exploración o examen de la persona a propósito del proceso de incapacitación está prevista en el artículo 759 de la LEC, y tiene carácter personalísimo e indelegable, lo que me parece muy positivo, junto a otras pruebas.

<sup>229</sup> LETE DEL RÍO, «La esterilización del deficiente psíquico», en VV.AA., *I Congreso*, p. 57.

<sup>230</sup> Jurisprudencia más actual es la recogida por O'CALLAGHAN en *Código Civil comentado y con jurisprudencia*, 3.ª edic., La Ley-Actualidad, SA, Madrid, 2002.

<sup>231</sup> LACRUZ, *Elementos*, I, pp. 148 a 150.

<sup>232</sup> Recuérdese que tutela y curatela habían sido refundidas en una sola institución: la tutela.

<sup>233</sup> Se ha traído a colación, en otro momento, que la jurisprudencia del TS en una serie de sentencias cuyo hito fue la de 5 de marzo de 1947 consideró la existencia de una laguna al no regular la ley los efectos de la debilidad o retraso como supuestos distintos de la demencia o locura, rectificando el derecho legal considerado defectuoso. Postura que, como también he referido, tuvo seguidores y detractores, y que por mi parte considero como un intento de búsqueda de la *aequitas* por parte de los jueces.

<sup>234</sup> La solución dada por LACRUZ vendría por la vía de vigilar sus actos más graves de administración y prohibirle los de disposición, *Elementos*, I, p. 149.

la sociedad, amparándolos en el disfrute de ciertos derechos, hacían incompatible la privación total de la capacidad de obrar de estas personas con dichos principios. De esta manera se entiende que el legislador de 1983 haya tenido en cuenta que la limitación puede ser total o parcial, pudiéndose hablar de una incapacidad plena o semiplena. El legislador, en atención a la mayor o menor limitación de la facultad de autogobernarse, diseña una respuesta de mayor o menor protección al que tiene limitada la capacidad de obrar. Tutela y curatela son las instituciones protectoras y remedio a esas limitaciones a la capacidad de obrar que podrán ser mayores o menores en virtud de lo que venga determinado por la sentencia. La sentencia habrá de determinar la extensión y límites de la incapacidad (art. 760 LEC.), así como el régimen de tutela (arts. 22 al 285 CC) y guarda a que ha de quedar sometido el incapacitado<sup>235</sup>, normas que obedecen a flexibles criterios de gradualización y proporcionalidad entre la entidad de las limitaciones de las facultades de autodeterminación que padece el sujeto, y la entidad de las consecuencias jurídicas impositivas de la capacidad de obrar<sup>236</sup>. Como se ve, en este supuesto, la medida requerida por el juzgador es la de la necesidad de un curador para completar los actos de gestión tan complejos como son la administración de un patrimonio extenso y variado, lo que desde mi punto de vista merece un juicio crítico favorable, sobre todo porque es el criterio que esgrime el tribunal de apelación y el mismo TS, sentando jurisprudencia que se puede considerar ya consolidada.

En palabras de O'Callaghan, si la sentencia constituye a la persona en un estado civil de incapacidad total, el incapacitado quedará sometido a tutela. La sentencia podrá delimitar, como ya se ha dicho, el ámbito de incapacitación, es decir, que alcance sólo a los actos de disposición o algunos de éstos. Pero si la sentencia constituye a la persona en un estado civil de incapacidad parcial, el incapacitado actuará por sí mismo en el mundo jurídico, pero precisará para la validez de los actos jurídicos que realice, determinados en la sentencia de incapacitación, el complemento de capacidad, consistente en el asentimiento, consentimiento o autorización del curador<sup>237</sup>, que es en definitiva lo que hace el Juzgador *a quo*.

---

<sup>235</sup> El legislador regula como modalidad de incapacidad parcial generadora de curatela la prodigalidad, en los artículos 297 CC y 757 y 760.3 LEC. Sobre ella no se trata en este trabajo, a pesar de las numerosas conexiones.

<sup>236</sup> Dicho de otro modo, por VARGAS CABRERA, «Aspectos civiles y procesales», en VV.AA., *I Congreso*, p. 126, la definición del artículo 200 CC debe ser complementada por la previsión de los artículos 763 LEC y 287 CC, preceptos en los que late el principio de gradualización y flexibilización de la discapacidad y el de diversificación de respuestas frente a la misma.

<sup>237</sup> O'CALLAGHAN, «La tutela», VV.AA., *I Congreso*, p. 157, y, «La incapacitación», en *Actualidad Civil*, núm. 1, 1986, p. 1 ss. Sobre el procedimiento previsto para la declaración de incapacitación véanse los artículos 756-763 de la Lec 2000, del libro 4.º De los procesos especiales, cap. 2, De los procesos sobre la capacidad de las personas, y las normas de general aplicación previstas en los 748-755, estando, en todo caso prevista la tramitación conforme a las normas del juicio verbal, siendo la jurisdicción competente, exclusivamente la civil. En este sentido se aleja de la normativa anterior que preveía el procedimiento contencioso del juicio declarativo ordinario, según el artículo 484 de la antigua Ley, reformada en 1984. Para ver estos aspectos y otros como legitimación activa, pasiva, alcance de la sentencia y mecanismos de protección de situaciones de incapacidad no declarada como son la posibilidad de adopción de medidas cautelares para la adecuada protección del presunto incapaz o de su patrimonio, garantías, internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico, competencia, control judicial y protección penal de la discapacidad consúltese la ponencia de VARGAS CABRERA, «Aspectos civiles y procesales», pp. 122 a 132.

Ahora bien, a pesar de que el Tribunal, en este caso concreto, considere precedente la declaración de incapacidad parcial, y provea al incapacitado en cuestión, de un curador que complemente su capacidad de obrar en relación a determinados actos, ante la duda que surge en torno a la prueba pericial sobre la índole y efectos de la enfermedad, cabe plantearse si no habría sido oportuno el nombramiento no ya de un curador, si no de un tutor para esos actos, que sustituya (no complemente) a la persona del incapacitado en todos esos actos complejos de gestión y administración de sus numerosas empresas. Podrían solucionarse muchos de los problemas que sin duda se le van a seguir planteando al Sr. L. F. que confiesa que en todo momento está nervioso, y que necesita tranquilidad debido a su enfermedad. La situación de zozobra no desaparecerá mientras siga estando al frente de sus negocios, teniendo que tomar decisiones que le producirán seguramente un estado permanente de agitación, lo cual no disminuirá si un curador corrobora sus actos, si no más bien si un tutor nombrado al efecto, le sustituye, alejándole de la complicada trama que puede ser, estar al frente de un nutrido grupo empresarial. Aunque la jurisprudencia más reciente no se decanta por esta postura, como ya se ha visto, no debe descartarse su viabilidad: la declaración de incapacidad parcial puede llevar al nombramiento de un tutor parcial, para esos determinados actos. Como dice la STS de 26 de julio de 1999<sup>238</sup> «si la enfermedad es persistente (...) han de adoptarse las medidas necesarias en defensa de su persona y bienes de modo continuo y estable, para lo cual parece institución más adecuada la tutela, pues ésta obliga al tutor a promover la recuperación de la salud del tutelado (art. 269.3 CC). Por otra parte, la extensión de la incapacidad en el orden patrimonial no debe extenderse más de lo necesario en atención a la enfermedad del recurrente, no abarcando por ello a actos de administración ordinaria». Qué duda cabe que llevar las riendas de un gran complejo empresarial no entraría dentro de lo que puede entenderse como actos de administración ordinaria (que sin duda se refiere a gastos para hacer frente a sus necesidades personales como cuidado o alimentación).

## VI. CONCLUSIONES FINALES

1. La *cura furiosi* bien podría ser el precedente de la tutela del discapacitado psíquico en el ordenamiento actual.

2. En Roma se requería el nombramiento del *curator* por el magistrado a pesar de que recayese sobre el pariente más próximo. Como normalmente habría varios, se hablará de *cocuratela*. En el ordenamiento actual se requiere nombramiento por parte del juez, previa sentencia de incapacitación. Dos institutos: la declaración de incapacidad y la tutela.

3. Tampoco había gradación de *cura*. Es decir, el incapaz psíquico, *furiosus*, se vería ayudado por un curador, siempre que tuviera perturbadas sus facultades mentales. En caso de obrar en intervalo lúcido queda en suspenso, no siendo necesario nuevo nombramiento si recae en su estado de enajenación. Los actos realizados en intervalo lúcido poseían plena validez y efectos jurídicos (bien es verdad que para intervenir en los actos jurídicos en que eran parte personas disminuidas, como sordos, mudos, etc; se previó,

<sup>238</sup> Actualidad Civil. 1082/1999.

según Paricio<sup>239</sup>, unos *curatores debiliū personarum*). El ordenamiento actual (tras la Ley de 1983) ha previsto que la sentencia de incapacitación exprese el grado de incapacidad de la persona, y en atención al mismo le dota de un instituto tutelar u otro, expresando qué actos puede realizar y cuáles no. Hay grados de incapacitación: total o parcial. Dependiendo de la necesidad de sustitución o de complemento de capacidad para determinados actos, se ha previsto el nombramiento de tutor o de curador.

4. En Roma no estaba prevista la posibilidad de que un ente hiciera las veces de *cura furiosi*. En la actualidad, sí. Tras la Ley de 1983, las personas jurídicas, en concreto las fundaciones, previstas con esa finalidad y que no tengan ánimo de lucro, podrán desempeñar esa tarea, lo que efectivamente se está haciendo con muy buenos resultados<sup>240</sup>. Tampoco estaba prevista la autotutela, mientras que tras la Ley de noviembre de 2004 es un hecho en nuestro CC.

Debo decir como avancé, que aquí concluyo este estudio, dejando para otra ocasión aspectos tan esenciales como la delación y constitución de la tutela, el nombramiento del órgano tutelar, las incapacidades y excusas, el ejercicio de la tutela misma, que en el ámbito de la protección jurídica del discapacitado psíquico, también ofrecen algunas peculiaridades<sup>241</sup>, pero que no pueden ser ahora abordados. Dejo, pues, su examen para otra ocasión, esperando haber contribuido en este año 2003 que acaba a reafirmar la necesidad de proteger los derechos fundamentales de todas aquellas personas que no pueden hacerlo por sí mismas, y cuyas raíces bien podían encontrarse en la Ley de las XII Tablas:

*Si furiosus escit, adgnatum gentiliūque in eo pecuniaque eius potestas (T.5.7a).*

---

<sup>239</sup> FERNÁNDEZ BARREIRO Y PARICIO en *Fundamentos de Derecho privado romano*, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, 2.ª ed., Madrid, 1993, p. 187.

<sup>240</sup> I. SERRANO GARCÍA en «Prólogo» a VV.AA., *La protección jurídica del discapacitado, I Congreso regional*, p. 22, y SALINERO ROMÁN, «Delación y ejercicio de la tutela por persona jurídica», en *I Congreso*, pp. 146 a 154.

<sup>241</sup> Remito para la comparación y examen de ambos derechos (romano y civil), al trabajo de Laura SANZ, *La tutela del CC y su precedente*, ya citado, y, por su especialidad, a las ponencias del *I Congreso regional sobre La protección jurídica del discapacitado* citado reiteradamente. En concreto, SALINERO ROMÁN, «Delación y ejercicio de la tutela por persona jurídica», p. 133; X. O'CALLAGHAN, «La tutela, Actos personalísimos», p. 155, CANDAU PÉREZ, «Responsabilidad del tutor. Extinción de la tutela. Rendición de cuentas», p. 173. Y, de manera general, a las obras de PEÑA B. DE QUIROS, *Derecho de Familia*, Secc. de Public. Univ. Complutense, Madrid, 1989, y para el derecho alemán: KIPP y WOLFF, «Derecho de Familia», en ENECCERUS-KIPP-WOLFF, *Tratado de Derecho Civil*, Tomo IV, vol. II Traducc. española de la 20.ª ed. alemana, 5.ª revisión, por Pérez González y Alguer, Bosch edit., Barcelona, 1952; GARCÍA CANTERO, «Causas extintivas de la tutela» (I), en *Actualidad Civil*, núm. 32, 1985, p. 169 ss., y (II) *Actualidad civil*, núm. 51, 1985, p. 225 ss. LACRUZ y otros, en *Elementos de Derecho Civil*, IV, *Derecho de Familia*, Lib. Bosch, Barcelona 1984; ESPÍN CÁNOVAS, *Manual de Derecho Civil Español*, vol. IV, Familia, 8.ª edic., Edit. de Derecho Reunidas, Madrid, 1984; Díez PICAZO y otros, *Sistema de Derecho Civil*, I, 6.ª edic, edit. Tecnos, Madrid, 1988; ESPINOSA JOVER, *La rendición de cuentas en el Derecho privado*, Madrid, 1975.



## Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ**

Colaboran: **Josep Maria BECH SERRAT, Eva CANO VILÀ, Susana ESPADA MALLORQUÍN, Gabriel GARCÍA CANTERO, Regina GAYA SICILIA, Andrea MACÍA MORILLO, Èlia MASSÓ TAMAYO, Juan David SÁNCHEZ CASTRO, Alfons SURROCA COSTA, Rosa TORRA BERNAUS, Montserrat VERGÉS VALL-LLOVERA**

SUMARIO: I. *Derecho Civil*: 1. Parte general. 2. Derecho de la persona. 3. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 4. Derechos reales. Derecho hipotecario. 5. Derecho de familia. 6. Derecho de sucesiones.–II. *Derecho Mercantil*. III. *Derecho Procesal*.

### **DERECHO CIVIL**

#### **PARTE GENERAL**

**1. Abuso de derecho. Paralización de obras por interdictos.**–Esta Sala ha tenido ocasión de recordar, en S de 18 de julio de 2001, la doctrina sobre la aplicabilidad del artículo 7.2 CC en orden a la procedencia de las indemnizaciones solicitadas por quienes ven paralizada su obra por la interposición de interdictos de obra nueva que luego resultan desestimados. De las numerosas sentencias recientemente dictadas en la materia se desprende que dicha indemnización ha de considerarse condicionada a que la conducta del interdictante sea acreditativa de un proceder ilícito, antijurídico y de mala fe, sin que estas características se consideren evidenciadas por la simple des-

estimación de la demanda interdictal, pues en todo caso quien deduce una pretensión está ejercitando el derecho a la tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24 CE. Por ello, se hace inexcusable una prueba contundente y eficaz de la existencia de una finalidad torticera y dañina, con total ausencia de interés legítimo. De ahí que la indemnización a que nos referimos haya de calificarse de excepcional y la aplicación de la doctrina del abuso de derecho deba ser realizada de modo prudente y restringido, tras la detenida ponderación de las circunstancias concurrentes, buscando un delicado equilibrio entre el artículo 24 de la CE, por un lado, y el artículo 7.2 CC, por otro, y solamente procederá inclinarse a favor de la tesis del reclamante cuando exista prueba seria, eficaz y, como se ha dicho, contundente de la intención de la otra parte de dañar y de que su conducta ha sido dolosa y manifiestamente temeraria y, por ello, arbitraria, caprichosa y abusiva (SS de 2 de febrero y 6 de abril de 2001, de 6 de febrero de 1999 y 28 de marzo y 30 de junio de 1998, entre otras) (STS de 10 de diciembre de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—*Gálvez y Cía., S. A. y Soincar, S. L.* interpusieron demanda contra *Alvymat, S. A.*, J. M. P. y C. A. S. solicitando que éstos fuesen condenados al abono de la cantidad de 46.697.784 pesetas en concepto de indemnización por los daños y perjuicios sufridos debido a la paralización de la obra que ejecutaban las entidades actoras, como consecuencia de tres interdictos de obra nueva promovidos por los demandados. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso de apelación y condenó a *Alvymat, S. A.* a abonar a la actora los daños y perjuicios causados por la paralización de la obra. *Alvymat, S. A.* interpuso recurso de casación que fue estimado por el TS confirmando la sentencia de primera instancia. (R. T. B.)

**2. Imprescriptibilidad de la acción de nulidad en los casos de simulación absoluta.**—La sentencia recurrida, al considerar imprescriptible la acción de nulidad de la donación con causa ilícita por defraudar los derechos legítimos del demandante, encubierta bajo una compraventa inexistente, aplicó muy atinadamente la jurisprudencia de esta Sala citada en su fundamento jurídico cuarto, que se ha reiterado en otras sentencias posteriores como la de 1 de abril de 2000 cuando, al examinar un motivo de casación muy similar a éste, declara lo siguiente: «Para que pueda hablarse de simulación relativa es requisito indispensable que el contrato disimulado (el verdaderamente querido celebrar bajo la apariencia de otro) sea plenamente válido, pero éste no es el caso aquí contemplado, en el que no nos hallamos en presencia de ninguna simulación relativa en el sentido antes expuesto, ya que los dos contratos son radicalmente nulos: el aparente de compraventa (por falta de causa: precio) y el disimulado de donación (por ilicitud de la causa, al haberse defraudado mediante ella los derechos legítimos del actor), por lo que la acción ejercitada para obtener dicha nulidad radical es imprescriptible, como acertadamente han entendido las coincidentes sentencias de la instancia». A lo que cabe añadir que también la inexistencia misma de la donación con causa ilícita por responder a la exclusiva finalidad de defraudar los derechos legítimos de otros herederos se ha afirmado por esta Sala en sentencias posteriores a

la recurrida, como la de 2 de abril de 2001. (STS de 23 de octubre de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Don J. A R. B. interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Alicante contra E. y I. H. R. solicitando la nulidad de la escritura pública de compraventa otorgada en fecha 25 de enero de 1972 por la madre del actor a favor de la madre de los demandados. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda al considerar que si bien la compraventa reflejada en la escritura era inexistente por falta de causa, bajo este negocio simulado se encubría una donación ya inatacable por haber prescrito la acción de nulidad. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia de Alicante revocó la sentencia de instancia al considerar que la imprescriptibilidad de la acción de nulidad de la compraventa se extendía a la donación con causa ilícita, al afectar los derechos legitimarios del actor. En consecuencia, declaró la inexistencia de la escritura pública de compraventa y acordó la cancelación de los correspondientes asientos registrales. Interpuesto recurso de casación, el TS confirmó íntegramente la sentencia de la Audiencia. (A. S. C.)

## DERECHO DE LA PERSONA

**3. Veracidad constitucionalmente exigida a la información.**—Efectuada la previa ponderación entre los derechos fundamentales en liza (protección al honor y libertad de la información), se decide por la prevalencia del derecho a la información. Tal posición resulta concorde con la jurisprudencia constitucional reclamada que entiende la veracidad como característica de la libertad de información comparable, en el contexto de la propia interpretación del informador. Así, la STC 297/2000, de 11 de diciembre, declara que «la veracidad exigida constitucionalmente a la información no impone en modo alguno que se deba excluir, ni podría hacerse sin vulnerar la libertad de expresión del artículo 20.1.a) CE, la posibilidad de que se investigue el origen o causa de los hechos o que, con ocasión de ello, se formulen hipótesis al respecto, como tampoco la valoración probabilística de esas mismas hipótesis o conjeturas. En otras palabras, la narración del hecho o la noticia comporta una participación subjetiva de su autor, tanto en la manera de interpretar las fuentes que le sirven de base para la redacción de la misma, como para escoger el modo de transmitirla, de modo que la noticia constituye generalmente el resultado de una reconstrucción o interpretación de hechos reales, ejerciendo el informador su legítimo derecho a la crítica, debiendo distinguirse, pues, entre esa narración, en la que debe exigirse la diligencia debida en la comprobación de los hechos, y la crítica formulada expresa o implícitamente al hilo de esa narración, donde habrá que examinar, en su momento, si es o no formalmente injurioso o innecesario para lo que se desea expresar, no siendo correcto sostener que el medio de comunicación sólo debe informar, siendo el lector el único que debe interpretar los hechos divulgados». La información básica resulta, desde luego acreditada, pues es cierto que la mayoría de las cegueras registradas se produjeron siendo gerente



del S.A.S. el recurrente que fue cesado el 26 de abril de 1988, cuando hubieron, ya, tenido lugar dichos casos. Tampoco la afirmación de que los padres de los niños ciegos «pudieran querellarse» contra el recurrente, entraña desconocimiento o vejación para la persona ya que, como señala la sentencia recurrida, «no es dable apreciar la intromisión ilegítima postulada, ni tampoco hay base para sostener su existencia en el hecho de decir el promotor que contra él «“pudieran querellarse” los padres de los niños, víctimas inocentes de un sistema sanitario tercermundista».

**Requisitos exigidos para determinar la legitimidad de la prevalencia de la libertad de información frente al derecho al honor.**—Las alegaciones del apartado segundo ponen en duda que coincidan, en el caso, requisitos que se exigen para determinar la legitimidad de la prevalencia de la libertad de información frente al derecho al honor. Mas no se discute la realidad de los casos de ceguera producidos, que fueran más o menos de los que se indicaron, ni tampoco la determinación exacta de las causas, una de ellas (admitida incluso por el recurrente) basada en el exceso de oxigenación de las incubadoras. Igualmente no se reputa controvertible el interés general de la noticia, ni la relevancia de la persona que detentaba la máxima responsabilidad en la gestión adecuada del servicio. Como destaca la STS de 24 de febrero de 2000: «la noticia que tiene interés, relevancia general y que es veraz no produce intromisión en el derecho al honor, pero la veracidad no es preciso que sea absoluta, pues en hechos que sean ciertos, que una persona estime que atentan a su honor, caben inexactitudes parciales que no afectan al fondo, es decir, que no debe exigirse una veracidad absoluta y total, aunque sí la esencia del hecho tiene que ser veraz aunque contenga inexactitudes. Tiene importancia el contexto y las circunstancias de cada caso para apreciar el posible atentado al honor, lo que siempre ha destacado la doctrina y se deduce del artículo 2.1 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo (protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen), al decir que la protección del honor se delimita por los usos sociales y, en el caso, la explicación de unas circunstancias políticas en la tramitación y promulgación de una ley especialmente importante no permite apreciar que se ataque al honor».

**Prevalencia del derecho a la información respecto de los personajes públicos.**—Tal matiz, desde luego, no puede invalidar la prevalencia del derecho a la información, criterio que choca con la doctrina establecida por el TC (S 148/2001) respecto de los «personajes públicos», categoría en la que deben incluirse las autoridades y funcionarios, que deben soportar el hecho de que las actuaciones en el ejercicio de sus cargos se vean sometidos al escrutinio de la opinión pública y, en consecuencia, que se divulgue información, incluso sobre lo que digan o hagan al margen de las mismas, siempre que tengan una directa y evidente relación con el desempeño de sus cargos. (STS de 4 de noviembre de 2002; no ha lugar.)

**HECHOS.**—El gerente del *Servicio Andaluz de Salud* demanda al director del periódico *ABC*, de Sevilla, y a la empresa editora *Prensa Española, S. A.*, por la publicación de un artículo crítico con su actuación profesional que considera lesivo de su derecho al honor habiéndole causado —dice— «graves daños morales». El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda y la Audiencia la

confirma en todos sus extremos excepto en el particular relativo a las costas. No ha lugar al recurso de casación que interpone el actor. (R. G. S.)

**4. Colisión entre los derechos fundamentales de libertad de información y expresión [arts. 20.1.a) y d) CE] y el derecho al honor (art. 18.1 CE).**—Una determinada campaña de prensa respecto de un concreto tema actual no implica necesariamente *per se* vulneración del derecho al honor (o intimidad, según los casos) de la persona física o jurídica a quien vaya dirigida.

La jurisprudencia tanto del TS como del TC ha entendido que los límites entre los apuntados derechos fundamentales ha de determinarse casuísticamente, no siendo posible fijar aquéllos de un modo apriorístico. Además, ha de tenerse en cuenta la prevalencia del derecho a la libertad de expresión y de información sobre los derechos de la personalidad derivados del artículo 18.1 CE, sin que en ningún caso aquélla deba entenderse como jerárquica o sin límites.

Esta preeminencia de los derechos fundamentales de expresión e información que acabamos de apuntar exige, según reiterada jurisprudencia constitucional, la concurrencia de una serie de requisitos. En primer lugar, que la información que se trate de transmitir se refiera a temas de dimensión pública o interés general (por razón de las materias o de las personas) (SSTC 41/1994, 138/1996 y 3/1997, entre otras muchas). De no tratarse de tales asuntos el derecho a informar debe verse lógicamente reducido, porque son las personas de dimensión pública (y no el resto) las que optando libremente por tal condición deben soportar en mayor medida el ejercicio de aquel derecho. Finalmente, la información vertida ha de ser veraz (SSTC 6/1998 y 3/1997, entre otras).

**Concepto de «información veraz» en el artículo 20.1.d) CE.**—No es necesario que el contenido de la información sea total y rigurosamente exacto, esto es, pueden existir errores o inexactitudes en la información vertida sin que ésta deje de ser técnicamente «veraz». No lo es cuando quien transmite esa información no ha realizado las debidas comprobaciones tal y como lo haría un profesional diligente. Por tanto, se niega la protección constitucional a quien difunde como hechos verdaderos, invenciones, simples rumores o insinuaciones análogas (SSTC 105/1990, 171 y 172/1990, y 134/1999, de 15 de julio, entre otras muchas).

**Libertad de expresión y derecho de información. Complementariedad y límites.**—Por su parte, el derecho a la libertad de expresión y el derecho de información son complementarios aunque cada uno tenga su propio reconocimiento (STC 105/1990). El primero de estos derechos fundamentales es más genérico, si bien ambos son necesarios para asegurar la libre circulación de opiniones y a la postre el pluralismo político, imprescindible en todo Estado social y democrático de derecho.

Estos derechos no son, empero, absolutos o ilimitados toda vez que la propia Constitución en su artículo 20.4 señala que ambos tienen una serie de límites; de acuerdo, además, con el artículo 10 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, aprobado por el Consejo de Europa en Roma el 4 de noviembre de 1950. (STS de 14 de noviembre de 2002; ha lugar en parte.)

HECHOS.—A través de una serie de artículos publicados en diversos medios de prensa, don J. P. G. y don J. L. C. E. consideran que aquéllos suponen una intromisión ilegítima al honor de ambos. Así las cosas, interponen demanda ante el Juzgado de Primera Instancia, el cual desestima las pretensiones planteadas por los actores. La Audiencia Provincial declara que no ha lugar al recurso de apelación. Formalizado recurso de casación, el TS consideró que ha lugar en parte a dicho recurso, en el sentido de que uno de los artículos de prensa, sí vulnera el derecho al honor de uno de los actores recurrentes. (*J. D. S. C.*)

**5. El artículo 20 CE —derecho a la libertad de expresión— no ampara las manifestaciones ofensivas, vejatorias o injuriosas.**—El único motivo del recurso denuncia infracción del artículo 20 CE, que declara la libertad de expresión de ideas, pensamientos y opiniones. Para decidir la impugnación casacional hay que tener en cuenta el contexto circunstancial en el que se vertieron las expresiones difamatorias que determinaron la condena de los recurrentes, para lo que no se puede dejar de lado que D. F. C. R. había sido trabajador de la empresa en la que el demandante desempeñaba el cargo de administrador único y resultó despedido, habiendo decretado la S del Juzgado Social núm. 1 de Jaén, pronunciada el 27 de junio de 1995, que se trataba de despido procedente y con la consecuente extinción de la relación laboral, Sentencia que fue confirmada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sala de lo Social), así como también recayeron dos resoluciones laborales desestimando las pretensiones de dicho recurrente en solicitud de tutela de los derechos de libertad sindical. Tampoco prosperó la denuncia por coacciones y que se tramitó como juicio de faltas, en el que resultó absuelto el actor D. J. F. M., actividades procesales que si bien no pueden considerarse como constitutivas de ataque e intromisión en el honor del demandante de referencia, sí ponen de manifiesto una situación de hostilidad hacia el mismo.

Aquí lo que se trata es de determinar el alcance difamatorio de las expresiones que se imputan a los recurrentes y que la sentencia que se recurre, al aceptar la del Juzgado, concreta que el actor fue tildado de «racista» y se le imputan las expresiones de haber llamado a D. F. C. «sudaca de mierda», «te vas a pudrir en un rincón», «los rojos sois unos imprementables de mierda», «entre los negros, los sudacas y los gitanos nos tenéis arruinados en Jaén», así como que la dirección de la compañía le había llegado a recluir en una habitación encerrándole con llave, hechos que no se establecieron como ciertos y que alcanzaron una notoria divulgación, pues fueron publicados por la prensa de Jaén, recogiendo textualmente lo manifestado por el también recurrente D. P. C. G. y se repartieron panfletos y octavillas. La Sentencia de la jurisdicción laboral sienta como hechos probados que D. F. C. insultó al actor llamándole «racista», «hijo de puta» y «cacique».

No se trata de propias expresiones de ideas, pensamientos, ni siquiera opiniones, pues se da un componente clara y decididamente vejatorio de la persona y prestigio profesional del demandante, con trascendencia en el desmerecimiento público y social. Ha de destacarse la carga negativa y de desprestigio que en estos tiempos tiene tachar a una persona de racista —dejando atrás el concepto tradicional de racismo jerárquico—, y que viene a ser el móvil rechazable de actuaciones de grupos violentos que, sin respetar

la Constitución que proclama que no puede prevalecer discriminación alguna por razón de la raza, hacen del componente racista, por excluyente, un totalitarismo no conciliable con elementales principios democráticos y que, al ser básicamente diferenciador, enturbia la armonía de la convivencia pacífica y acercamientos culturales diversos, por lo que el discurso racista se presenta como racismo desigualitario al atender y resaltar las diferencias entre las personas, estableciendo quienes son superiores y quienes no lo son por inferiores y con ello acatarlo por la imposición que se les hace.

El motivo no procede, pues el argumento que se aporta se centra en que el recurrente D. P. C. G. ostentaba cargo sindical a nivel de Secretario Provincial de UGT y las expresiones y actuaciones que se le imputan entran dentro de la dinámica de confrontación que preside siempre las relaciones laborales y responden a la defensa de los intereses de los trabajadores. Razonamiento totalmente endeble, pues no se presenta como justificativo en este caso, al superar lo que debe entenderse rectamente por expresiones de ideas, pensamientos u opiniones, dada su intensidad vejatoria y falta de certeza y les priva del cobijo que presta el derecho fundamental de libertad de expresión, ya que de este modo se niega y se degrada, al rebasarlo notoriamente, pues no se trata de un ejercicio positivo y constructivo de dicho derecho, sino más bien de un ejercicio abusivo y desviado del don que asiste a los seres humanos de ser libres, como dice la S de 31 de julio de 1998 y también el encomiable derecho de luchar por la libertad sindical.

Aquí se trata de expresiones vejatorias y degradantes, ya que se atribuyeron al demandante conductas que podían constituir ilícitos punibles, censurables prácticas laborales de acoso y posesión y se atacó a su persona directamente con insultos que en todo momento resultaban innecesarios, pues estaban de más, por salirse del contexto de lo que debe entenderse por lucha sindical, que no ha de negarse a los trabajadores en casos necesarios y justificados, pero sí ha de ser censurada cuando se aparcen los conflictos laborales para caer en el insulto divulgado y persecución, lesionando de este modo el honor de la persona atacada, ya que, evidentemente se la difama, con la inevitable carga de desmerecimiento en la consideración ajena.

La doctrina constitucional ha declarado que los derechos constitucionales no son ilimitados, pues ninguno lo es (S de 6 de diciembre de 1986) y no se reconoce el pretendido derecho de insultos (S de enero de 2000), por lo que de la protección constitucional que otorga el artículo 20 están excluidas las actuaciones absolutamente vejatorias, es decir las que en las circunstancias del caso y al margen de su veracidad o inveracidad, sean ofensivas u oprobiosas, resultando impertinentes para expresar las opiniones o informaciones de que se trate (SS de 8- de junio de 1988, 12 de enero de 1998, 14 de octubre de 1999, 11 y 25 de octubre de 1999 y 7 de enero de 2000, citadas en la de 5 de mayo de 2002).

Esta Sala de casación civil mantiene la línea jurisprudencial en la que se declara que el derecho a la libertad de expresión deberá ejercitarse sin que en caso alguno se contengan alusiones que pudieran ser vejatorias o injuriosas para nadie (SS de 5 de octubre de 1992, 12 de diciembre de 1995 y 14 de marzo de 1996, entre otras). **(STS de 18 de diciembre de 2002; no ha lugar.)**

HECHOS.-D. J. F. M. acude al Juzgado solicitando se declare la intromisión ilícita en su derecho al honor por parte de D. F. C., D. P. C. y el *Sindicato Unión General de Trabajadores* (UGT). El Juzgado -con absoluciónde UGT- estima parcialmente la deman-

da y condena a los demandados a que indemnizen solidariamente al actor en la cantidad de un millón de pesetas. Interponen recurso de apelación los demandados y la Audiencia confirma la sentencia de instancia. No hubo lugar al recurso de casación formulado por los Señores C. y C.. (R. G. S.)

**6. Inexistencia de un pretendido derecho al insulto. Intromisión ilegítima.**—No hay cobertura constitucional para expresiones formalmente injuriosas que suponen un daño injustificado a la dignidad de la persona, en las que simplemente su emisor exterioriza su personal menosprecio o animosidad respecto del ofendido. Una cosa es efectuar una evaluación personal por desfavorable que sea de una conducta, evaluación que se inserta en la libertad de expresión, y otra muy distinta emitir expresiones, afirmaciones o calificativos claramente vejatorios, desvinculados de esa información y proferidos gratuitamente sin justificación alguna. Decía la STC 204/1997 que «el ejercicio de la libertad de expresión no puede justificar sin más el empleo de expresiones o apelativos insultantes, injuriosos o vejatorios que exceden del derecho de crítica y son claramente atentatorios para la honorabilidad de aquel cuyo comportamiento o manifestaciones se critican, incluso si se trata de persona con relevancia pública, pues la Constitución no reconoce el derecho al insulto.»

**Ponderación de los intereses en conflicto.**—La STC 76/1995 declara que aunque cualquier crítica de la actividad profesional no puede ser considerada automáticamente como un atentado a la honorabilidad personal, hay que ponderar la libertad ejercida, el interés general de la información y la condición pública o privada del ofendido. (STS de 9 de enero de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—El actor (don C. L. D.) prestó servicios al Club *Juver Murcia C. B.*, del que era presidente el demandado (don J. V. A.), desde el día 15 de mayo de 1991 al 15 de octubre del mismo año. Finalizada la relación entre las partes, apareció en el *Diario 16*, de Murcia, el día 18 de diciembre de 1991, una noticia a cuatro columnas en la que el demandado decía: «*C. es feliz con las pasarelas y un vaso en la mano, pero nefasto como entrenador*». La declaración añadía otros comentarios como: «*Si hay algún club que quiera fichar para el año próximo yo estoy dispuesto a pagarle el contrato, pero con la condición de que han de mantenerle durante todo el año, pues así tendremos un enemigo menos para el descenso o porque, a buen seguro, ese equipo será candidato número uno a perder la categoría*». Con posterioridad, el demandado efectuó declaraciones de la misma índole referidas al actor en *La Opinión de Murcia*, *Diario 16*, *La Verdad y Marca*. Don C. L. D. formuló demanda por intromisión ilegítima en su honor contra don J. V. A. La sentencia de primera instancia estimó la demanda y consideró que las declaraciones efectuadas por el demandado eran atentatorias contra el honor del demandante. La Audiencia Provincial de Murcia confirmó la sentencia de primera instancia. Se promueve recurso de casación ante el TS, que es desestimado. (E. C. V.)

**7. Derecho a la propia imagen: valoración del consentimiento tácito a los efectos del artículo 2.2 de la Ley 1/1982.**—El motivo se desestima porque: 1.º Si bien el consentimiento exigido por el artículo 2.2 de la Ley 1/1982 no es necesario que se otorgue por escrito, y que puede deducirse de actos o conductas de inequívoca significación, no ambiguas ni dudosas (S de 25 de enero de 2002), no se dan ninguna de estas circunstancias en el caso litigioso. 2.º El propio motivo reconoce que el reportaje y fotos publicadas en la revista núm. 985 no correspondía a la actora, sino a otra modelo y otra entrevistada.

El hecho de que la actora haya tardado tres años en reaccionar contra el reportaje del núm. 829 no es un acto de inequívoca significación, pues lo hace dentro del plazo legal de cuatro años, y antes de ese ejercicio no existe un acto abdicativo de la acción. La jurisprudencia de esta Sala es reiterada y uniforme en declarar que las renunciaciones no se presumen; que han de resultar de manifestaciones expresas a tal fin, o de actos o conductas que de modo inequívoco, necesario e indudable lleven a la afirmación de que ha existido una renuncia. La mayor o menor tardanza en el ejercicio de una acción dentro del plazo legal concedido no es por sí misma, sin ninguna otra circunstancia concurrente, sinónima de aquel acto o conducta a que nos hemos referido.

**No todo lo que se relaciona con personajes públicos es de interés público.**—Se dice que siendo la actora un personaje público, ha de excluirse la existencia de intromisión ilegítima, pues prevalece el derecho a la información. Se argumenta también que hubiera sido proporcionado a la hipotética infracción el secuestro del número o la exigencia del derecho de rectificación.

El motivo se desestima porque la actora es una conocida modelo, pero no por ello todo lo que se relaciona con ella tiene un interés público, concretamente, si se baña en el mar en invierno y la prenda que lleva al efecto.

**Necesidad de probar los daños materiales generados por la intromisión ilícita en los derechos de la personalidad.**—La respuesta casacional a este motivo ha de ser la de su estimación por lo que respecta a indemnizar daños materiales, ya que para ello han de ser probados, no basta con las alegaciones de carácter general que realiza la actora sobre el desprestigio que la publicación de las fotografías supone para su profesión de modelo.

**Daño moral.**—Carece de toda consistencia tal obligación de reparar que se quiere cobijar bajo el concepto de «daños morales impropios», pues no hay más daño moral que el que resulte para el estado personal de la víctima la intromisión ilícita en sus derechos de la personalidad. Si esa intromisión tiene repercusiones en su patrimonio, las disminuciones que sufra son daños patrimoniales y como tal han de ser tratados. La moderna doctrina jurídica abandonó hace tiempo la distinción entre daños con repercusión sólo en la persona física o psíquica de la víctima, y con repercusión también en su patrimonio. La más autorizada sostiene que el daño moral debe reducirse al sufrimiento o perturbación de carácter psicofísico en el ámbito de la persona a consecuencia de lesiones de derechos de la personalidad.

**Pautas para la cuantificación del daño moral.**—También ha de ser estimado el motivo en examen en cuanto a sus quejas sobre la cuantificación del daño moral, porque la sentencia recurrida lo ha ponderado de modo evidentemente poco lógico y desproporcionado, fijando una cifra que no guarda relación con los parámetros que han de tenerse en cuenta en esta labor (art. 9 de la Ley 1/1982). La S de esta Sala de 15 de julio de 1995 manifestó al respecto: «... a pesar de que la fijación del *quantum* indemnizatorio es atri-

bución de los juzgadores de instancia que, en general, queda excluida de la revisión casacional, al no ser este recurso extraordinario una nueva instancia, también lo es que, en materia de intromisión ilegítima en el derecho al honor de las personas, el artículo 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, marca unas pautas valorativas del daño moral, el cual (dice el precepto) “se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido”, por lo que cuando tales pautas no hayan sido tenidas en cuenta por la sentencia recurrida o lo hayan sido de manera claramente arbitraria, inadecuada o irracional, puede ser revisada en esta vía casacional, con carácter excepcional, la fijación del *quantum indemnizatori*». En efecto, el artículo 9 señala las pautas que han de ser tenidas en cuenta para la valoración del daño moral, que presume originado siempre por la intromisión ilegítima, a fin de evitar en lo posible una cuantificación subjetiva, no dependiente del grado en que la propia víctima se siente ofendida».

**Circunstancias que limitan el daño moral por agresión a los derechos a la propia imagen, honor e intimidad.**—En efecto, la del núm. 829 consiste en una agresión al derecho a la imagen, limitándose a la reproducción de fotografías de la actora, una en portada y trece en el interior. Son fotografías de estudio en las que la actora no aparece desnuda o semidesnuda sino más bien se hace publicidad de sí misma, por tanto ha consentido en posar como aparece. Ahora bien, ha de tenerse en cuenta que era una conocida «top-model» internacional, que hace de la exhibición de su imagen para publicitar objetos o marcas su legítima profesión, por lo que no hay duda de que es persona acostumbrada a negociar sobre ese bien de la personalidad. Parece pues que no cabe considerarla como una persona anónima, que por mor de un reportaje gráfico sale de ese estado contra su voluntad. La actora evidentemente que tiene derecho al respeto de su imagen, pero cuando ella ha posado para la obtención de las fotografías litigiosas el único problema es el de si se han publicado sin su consentimiento o no. Por ello es limitado el daño moral que puede alegarse para su compensación pecuniaria, debiéndose considerar además que algunas de esas fotos habían sido ya publicadas en una revista italiana, y se supone que con su consentimiento, pues no consta su reacción ante la misma. Por supuesto, todas esas consideraciones se hacen bajo el presupuesto de que las fotografías no se apartan sustancialmente de las que de su imagen se obtienen para fines publicitarios, sólo que el reportaje de la revista *Interviú* las saca de su contexto para ponerlas al servicio de sus intereses comerciales.

**Lesión de los derechos a la propia imagen, intimidad y honor: suplantación.**—Otra cosa distinta ha de afirmarse de la intromisión ilegítima contenida en el núm. 985. Aquí ha existido una suplantación de la propia imagen, pues si bien la portada, en letras de tamaño destacable, pertenece a una de las fotografías publicadas en el núm. 829, acompañada del titular «Lo nunca visto de Judit Mascó. Chica de Portada. Una catalana sin fronteras», las siete fotos del interior, a las cuales reenvía el índice bajo el título «Judit Mascó, el gusto es nuestro. La más “top” de las modelos españolas recrea su hermosura en el caliente invierno de Costa Brava», aquellas fotografías, decimos, no corresponden a la actora, sino a otra modelo, según ha sido reconocido por los propios demandados y averdado en el periodo probatorio, que posa para ello. Además, tales fotos se acompañan con una entrevista cuyo

diálogo aparece impreso en el margen derecho, que se hace a una señorita llamada Mónica, y está probado que no corresponde a la actora.

Las fotografías en cuestión son un tanto borrosas, y en ellas aparece la modelo real fotografiada lateral y de frente, en traje de baño de una pieza que deja descubierto el pecho, entrando en el agua. No se aprecia la existencia de público.

Todas estas circunstancias configuran un ataque al derecho a la imagen propia consistente en su suplantación por otra que no es la de la actora, a la intimidad porque no ha posado en el momento de tomar ella sola un baño, y al honor, por los títulos que acompañan el reportaje gráfico. (STS de 25 de noviembre de 2002; ha lugar en parte.)

HECHOS.—La conocida modelo Judit Mascó demanda a Ediciones Zeta, S. A., D. J. C. y Distribuciones Periódicas, S. A. reclamando la indemnización subsiguiente a la vulneración de su derecho a la propia imagen por la publicación de fotografías sin su consentimiento en la revista *Interviú*. Reclama diez millones de pesetas en concepto de indemnización por daños morales y setenta millones más en concepto de reparación por los perjuicios económicos sufridos. El Juzgado estima parcialmente la pretensión. Interponen las partes recurso de apelación desestimando la Audiencia el de la modelo y acogiendo en parte el de los demandados en el sentido de absolver a *Distribuciones Periódicas, S. A.*, y modificar el extremo relativo a las costas. Recurre nuevamente los demandados y el TS estima en parte su recurso de casación. (R. G. S.)

**8. Doctrina del levantamiento del velo.**—Esta doctrina, aplicada por el TS desde las SS de 8 de enero de 1980, 28 de mayo de 1981, 27 de noviembre de 1985, 13 de julio de 1987 y 25 de enero de 1988 y, más recientemente, por las SSTS de 17 de octubre de 2000 y 2 de marzo y 5 de abril de 2001, tiene su origen en una técnica procesal de los tribunales estadounidenses (*disregard of legal entity*). De acuerdo con ella, en caso de que una sociedad trate de cometer abusos, se penetra en el sustento personal existente bajo la personalidad jurídica. De hecho, afirma el TS que se aplica en situaciones de burla de derechos de terceros. (STS de 17 de diciembre de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—El *Banco de Jerez, S. A.*, insta procedimiento contra los esposos don J. P. L. y doña I. A. C., en el que les reclama el pago de una cierta cantidad. Poco después los esposos, demandados en ejecución, transmiten la propiedad de ciertas fincas a la entidad *Porrás Almeda, S. L.*, de la que es consejero delegado el propio don J. P. L., en pago de unas acciones que suscriben como ampliación de capital (ampliación de la que resultan ser los únicos suscribientes). Cuatro meses después se practica el embargo de dichas fincas en el seno del procedimiento instado por el *Banco de Jerez, S. A.*

La mercantil *Porrás Almeda, S. L.*, interpone entonces demanda de tercería de dominio, que es desestimada por el Juzgado de Primera Instancia. Contra dicho fallo recurre en apelación la deman-



dante; recurso que resulta desestimado por la Audiencia Provincial. *Porrás Almeda, S. L.* interpone frente a ello recurso de casación y el TS declara no haber lugar al recurso, al considerar que dicha entidad no es tercero de cara a la tercería de dominio. (A. M. M.)

## OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

**9. Deber de motivación de las sentencias. Función.**—El TS recoge la doctrina constitucional sobre la función que cumple el deber de motivación de las sentencias, recogido expresamente en el artículo 120.3 CE y en el artículo 248 LOPJ e, implícitamente, en el artículo 24 CE (entre otras, SSTC de 3 de marzo y 5 de mayo de 1998 y 12 de julio de 2000). Esta función es doble: dar a conocer las reflexiones que conducen al fallo y facilitar un control más completo de las resoluciones judiciales, como garantía frente a la arbitrariedad (SSTC 32/1996, de 27 de febrero, y 54/1997, de 17 de marzo).

**Deber de motivación de las sentencias. Contenido.**—Conforme a este deber, declara el TC (entre otras, SSTC 28/1994, de 27 de enero y 153/1996, de 24 de octubre) que no es necesario un razonamiento exhaustivo, sino que se expongan en la resolución judicial las razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales que han fundamentado la decisión. En esta línea, declara el TS (STS de 23 de febrero de 2000) que en las sentencias civiles —a diferencia de las penales— no es necesaria una declaración específica de hechos probados, pues ya se desprenden de los fundamentos jurídicos.

**Constatación de la existencia de un contrato. Facultad privativa de los tribunales de instancia.**—Afirma el TS (SSTS de 5 de abril y 22 de diciembre de 1999) que tanto la existencia del contrato, como la apreciación de la concurrencia de sus requisitos, de vicios en el consentimiento o del cumplimiento del mismo son cuestiones de hecho cuya constatación es facultad privativa de los tribunales de instancia y que habrá de ser mantenida en casación, mientras que no sea desvirtuada por el cauce procesal adecuado (concretamente, el error de derecho).

**Interpretación del contrato. Facultad privativa de los tribunales de instancia.**—Según el TS (STS de 20 de enero de 2000), esta facultad privativa de los tribunales de instancia no es revisable en casación, salvo que dé lugar a resultados ilógicos, absurdos o contrarios a derecho. (STS de 4 de noviembre de 2002; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Ante el impago de una partida de cebada que *Mare Nostrum Gestión, S. L.*, entregó a *Abraham García, S. A.*, la vendedora interpone demanda de reclamación de cantidad. La demandante alega que en la compraventa intervinieron como mediadores doña R. J. M. y su hijo y que no mencionaron que la compradora iba a ser la sociedad en cuestión. De hecho, la demandante pretende que la cebada se entregó como señal y parte del precio para la compraventa de determinados enclaves propiedad de doña R. J. M.

La demanda es desestimada en primera instancia y la entidad demandante interpone recurso de apelación. Éste es igualmente desestimado, frente a lo cual plantea *Mare Nostrum Gestión, S. L.*,

recurso de casación, alegando, entre otros motivos, la infracción del artículo 120.3 CE, por falta de motivación de la sentencia de instancia. El TS declara no haber lugar al recurso. (A. M. M.)

**10. Concepto y requisitos de la compensación.**—La compensación es una forma de extinguir la cantidad concurrente de las obligaciones de dos personas, que, por derecho propio, sean recíprocamente acreedoras y deudoras la una de la otra. El pago abreviado que supone procede cuando existe una relación económica entre dos personas recíprocamente deudoras y acreedoras, y las cantidades que la integran consistan en dinero, estén vencidas y sean líquidas y exigibles. Para que tenga lugar la situación compensadora a que alude el artículo 1195 CC, sólo son necesarios su apreciación y reconocimiento judicial, que se deben basar en la prueba de existencia de una dualidad de títulos y créditos recíprocos, sin que se exija que las deudas cruzadas tengan un origen común. Finalmente, la compensación es de apreciación exclusiva del juzgador de instancia. (STS de 30 de diciembre de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—La sociedad *Beton Catalán, S. A.*, celebró un contrato de suministro con la empresa *Estructuras y Construcciones Palomo, S. A.*, en virtud del cual *Beton Catalán* debía suministrar una cierta cantidad de hormigón. *Estructuras y Construcciones Palomo, S. A.*, utilizó el hormigón para realizar una obra, en la que posteriormente debió realizar unas reparaciones como consecuencia del estado defectuoso del material suministrado por *Beton Catalán*. La empresa suministradora interpuso demanda contra *Estructuras y Construcciones Palomo, S. A.*, en la que solicitaba se la condenase al pago de la cantidad debido por el hormigón suministrado. La demandada se opuso a la petición alegando que el importe que se le reclamaba coincidía con el desembolso que ella había realizado para realizar las reparaciones en la obra en la que había usado ese hormigón. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y esta decisión fue ratificada por la Audiencia Provincial de Barcelona. La demandada interpone recurso de casación, en el que alega que existe una compensación entre ambas deudas. El TS desestima el recurso, ya que la apreciación de la existencia de compensación de deudas corresponde al juzgador de instancia. (M. V. V.)

**11. Ejercicio de la *exceptio non adimpleti contractus*.**—Si el acreedor exige el cumplimiento de la obligación recíproca al deudor sin que él haya cumplido, este deudor podrá oponer la *exceptio non adimpleti contractus*. Esta excepción no está expresamente regulada en el Código Civil, pero deriva de los artículos 1100, 1124 y 1138 y ha sido reiteradamente aplicada por la jurisprudencia. Sin embargo, para que el deudor pueda ejercer esta excepción es necesario que el incumplimiento de la obligación recíproca de la otra parte sea real y efectivo, es decir, que se frustre la finalidad del contrato y no es suficiente con un cumplimiento defectuoso. Y como ha declarado esta Sala en alguna ocasión (STS de 16 de noviembre de 2000), se está en presencia de *aliud pro alio* o entrega de cosa diversa cuando existe pleno incumplimiento del contrato de compraventa, ya que el objeto vendido no es útil para cumplir

la finalidad para la que se vendió, con lo cual el comprador queda insatisfecho y permite acudir a la protección que dispensan los artículos 1101 y 1124 CC. Finalmente, también es necesario que la excepción se oponga de buena fe y no será viable cuando sólo se hayan incumplido obligaciones accesorias o no principales, ya que es necesario que se incumplan obligaciones cuya insatisfacción frustre la finalidad del contrato.

**Efectos de la *exceptio non adimpleti contractus*.**—El ejercicio de esta excepción por parte del deudor no supone su absolucón, sino sólo la paralización de la facultad que tiene la parte actora para exigir que cumpla con el contrato hasta que ella misma cumpla o esté real, firme e indiscutiblemente dispuesta a cumplir. (STS de 17 de diciembre de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—La empresa *La Valenciana Levante, S. A.*, adquirió una cabina de mateado a la sociedad *Malnati Company, S. R. L.*, y efectuó un primer pago de su precio. Aunque la máquina adquirida adolecía de defectos que impedían que alcanzase cierta velocidad, la sociedad adquirente podía utilizar y utilizaba dicha máquina. *La Valenciana Levante, S. A.* no pagó la suma que quedaba por satisfacer. La sociedad vendedora demandó a la compradora y solicitó el pago de la cantidad debida. La demandada se opuso alegando la falta de cumplimiento de la vendedora de sus obligaciones, ya que había suministrado una máquina defectuosa. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial de Valencia lo estimó y condenó a la demandada al pago de la suma que faltaba. La demandada interpone recurso de casación ante el TS, que lo desestima, ya que considera que la máquina no adolecía de ningún vicio que afectara de forma total a su funcionamiento, de modo que la compradora no podía ejercer la *exceptio non adimpleti contractus*.

NOTA.—En este proceso, la empresa demandada opone la *exceptio non adimpleti contractus* para suspender el pago de la cantidad que debía satisfacer, ya que considera que la máquina vendida no reunía los requisitos previstos. La excepción de incumplimiento contractual tiene lugar cuando el demandante ha omitido totalmente la ejecución de la prestación a su cargo. Esta excepción se debe distinguir de la *exceptio non rite adimpleti contractus*. Esta última se puede ejercer cuando el demandante sólo ha cumplido parte de su prestación o la ha realizado de forma defectuosa. Sin embargo, la jurisprudencia ha exigido, para que prospere esta excepción, que el defecto sea de tal entidad que el objeto vendido no satisfaga el interés del comprador [véase, por ejemplo, las SSTs de 10 de junio de 1983 (RJ 1983/3454), de 13 de mayo de 1985 (RJ 1985/2388) y de 27 de marzo de 1991 (RJ 1991/2451)]: En este caso, hubiera sido más adecuado que la empresa demandada hubiese opuesto la excepción de falta de cumplimiento regular y exacto, aunque el fallo hubiera sido el mismo, dado que, aunque la máquina adquirida no alcanzaba la velocidad deseada, la podía usar y, de hecho, la estaba utilizando. En conclusión, el único remedio del que dispondría el comprador en este caso consistiría en el ejercicio de las acciones derivadas

del saneamiento por vicios ocultos y que tienen un plazo de caducidad de seis meses desde la entrega de la cosa. (M. V. V.)

**12. Resolución por incumplimiento contractual: esencialidad del plazo.**—Procede recordar que el contratante que cumplió su prestación puede exigir el cumplimiento o la resolución, en ambos casos con indemnización de daños y perjuicios (SS de 12 de junio de 1986, 9 de mayo de 1994, 24 de noviembre de 1995), son compatibles de forma subsidiaria las peticiones de resolución y de cumplimiento, aparte de la opción que concede el precepto (S de 15 de noviembre de 1993). El artículo 1124 CC está estrechamente ligado al 1504, CC siendo compatibles y el segundo una especialidad del primero (S de 7 de marzo de 1983). Tanto para los supuestos de ejercicio de la acción resolutoria de la compraventa contemplada en el artículo 1504 CC, en el supuesto de bienes inmuebles, como en el que con carácter genérico otorga el artículo 1124 CC, en el caso de las obligaciones recíprocas, para que la resolución pueda ser acogida no es bastante un simple retraso en el incumplimiento (*sic*) de las obligaciones de una de las partes, sino que ha de patentizarse la existencia de una voluntad obstativa al cumplimiento de lo convenido, que por su trascendental importancia pueda justificar su resolución (S de 20 de noviembre de 1984).

Admitiendo que una primera y superficial lectura de los hechos acaecidos podría concluir en que se ha producido un mero retraso en la entrega de la vivienda no justificativo de la resolución por total incumplimiento a cargo del vendedor, también es cierto que es obligado hacer la lectura del contrato en todas sus circunstancias y cláusulas. De esta lectura o interpretación no puede estimarse que el retraso sea irrelevante a estos efectos, ya que la cláusula quinta que establece el plazo de entrega aparece con carácter esencial, sí se la relaciona con la previa recepción por el vendedor de una parte sustancial del importe del precio. Se ha excedido en más del doble el plazo de entrega pactado por las partes. En el contrato se fija la fecha de terminación en poco más de cuatro meses desde la fecha de su celebración. El retraso en el requerimiento hecho por el vendedor para la recepción del resto del precio y elevación a escritura pública, es sólo de cinco meses, pero este período es el doble del esencialmente pactado.

Para comprender que lo expuesto debe ser estimado como un incumplimiento legitimador de la resolución del contrato, conviene añadir que la disposición de la cláusula tercera, que debía ser cumplida antes del requerimiento del vendedor, tuvo lugar en fecha tan tardía, hasta el punto de que se otorgó la escritura de declaración de obra nueva y propiedad horizontal después de contestada la demanda.

Y como lo expuesto implica la estimación del motivo y la Sala asume la instancia, en esta función no puede dejar de señalarse para subrayar como adecuada la interpretación que estima que debe prosperar que la cláusula quinta sobre el plazo de entrega es esencialmente relevante. Pues así también lo pretendió el vendedor, que hoy se opone, pues en el último párrafo de dicha cláusula se establece lo siguiente: «para el supuesto de que terminara el corriente año (1992) sin que el otorgamiento de escritura haya tenido lugar por causa imputable al comprador, el vendedor quedará en libertad de disponer de la vivienda a favor de tercera persona, asumiendo en tal caso la obligación de devolver al señor G. M. las cantidades por éste entregadas en el momento en que se materializara la nueva transmisión». Es decir, el ven-

dedor pacta que para un supuesto, (que en principio no se produjo) de incumplimiento parcial de la obligación del pago del precio a cargo del comprador (pues había abonado parte del mismo), se establece la facultad a su favor de instar la resolución del contrato.

Y al estimar la resolución pretendida del contrato, se extingue la relación contractual con carácter retroactivo, volviendo al estado jurídico preexistente, por lo que procede con la condena a la devolución del dinero, la condena al pago de intereses legales a partir de la entrega de la referida parte del precio, cuya constancia es la de la fecha del contrato. (STS de 5 de diciembre de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—Don P. G. M., comprador de una vivienda, formula demanda contra D. A. G. M., vendedor, solicitando del Juzgado la resolución del contrato por falta de entrega de la vivienda en el plazo convenido, razón por la que reclamaba además la devolución de las cantidades entregadas con sus intereses legales. Se opone el vendedor y formula demanda reconventional solicitando el cumplimiento del contrato y la condena del comprador al abono del precio pendiente de pago, los intereses legales desde la fecha de la reconvenición y los daños y perjuicios a determinar en ejecución de sentencia. Demanda y reconvenición son desestimadas. Apelan las partes y la Audiencia estima parcialmente el recurso del vendedor por lo que se condena al comprador a que abone el resto del precio. Formulan ambas partes recurso de casación declarando el TS haber lugar al del comprador, demandante en la instancia. (R. G. S.)

**13. Intereses derivados de una obligación principal consistente en el pago de una cantidad de dinero.**—Con relación a los intereses, la doctrina del TS distingue entre los denominados intereses legales y los convencionales. Los primeros son los exigidos por la Ley como es el caso del artículo 1108 *in fine* CC; mientras que los convencionales son los acordados por las partes contratantes. Del mismo modo, se distingue dentro del interés legal: el moratorio, que tiene lugar como su propio nombre indica, cuando el deudor incurre en mora (art. 1108 CC) y sometido al principio dispositivo que rige el proceso civil; y el ejecutorio establecido en el artículo 921 EC de 1881 (similar al actual y vigente artículo 576 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil). Este último, si bien consiste en el interés legal incrementado en dos puntos desde la fecha de la sentencia que condena al pago, no es necesario para su estimación que se incluya en el suplico de la demanda (no rige el principio dispositivo), a diferencia de lo que sucede con el interés moratorio (SSTS de 23 de julio y 31 de diciembre de 1998).

La distinción no es baladí, toda vez que desde un punto de vista procesal la sentencia que resuelva sobre éstas cuestiones puede incurrir en incongruencia de no atender a tal diferenciación. (STS de 31 de diciembre de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—Se formula demanda por parte de la Comunidad de Propietarios *Los Arlequines*, num. 42 contra don F. G. Q.,

doña A. M. R. y don A. D. G. para que se condene a éstos como promotores y constructor respectivamente, a la reparación de los desperfectos del edificio de viviendas.

En primera instancia el Juzgado estima parcialmente la demanda presentada contra los promotores y el arquitecto, en el sentido de condenarles al pago de una cantidad de dinero, más el 16 por 100 de IVA e intereses legales. La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación confirmando la sentencia de instancia. El TS declara haber lugar al recurso interpuesto ante el mismo, casando y anulando la sentencia de la Audiencia Provincial por lo que respecta a los intereses moratorios, y condenando a los demandados (excepto a uno de ellos que no recurrió en casación) al interés legal incrementado en dos puntos.

NOTA.—Repárese en que lo resuelto en esta sentencia es verdaderamente paradójico para los recurrentes en casación con relación a los efectos de aquélla. Ante la condena por parte de la Audiencia Provincial a los demandados, interponen dos de ellos recurso de casación, y estimando el TS dicho recurso, se encuentran éstos sin embargo con una situación menos favorable que la impuesta por el Tribunal Provincial; y esto por no regir en los intereses ejecutorios el principio dispositivo propio del derecho procesal civil. (*J. D. S. C.*)

**14. Indemnización de daños y perjuicios sufridos por la falta de suministro del fluido eléctrico.**—Los conceptos de imprevisibilidad e inevitabilidad del artículo 1105 CC no se cumplen necesariamente cuando quien los alega se ha limitado a acatar de forma estricta las normas administrativas generales que regulan un determinado ámbito. En efecto y más concretamente, si una Hidroeléctrica conoce los riesgos de inundaciones que además tienen lugar con cierta frecuencia; y es además sabido que la normativa general no es suficiente para eliminar tal riesgo, no se exonera aquélla de responsabilidad apelando al cumplimiento de la normativa. A mayor abundamiento, el artículo 28 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, establece una responsabilidad objetiva de ciertas empresas entre las que se encuentran las de suministro eléctrico, en aquellos casos en que se han derivado daños, a excepción de que éstos se produzcan por la culpa exclusiva de los suministrados. (**STS de 13 de diciembre de 2002**; no ha lugar.)

HECHOS.—Las mercantiles *Cartolot, S. A.* y *Embutidos Caseros Collell, S. A.* sufren ciertos daños por la falta de suministro eléctrico que debía proporcionarles la mercantil *Hidroeléctrica de L'Empordà, S. A.*, razón por la cual deciden demandar a ésta, solicitando a la demandada indemnización por tales daños.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda interpuesta absolviendo a la Hidroeléctrica. Por su parte, el recurso de apelación es estimado parcialmente por la Audiencia Provincial. El TS declara no haber lugar al recurso de casación. (*J. D. S. C.*)

**15. Indemnización por daños y perjuicios derivada de la resolución unilateral del contrato de distribución en exclusiva.**—La jurisprudencia ha determinado que la denuncia unilateral del contrato de concesión exclusiva por parte del empresario, cuando éste se ha beneficiado de la clientela aportada por el agente, ha de implicar una compensación indemnizatoria por parte de aquél (SSTS de 22 de marzo de 1988 y 27 de mayo de 1993). En los casos de resolución de contratos de distribución exclusiva surge la indemnización compensatoria derivada de la aportación realizada por el concesionario, y esto, con independencia de que la resolución unilateral se haya realizado con justa causa o no. Así se pronuncia la STS de 27 de mayo de 1993, cuando establece que en los casos de resolución de estos contratos, la obligación de indemnizar no surge de la propia extinción contractual sino de lo aportado al empresario (concedente de la exclusiva). También es acertada, a juicio de la reciente STS de 28 de enero de 2002, la aplicación analógica de las normas reguladoras del contrato de agencia a la concesión exclusiva, siempre que se tengan presentes las diferencias en cuanto a la naturaleza jurídica de ambas figuras.

**Prueba de estos daños y perjuicios a través de la contabilidad del empresario, en aplicación del artículo 1228 CC.**—Este precepto del Código civil no se refiere (según la doctrina jurisprudencial) a la fuerza probatoria de los «asientos, registros y papeles privados» de una de las partes contratantes, en especial cuando la llevanza de tales libros y registros responde a una obligación legal. Los órganos jurisdiccionales determinarán el alcance probatorio de estos documentos atendiendo a su prudente arbitrio, en función de las formalidades de éstos, clase, etc. (STS de 16 de diciembre de 2002; no ha lugar.)

*HECHOS.*—*Agua de Gredos S. A., Fontdor, S. A., Malave-  
lla, S. A., Font del Regas, S. A. y Grupo Vichy Catalán*, de una parte, y don A. M. G. de otra, celebraron contrato de distribución exclusiva. Comoquiera que aquellas sociedades resolvieron unilateralmente dicho contrato, don A. M. G. interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia, en reclamación de daños y perjuicios por tal resolución. Se estima parcialmente la demanda condenando a las mercantiles a pagar al actor una determinada cantidad fijada en sentencia. En grado de apelación, la Audiencia Provincial desestima el recurso presentado por las condenadas en instancia, y estima parcialmente el recurso interpuesto por el actor. El TS afirma no haber lugar al recurso de casación interpuesto. (*J. D. S. C.*)

**16. Subsidiariedad de la acción rescisoria.**—La nota más característica de la acción rescisoria 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, atendiendo a la consolidada doctrina jurisprudencial al respecto, no tiene que 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.

**Concepto de *consilium fraudis*.**—La desaparición o minoración patrimonial es el consecuente resultado de una operación transmisiva de bienes por

el deudor a favor de terceros, presupuesto éste al que se enlaza, por último, un determinado propósito que viene a determinar el llamado *consilium fraudis*, entendido, de manera amplia, como «conciencia» en el deudor del perjuicio que el empobrecimiento real o fingido causa al acreedor, e interpretado, por la S de 6 de abril de 1992, como la actividad intencionada y directamente dolosa o bien como simple conciencia de causarlo, llegando a alcanzar cotas de cuasi-objetividad si el perjuicio se ocasiona por simple culpa civil o impremeditación. (STS de 31 de diciembre de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—En fecha 2 de mayo de 1988 se celebró un contrato de cesión de solar por obra entre don R. M. S. e *Iberia Inversiones, S. A.* El 21 de febrero de 1994 dicha sociedad celebró un contrato de compraventa de las fincas ya edificadas a *Comercial Química Saura, S. A.*, cuyo administrador era el mismo que en la mercantil *Iberia Inversiones, S. A.* Ante la falta de cumplimiento del contrato de cesión de solar por obra, don R. M. S. interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Hellín solicitando la entrega de la parte correspondiente de la obra y la nulidad de la escritura de compraventa suscrita por ambas sociedades, con base en la existencia de fraude de acreedores. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y condenó a *Iberia Inversiones, S. A.* a entregar a don R. M. S. la parte correspondiente de la obra edificada, pero no declaró la rescisión de la compraventa al no considerar probada la existencia del fraude. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial de Albacete revocó parcialmente la sentencia de instancia y declaró la rescisión de la compraventa por fraude de acreedores. Interpuesto recurso de casación por *Comercial Química Saura, S. A.*, el TS declaró no haber lugar al mismo. (A. S. C.)

**17. Rescisión del contrato y tercero de buena fe.**—Procedería apreciar situación de mala fe si se hubiera probado, lo que no ha sucedido, que los compradores conocían perfectamente que el vendedor no podía disponer de las viviendas que enajenó por estar adjudicadas al cedente de los solares en pago de su transmisión y, no obstante ello, hubieran consentido celebrar el contrato.

No debe dejarse de lado la previsión del artículo 1124 CC, al resultar protector de los terceros adquirentes, con arreglo a los artículos 1295 y 1298, CC si bien referidos a la rescisión y disposiciones hipotecarias. El párrafo segundo del referido artículo 1295 CC prevé el supuesto de encontrarse legalmente las cosas objeto del contrato en poder de terceras personas que no hubieran procedido de mala fe, en cuyo caso, se viene a limitar su alcance rescisorio en cuanto que el contratante incumplidor deberá restituir el valor correspondiente (SS de 13 de mayo de 1972, 13 de febrero de 1989 y 6 de junio de 1995), que es la solución decisoria correcta que alcanza el Tribunal, pues condenó al adquirente de los solares al pago del valor de las viviendas a la fecha de terminación, como acto previo al otorgamiento de escritura pública por el cedente del suelo.

**Prueba de la buena fe.**—Es doctrina jurisprudencial reiterada y conocida que la existencia o inexistencia de buena fe es cuestión de hecho y por



tanto de libre apreciación de los juzgadores de instancia, lo que no obsta para que también se haya declarado que la buena fe también es concepto jurídico deducido libremente por la apreciación de los hechos que le sirven de origen, dentro de los hechos acreditados que a ella se refieren procediendo su impugnación en casación si se combaten con éxito los hechos en que se fundamentó tal apreciación. En el caso de autos la conducta que se atribuye a los compradores de las viviendas de haber celebrado los contratos careciendo el vendedor de título registral, evidentemente no configura estado de mala fe, sin que tampoco concurren supuestos típicos y precisos por los que se falta a la buena fe contemplados en la S de 2 de febrero de 1992.

**Determinación de la fecha de inicio de abono de intereses.**—El reajuste de intereses que se postula resulta procedente, ya que se da el supuesto previsto en el número segundo del artículo 1501 CC, pues las cosas que se debían entregar en este caso viviendas dispuestas para su habitabilidad, indudablemente resultan aptas para producir rentas y beneficios. Se trata de propios intereses compensatorios y no moratorios, no actuando como pena civil, sino como contrapartida de la utilidad que ha entrado en el patrimonio del obligado y no cabe aceptar, ya que resultaría injusto que se produzca aprovechamiento torticero habiendo recibido las cosas y no habiendo cumplido voluntariamente con la restitución impuesta en el contrato, aquí actúa el precio sustitutorio, dándose razones de profundo sentido equitativo en el referido apartado segundo del artículo 1501 CC (SS de 15 de febrero de 1905, 30 de junio de 1950, 19 de mayo de 1961 y 28 de noviembre de 1997), pues indudablemente ha tenido lugar no sólo retención de las viviendas, sino disposición onerosa de las mismas, al haber sido enajenadas, con lo que se privó a quien debía ser titular tanto de su propiedad, uso y disfrute, como de las rentas que pudieran haber generado. Los intereses correspondientes a la cantidad que representa el valor de las viviendas serán devengados desde la fecha de su terminación, los que se cuantificarán en ejecución de sentencia (**STS de 16 de diciembre de 2002**; ha lugar.)

**HECHOS.**—E. P. C. y L. A. T. celebraron un contrato privado en fecha 18 de marzo de 1967, por el que el primero aportó y cedió al segundo dos solares de su propiedad para la construcción de viviendas. E. P. C. cedió el solar a cambio de que se le entregasen cuatro pisos del edificio que se iba a construir y se comprometió a otorgar el contrato de cesión en escritura pública cinco meses antes de la terminación de las obras. Posteriormente el constructor vendió a terceros los cuatro pisos que correspondían al cedente, ante lo que éste interpuso demanda solicitando la resolución del contrato de cesión. El demandado formuló reconvencción solicitando la condena de E. P. C. a elevar a público el contrato privado de cesión del solar. El Juzgado de Primera Instancia desestimó íntegramente la demanda y la reconvencción. El demandante interpuso recurso de apelación al que se adhirió el demandado. La Audiencia Provincial estimó parcialmente las pretensiones de ambas partes, y condenó a la demandante a elevar a escritura pública el contrato privado de cesión de solar y a la reconvincente al pago del valor de los pisos que no habían sido entregados al cedente y de los intereses moratorios desde la fecha de interposición de la demanda. El demandante interpuso recurso

de casación y el TS estimó parcialmente el recurso y condenó a la demandada a abonar los intereses correspondientes al valor de las viviendas desde la fecha en que debieron haber sido entregadas. (R. T. B.)

**18. Rescisión por fraude de acreedores. Pago realizado en situación de insolvencia.**—El artículo 1291 CC recoge las causas de la rescisión en una enunciación, de carácter cerrado, según corresponde a la naturaleza de este remedio extraordinario que no cabe interpretar más que restrictivamente, limitación que no rompe el último de los supuestos que contempla la lista («cualesquiera otros», puesto que estos casos tienen que estar «especialmente» determinados por la Ley). A los supuestos del precepto, pueden asimilarse por iguales razones implícitas los pagos hechos, en estado de insolvencia, respecto de los que no hay todavía deber jurídico de cumplimiento inmediato, a lo que se refiere el artículo 1292 CC. Pero la constitución de hipoteca que se cuestiona se debe al obligado cumplimiento de pacto anterior, sin que se haya probado la situación del mismo en la fecha del pacto, que la Audiencia admite como válido, especialmente en cuanto que con toda lógica da como probado las transferencias de dinero determinantes del pacto.

**Requisitos.**—La rescisión por fraude de acreedores, que es la figura que determina el artículo 1291.3 CC necesita para su plena vigencia y para que pueda ser objeto de una determinada pretensión judicial que recaiga sobre actos o negocios rescindibles, que exista una intención fraudulenta por parte del deudor y, por último, que de todo ello surja un concreto perjuicio (S. de 1 de diciembre 1997). Del pacto previo a la constitución de hipoteca en ningún momento la sentencia declara que exista intención fraudulenta del deudor.

**Efectos de la fecha de un documento privado frente a terceros. Admisión de su veracidad a partir de otros actos.**—Como fue declarado en Sentencia de 30 de mayo de 1989, el principio legal que establece el artículo 1227 CC, es aplicable cuando el hecho a que se refiere solamente puede tener demostración por el propio documento, lo que no ocurre cuando existen otros medios de prueba que acrediten la realidad de la fecha que en él aparece, la que puede tenerse por eficaz en juicio cuando se corrobora por otras pruebas practicadas, cuya doctrina se encuentra respaldada por la establecida en distintas sentencias (SS. de 20 de diciembre de 1956, 6 de julio de 1982, 12 de julio de 1986, 25 de enero 1988, 16 de febrero de 1990, 22 de junio de 1995, 23 de diciembre y 3 de julio de 1996). La alegación de oposición al recurso no se corresponde con la apreciación de los hechos probados que ha hecho la sentencia que se recurre y discute, que en casación no es la del Juzgado de Primera Instancia, sino la dictada por la Audiencia en virtud del recurso de apelación. Toda vez que ha tenido en cuenta para dar validez al documento las pruebas referidas a la realidad de la transferencia de cantidades que en el mismo figuran. Por otra parte algunas sentencias declaran que el artículo 1227 CC se refiere al caso en que por un solo documento privado se pretende justificar determinado hecho, y tiene como finalidad evitar que la anticipación intencionada de la fecha perjudique a quien en él no hubiese intervenido, pues no hay inconveniente alguno en que la veracidad de la misma se pueda admitir desde que se comprueba con relación a otros actos que alejen toda sospecha de falsedad o simulación (SS de 5 de octubre de 1957 y 25 de enero de 1989). (STS de 7 de noviembre de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—Con fecha 29 de enero de 1991, doña M<sup>a</sup>. L. y don J. manifestaron en un documento privado que cada uno de ellos ingresaba la cantidad de 10.000.000 de pesetas en una cuenta bancaria de *Parmi, S. A.* en concepto de préstamo, y que dicha suma de dinero perdería ese «carácter si se produjera una ampliación de capital en la sociedad, en cuyo supuesto se destinaría la indicada suma a la suscripción de acciones por parte de los prestamistas». En el mismo documento su hermano don I., socio y administrador de la sociedad, se obligó a «avaluar o a garantizar realmente» el cumplimiento de la obligación de *Parmi, S. A.* de devolver las cantidades entregadas en el caso que esa sociedad no acordase la mencionada ampliación de capital en un plazo de seis meses. Al no realizarse la misma, ni devolverse el dinero, el día 11 de diciembre de 1992 don I. otorgó hipoteca a favor de doña M<sup>a</sup>. L. y don J.. Con anterioridad se habían dictado diferentes sentencias condenatorias e iniciado procesos ejecutivos y de reclamación de créditos contra don I. Uno de sus acreedores, don M. A., interpuso demanda en la que solicitó la nulidad de la hipoteca o, subsidiariamente, su rescisión por haber sido celebrada en fraude de acreedores. El Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Gijón dictó sentencia el 30 de mayo de 1995, en que estimó la demanda y declaró la nulidad de la hipoteca por inexistencia de la obligación garantizada. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial de Gijón, Sección 5.<sup>a</sup>, dictó sentencia el 27 de febrero de 1997, en la que desestimó el recurso y confirmó la sentencia recurrida al declarar rescindida la hipoteca por fraude de acreedores. Don I., don J. y doña M<sup>a</sup>. A.—como sucesora de doña M. L.—recurrieron en casación. El TS estima el recurso. (*J. M. B. S.*)

**19. Rescisión por fraude de acreedores. Inicio del cómputo del plazo de caducidad.**—El motivo se desestima porque la jurisprudencia de esta Sala no exige como requisito de prosperabilidad de la acción rescisoria por fraude de acreedores la previa acreditación y declaración judicial de la insolvencia del deudor. La S de 17 de julio de 2000 negó que el plazo de caducidad al que está sometido el ejercicio de aquella acción empiece a correr desde que la persecución de bienes del deudor ha concluido. Además, también se desestima porque, si bien están acreditadas las fechas de 1989 como momentos en que se determinan cuantitativamente los créditos laborales, no lo es menos que hasta el 9 de noviembre de 1992 pudo ejercitar el actor recurrente la acción rescisoria, ya que la venta que impugna se inscribió el 9 de noviembre de 1988, y en el recurso no figura ningún motivo que impugne la consideración de esta última fecha como *dies a quo* del plazo de la acción rescisoria. A los cuatro años de la fecha de la inscripción registral de la venta se extingue necesariamente la acción rescisoria, por ser un plazo de caducidad (S de 4 de septiembre de 1985 y las que cita). (STS de 2 de diciembre de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—En 1988 *Servicios de Imagen y Registros, S. A.* vendió un local comercial a *Raismabel, 4, S. A.* —la sentencia no especifica la fecha concreta— y esa compraventa se inscribió en el

Registro de la Propiedad el 9 de noviembre del mismo año. Don F. interpuso demanda contra ambas empresas, en la que solicitó la rescisión por fraude de acreedores, al entender que la compraventa se había realizado con el objeto de producir la insolvencia de la vendedora ante distintos procedimientos judiciales instados por la demandante en la jurisdicción de lo social. El Juzgado de Primera Instancia núm. 20 de Barcelona dictó sentencia el 17 de julio de 1995, en la que desestimó la demanda y estimó la excepción de caducidad de la acción opuesta por las empresas demandadas. La Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 1.ª, dictó sentencia el 3 de marzo de 1997, en la que desestimó el recurso de apelación. Don F. recurrió en casación por entender que el estado de insolvencia de *Servicios de Imagen y Registros, S. A.* no se declaró hasta el auto del Juzgado de lo Social, de 20 de julio de 1992, dictado en otro procedimiento judicial y que puso fin a las reclamaciones judiciales que se seguían contra la demandada. El TS considera que el inicio del cómputo del plazo de caducidad de la acción rescisoria tiene lugar a partir de la inscripción de la compraventa en el Registro de la Propiedad, aunque no haya finalizado la persecución de los bienes del deudor, por lo que desestima el recurso. (*J. M. B. S.*)

**20. Preferencia de los créditos salariales de los trabajadores frente al crédito de un acreedor pignoraticio, respecto de la cosa pignorada.**—Sin perjuicio de lo que disponen los artículos 1922.2 y 1926.I CC y a pesar de entenderse esta cuestión como tema *decidendi del litigio*, no se entra a valorar la misma, toda vez que no concurren los requisitos necesarios del contrato de prenda.

**Requisitos para la existencia del contrato de prenda.**—Son características de la prenda la no transmisión al acreedor pignoraticio de la propiedad de la cosa pignorada, así como la obligación de retener por parte de aquél; la cual no existe si la cosa pignorada se transmite al acreedor pignoraticio. Además, el derecho de prenda se caracteriza no sólo por esa facultad de retención recogida en el artículo 1866 CC, sino que además implica (del mismo modo que sucede con el derecho de hipoteca) la facultad de enajenar las cosas pignoradas para pagar al acreedor, lo que se denomina *ius distrahendi* (STS de 24 de junio de 1941).

Si la prenda se constituye sobre una imposición a plazo, aunque ésta se encuentre configurada a través de un pagaré, estamos ante una prenda irregular o pecuniaria, en la medida en que la entrega del pagaré no se entiende como entrega de un título-valor sino como dinero efectivo. (STS de 11 de diciembre de 2002; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Una serie de personas físicas promueven demanda de tercería de mejor derecho contra *Banesto, S. A.* y contra *Mediterránea de Obras Públicas y Servicios, S. L. (MEDOPS)* sobre reclamación de cantidad. Los actores solicitan que se declare su derecho preferente por los créditos salariales que tienen frente a *MEDOPS*, por resolución del Juzgado de lo Social. Por su parte, *BANESTO, S. A.* es acreedor pignoraticio de *MEDOPS* y se discute si respecto del objeto de la prenda, a saber, un pagaré

de propia financiación, ostenta *Banesto, S. A.* mejor derecho que los actores.

Así las cosas, el Juzgado de Primera Instancia declara preferente el derecho de los demandantes por los créditos salariales contra *MEDOPS*, salvo el pagaré constituido como garantía prendaria, cuyo mejor derecho corresponde (según este juzgador), a *Banesto, S. A.* La Audiencia Provincial estima el recurso de apelación interpuesto por los trabajadores e incluye el pagaré de propia financiación en los créditos preferentes de los actores. Recurrida en casación la resolución de la Audiencia, el TS declara que no ha lugar al recurso. (*J. D. S. C.*)

**21. Diferencia entre el protesto de una letra de cambio y la escritura pública, de cara a la preferencia de créditos.**—Como afirma la STS de 13 de junio de 2000, no todos los documentos autorizados por fedatario público tienen carácter de escritura pública, sino solo aquellos a los que la ley y la jurisprudencia concedan tal significado. De hecho, señala el TS en reiterada jurisprudencia (SSTS de 29 de abril, 14 de junio y 19 de noviembre de 1988) que los protestos no son escrituras públicas, sino meramente actas, ya que su objeto se limita a la constatación de la falta de aceptación o de pago de las letras. Por el contrario, en una escritura pública se trataría de dejar constancia de la voluntad concorde de las partes para crear una obligación o del reconocimiento de la misma por el deudor.

**Créditos quirográficos. Preferencia.**—Según la STS de 1 de marzo de 1978, cuando el crédito es quirográfico, su preferencia se fijará de acuerdo con la fecha del documento en que se recoja.

**Prueba de presunciones frente a prueba directa.**—Aunque el artículo 1253 CC autoriza al Juez a acudir a la prueba de presunciones, esto no significa que deba necesariamente hacer uso de ella (STS de 10 de octubre de 2000). De hecho, no se vulnera este precepto cuando la fundamentación deriva de pruebas directas que obran en el proceso. (**STS de 4 de noviembre de 2002**; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Ante el reintegro por parte de la Hacienda Pública de una elevada suma en concepto de devolución del Impuesto sobre el Valor Añadido a *Club de Camp Perafita, S. A.*, la entidad *Perafita, S. A.* interpone tercería de mejor derecho y, subsidiariamente, de dominio, frente a la entidad mercantil anteriormente mencionada y frente a *OCISA*, acreedora de la primera. *Perafita, S. A.* (empresa vinculada al *Club de Camp Perafita, S. A.*, pero distinta en sus accionistas), alega a su favor la existencia de un contrato de cesión del crédito que tenía *Club de Camp Perafita, S. A.* frente a la Hacienda Pública, recogido en escritura pública de 17 de marzo de 1992. Por su parte, el crédito de *OCISA* deriva, al parecer, de una letra de cambio frente a cuyo impago había promovido ésta juicio ejecutivo cambiario el 28 de mayo de 1992.

La tercería es estimada en primera instancia, frente a lo cual recurre *OCISA* en apelación. La Audiencia Provincial desestima el recurso y confirma la sentencia del Juzgado de Primera Instancia. Interpone entonces *OCISA* recurso de casación, alegando la preferencia de su crédito y la nulidad del contrato de cesión de crédito

sobre el que se apoya la pretensión de *Perafita S. A.* El TS desestima el recurso.

NOTA.—La prueba de presunciones aparece actualmente recogida en el artículo 386 LEC 1/2000, de 7 de enero. (A. M. M.)

**22. Resolución unilateral del contrato de distribución en exclusiva.**—El mutuo disenso de las partes contratantes puede efectivamente provocar la extinción de la relación jurídico obligatoria, si bien es necesario que aquel aparezca debidamente probado y aceptado por las partes. Si además se pactó en el contrato que tal resolución debía comunicarse previamente con un determinado plazo de tiempo, el obviar tal pacto implicará la obligación de indemnizar por parte del incumplidor.

**Doctrina de los actos propios. Los actos deben ser concluyentes e indubitados.**—Deben definir de una manera inalterable e inequívoca la situación del que los realiza y deben estar dirigidos a crear, modificar o extinguir una determinada relación jurídica (SSTS de 24 de octubre de 1985, 20 de febrero de 1995, 20 de febrero de 1997, entre otras). (STS de 30 de diciembre de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Existe entre las partes un contrato de distribución en exclusiva, el cual es resuelto unilateralmente por una de las partes, que alega la aceptación de tal resolución por la otra. En primera instancia, el Juez desestima la demanda presentada por *Konig Records, S. A.* contra *BMG Ariola, S. A.* La actora interpone recurso de apelación que es estimado parcialmente por la Audiencia Provincial, en el sentido de condenar a la demandada a abonar una indemnización conforme a ciertas bases establecidas. La parte condenada por la Audiencia, formaliza recurso de casación ante el TS al que no ha lugar. (J. D. S. C.)

**23. Calificación del contrato: compraventa de bienes muebles a plazos y no *leasing*.**—En relación al artículo 1255 CC de carácter general, no puede olvidarse que corresponde al Tribunal de Instancia la calificación del contrato que se somete a su consideración; lo que implica la necesidad de aceptar la razonable calificación que del contrato hacen las sentencias recurridas como de compraventa a plazos y no de arrendamiento financiero y como tiene declarado con reiteración esta Sala, la calificación de los contratos ha de descansar en el contenido obligacional convenido, abstracción hecha de la denominación que las partes asignen a aquéllos.

No puede estimarse como contrato financiero el que aquí se cuestiona, pues no se regula el ejercicio de la opción de compra por el valor residual, ya que no se especifica el plazo para ejercitarla ni la forma de su ejercicio.

Al tratarse en realidad de un contrato de compraventa no surge la obligación de pago del precio, en este caso aplazado, ya que no se ha producido la entrega de la cosa en la forma adecuada y exigible, como se desprende del informe pericial que manifiesta que la máquina sólo pudo funcionar durante el período de montaje y prueba y carece de contadores que puedan indicar el número de actuaciones que realizó, si es que hizo alguna, ya que la máquina no funcionó desde su puesta en marcha, como así lo declara probado la sentencia de primera instancia.

En la sentencia de apelación se confirman íntegramente tanto la apreciación de hechos como la calificación contenida en la sentencia de primera instancia, y sólo se hace referencia al posible arrendamiento financiero para mantener para tal caso también la desestimación de la demanda por la falta de entrega consignada.

**Condiciones generales de la contratación.**—En relación a los contratos de adhesión, la doctrina se pronuncia en el sentido de que la producción de bienes y servicios en masa y la homologación de conductas de usuarios y consumidores, según patrones miméticos, junto con las necesidades de simplificación y normativización que imponen las organizaciones empresariales a las que no son ajenas prácticas que se desarrollan por la posición preeminente que ocupan en el mercado, ha propiciado y extendido, con carácter general, la contratación sujeta a contenidos del contrato tipificados que limitan la voluntad del contratante a la mera aceptación o simple adhesión al contrato que se ofrece por la parte llamada, por ello, predispone. La libertad en este caso del contratante precisado de aquellos bienes o servicios se reduce a la prestación del consentimiento careciendo, por regla general (aunque no siempre ocurre así), de posibilidades reales de negociación del contenido de las condiciones de contrato. Surgen de este modo, las «condiciones generales», es decir, las impuestas por una de las partes contratantes a la otra, redactadas con carácter general, para todos los contratos de una misma clase, y que, en principio, tienden a favorecer a la parte que las impone.

Estas nuevas realidades sociales que son hoy lugar común en el tráfico jurídico dejan, a veces, mal parada la libertad de contratación por lo que el derecho ha establecido mecanismos compensatorios, ora sea mediante la declaración de las cláusulas oscuras que perjudiquen a la que se denomina «parte débil» del contrato, ora sea mediante sistemas de declaración de nulidad por abusivas de las condiciones generales. Estas materias, sin embargo, aunque pertenecen al derecho privado, no obstante las normas interventoras que las regulan, están regidas por leyes especiales (Ley para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, Ley de Condiciones Generales de la Contratación, Legislación de Comercio y Directivas de la Unión Europea aplicables). (STS de 15 de diciembre de 2002; no ha lugar.)

**HECHOS.**—*Uniter-Leasing* (hoy *Hispaner Servicios Financieros*) formuló demanda contra doña P. C. J. y don M. R. A. en reclamación de cantidad derivada, según la entidad, de un arrendamiento financiero relativo a una máquina. Los demandados se opusieron alegando la existencia de un contrato de compraventa a plazos y la falta de entrega de la instalación fotográfica, por inidoneidad de la misma —dada su falta de funcionamiento— para el servicio que justificó su adquisición. Tanto en primera instancia como en virtud del recurso de apelación interpuesto por la demandante, la reclamación fue desestimada en su integridad. La actora interpone recurso de casación, declarando el TS no haber lugar. (R. G. S.)

**24. Donación y división de la cosa común: consentimiento y forma.**—Argumenta el motivo, en primer lugar, que el documento divisorio referido no tiene valor alguno, por representar una donación de bienes

inmuebles no formalizada en escritura pública, y al ser exigencia formal que impone el artículo 633 CC.

La respuesta casacional no puede ser otra que declarar que no se trata de efectiva donación de unos comuneros a favor del que parece resultar favorecido, pues no se presenta concurrente el *animus donandi* necesario, al no resultar patente la voluntad de los que recurren de haberla llevado a cabo, y dicha voluntad decidida es la que juega en cuanto resulte expresiva de que lo que es de uno pase a otro por la liberalidad de aquél, es decir ha de tratarse de un desprendimiento voluntario, lo que aquí no ha ocurrido, sino que los copropietarios interesados lo que efectivamente quisieron, en el ejercicio de su voluntad libre y unánime, fue efectuar división parcial del bien común y no realizar un efectivo contrato de donación tal como está definido en el artículo 618 CC. Declara la S de 9 de junio de 1995 que se trata efectivamente de acto de disposición sobre parte de una cosa común, no siendo necesario el otorgamiento de escritura pública para la validez del mismo. No resulta trascendente para poder decretar la invalidez de la división realizada el hecho no demostrado de que no se hubieran respetado las cuotas iniciales de las participaciones adjudicadas por el padre, ya que en el documento los cotitulares establecieron contraprestaciones recíprocas. Tampoco se integra en la sentencia como hecho acreditado que la recurrente hubiera recibido el 95 por 100 de los bienes litigiosos, pues el Tribunal de Instancia sólo partió de esta posible premisa para considerar improcedente la rescisión por caducidad de la acción.

Estamos ante una decisión convencional que, por lo expuesto, ha de ser respetada, al presentarse claramente expresada la voluntad de los interesados de poner fin al estado de indivisión de la finca en la forma en que acordaron. En estos casos de división voluntaria y extrajudicial, el acuerdo adoptado resulta válido y obligatorio (Sentencia de 10 de mayo de 1994), sin olvidar que, al remitirse el artículo 406 CC a las reglas de la división de la herencia, el artículo 1058 faculta a los herederos a distribuir los bienes del causante de la manera que tuvieran por conveniente, en los casos en los que el testador no hubiera hecho ni encomendado a otro la partición.

Se rechaza por lo expuesto la infracción aportada del artículo 400 CC, así como la del artículo 1280 CC. La división referida, llevada en documento privado, resulta eficaz aunque no conste referida en escritura pública, lo que no exige el artículo 402 CC, al facultar a los propios interesados para practicar la división de la cosa común.

El artículo 1280 CC no se impone en su literalidad, pues sería contradictorio al 1278 y sólo ha de aplicarse a aquellos actos expresamente contemplados en el Código Civil como excepciones a la libertad de forma.

**Alcance del requisito de la forma en la donación de inmuebles.**—Se aporta infracción de la jurisprudencia, citando dos sentencias de esta Sala de casación civil.

La de 5 de noviembre de 1996 estudia la validez y eficacia de un documento privado otorgado por una mujer a favor del hombre con el que había mantenido vida en común. Por dicho documento la copropietaria vino a ceder a su pareja la totalidad de la propiedad del local que habían adquirido por mitades indivisas. La Sala civil del TS declaró que tal cesión constituía efectiva donación pura y simple del bien inmueble y, al no constar en escritura pública, el referido documento carecía de toda virtualidad transmisiva del dominio.



La sentencia que se aporta, de fecha 3 de marzo de 1995, resuelve la validez del documento privado por medio del cual el padre donó a su hijo un chalé de su propiedad, concediendo el usufructo a perpetuidad a favor de la madre, con la que había estado relacionado por unión de hecho. El TS declaró que, toda vez que se trataba de donación de inmuebles en la que no se había cumplido con la exigente, solemne y esencial formalidad de constar en escritura pública, no era apto el documento privado para actuar como instrumento de transmisión del dominio y la donación discutida estaba afectada de plena invalidez.

Estas sentencias se refieren a supuestos totalmente distintos al discutido en este pleito. (STS de 14 de noviembre de 2002; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Cinco hermanos reciben la donación que les hace su padre de diversas fincas —entre ellas una casa con parte de pajar, objeto del pleito— a cuya titularidad dominical acceden por quintas partes indivisas. Por documento privado se acuerda la división y distribución de la casa discutida adjudicándose a la demandante parte de la propiedad —«el piso segundo y el desván, con entrada e ingreso por la parte trasera de la casa»—, quedándose los otros hermanos con el resto del inmueble «según las partes y divisiones que quisieran hacer» y manteniéndose entre todos ellos la comunidad del suelo y el tejado del edificio. Pretende la adjudicataria separar e incomunicar materialmente su parte a lo que se oponen los hermanos. Llega el asunto a los Tribunales y el Juzgado de Primera Instancia desestima la pretensión divisoria. La Audiencia, sin embargo acoge el recurso de apelación declarando el derecho de la actora a separar en forma a determinar en ejecución de sentencia el piso y desván adjudicados. Contra esta sentencia interponen los hermanos recurso de casación que el TS desestima. (R. G. S.)

**25. La obligación del arrendador de entregar la cosa en buen estado.**—Conforme a los artículos 1554.1.º y 1556 CC, el arrendador debe entregar la cosa en buen estado para servir al uso para el que se arrienda y le corresponde a él comprobar el estado del objeto antes de su entrega.

**La obligación del arrendador de realizar las reparaciones necesarias en la cosa arrendada.**—El arrendador tiene, frente al arrendatario, la obligación de reparar la cosa entregada y esta reparación debe ser efectiva para permitir el goce del objeto arrendado sin ningún obstáculo. Por tanto, no se cumple con esta obligación realizando simplemente las reparaciones necesarias, sino cuando éstas se hacen de tal forma que finalicen con la producción de los daños. Todo ello, sin perjuicio de las acciones que el arrendador pudiera tener contra quien realizó las obras imperfectamente. (STS de 19 de diciembre de 2002; no ha lugar.)

**HECHOS.**—*Muebles Olvera Center, S. L.* arrendó una nave de don F. O. C. para guardar sus mercancías. En julio de 1992 la nave arrendada se inundó fruto de unas lluvias acaecidas en la zona. El arrendatario comunicó al arrendador la producción de esta inundación como consecuencia de los defectos que existían en las canalizaciones que desaguaban las lluvias. El arrendador realizó las

obras necesarias, pero en mayo de 1993 la nave se inundó otra vez. *Muebles Olvero Center, S. L.* demandó a su arrendador y le reclamó una indemnización por los daños padecidos en las mercancías guardadas en el inmueble. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. Esta decisión fue ratificada por la Audiencia Provincial de Granada. La demandante interpone recurso de casación ante el TS, que desestima el recurso. Según el TS, aunque el arrendador incumplió sus obligaciones de entregar la cosa arrendada en buen estado y de realizar las reparaciones necesarias, no queda acreditado que realmente se produjeran los daños que alega la demandante. (M. V. V.)

**26. Responsabilidad decenal por ruina: casos en que procede la solidaridad.**—Efectivamente es doctrina reiterada de esta Sala que en los casos de ser imposible o de difícil discriminación separar las respectivas responsabilidades de los intervinientes en un contrato de obra, y por ende en el proceso constructivo, se puede imponer y desde luego exigir la responsabilidad solidaria de los mismos.

Y el presente caso es uno de esos en que es prácticamente imposible individualizar responsabilidades en todos los actuantes en el edificio afectado de daños ruinógenos.

Y así es, pues los desperfectos existentes en los elementos prefabricados de hormigón que cubren los tenderos del edificio, se debieron a que los mismos no eran aptos para la zona en que se emplearon —próxima al mar—. Y desde luego que dichos prefabricados se incorporaron a la obra durante la ejecución de la misma.

Pero además los referidos prefabricados, a pesar de lo anterior, no fueron tratados convenientemente para soslayar los efectos de su ubicación y de sus características.

Y como no se puede olvidar que la inspección de los materiales a utilizar en una obra y la idoneidad de los mismos corresponde a los aparejadores o arquitectos técnicos —el recurrente actuó como tal en la obra en cuestión—, según se determina en el Decreto 265/1971, de 19 de febrero y en el Real Decreto 314/1979, de 19 de enero; la responsabilidad en el presente caso está bien delimitada en la sentencia recurrida sin perjuicio de unirla a los demás intervinientes en la realización de la obra, y que, ahora, no son partes recurrentes.

Todo ello, inferido del dictamen pericial obrante en autos y lógicamente interpretado en la referida sentencia cuya crítica y cuestionamiento, sirve también para sustentar la desestimación del actual recurso, pues ello supone la conversión del recurso extraordinario de casación en una tercera instancia. (STS de 16 de diciembre de 2002; no ha lugar.)

**HECHOS.**—La comunidad de propietarios demanda a la empresa *Urbanizadora Miranda, S. A.*, D. J. M., D. E. de la T. y D. J. G.. Se reclama del Juzgado declaración de la responsabilidad solidaria de los demandados por los defectos ruinógenos existentes en el edificio de la comunidad salvo que pudiera establecerse su concreción individual. Se reclama igualmente la realización de las obras necesarias para la habitabilidad, solidez y seguridad del inmueble. El Juzgado atiende parcialmente a lo pedido y condena

solidariamente a los demandados a realizar las obras necesarias para la reparación de los vicios constructivos apreciados en la junta de dilatación del techo del garaje comunitario. Apela la comunidad y la Audiencia revoca parcialmente la sentencia de instancia condenando conjunta y solidariamente a los demandados a realizar las obras necesarias para la reparación de los desperfectos existentes en determinado piso y en los elementos prefabricados de hormigón que cubren los tenderos de los portales. Recurre la sentencia de apelación D. J. J. G.. El TS declara no haber lugar a la casación. (R. G. S.)

**27. Responsabilidad por ruina y litisconsorcio pasivo necesario.**— Como ha declarado esta Sala, en los casos de vicios en la construcción, el actor puede dirigir la acción basada en el artículo 1591 CC contra las personas físicas o jurídicas a las que crea responsables y con su demanda es evidente que queda plena y correctamente constituida la relación jurídico-procesal. Sin embargo, si la sentencia declara que los sujetos demandados no son los responsables, el actor deberá demandar a otros, ya que la sentencia no puede condenar a quienes no han sido oídos en el proceso. Por tanto, el hecho que no se demande a todos los participantes en el proceso constructivo, no determina una incorrecta constitución de la relación jurídico-procesal, sobre todo si se tiene presente que la sentencia que recaiga no prejuzga la responsabilidad de los demás concurrentes en la obra. Esta repercusión de responsabilidad pertenece a las relaciones *ad intra* entre los supuestos corresponsables y no trasciende necesariamente frente al titular del derecho (SSTS de 3 de enero de 1990, de 23 de enero de 1991 y de 6 de septiembre de 1993). (STS de 29 de noviembre de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—La promotora *URBEN, S. A.* impulsó la construcción de las treinta y dos viviendas que formaban la Urbanización Residencial Puertas de Jerez. Don M. C. C. y los propietarios de veintiocho de estas viviendas demandaron a dicha promotora, dado que sus casas padecían defectos que determinaban su ruina funcional y no se habían ejecutado algunas de las obras proyectadas. Los demandantes solicitaban que se condenase a la demandada a una indemnización por los daños y perjuicios existentes en las viviendas. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. Ambas partes interpusieron recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Cádiz, que desestimó el recurso interpuesto por la promotora y estimó el de los demandantes, con lo cual aumentó la cuantía de la indemnización. *URBEN, S. A.* interpone recurso de casación ante el Tribunal Supremo y alega, entre otros motivos, la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, ya que no fueron demandados ni el constructor ni el arquitecto de las obras. El TS, aunque no estima la excepción alegada, declara que ha lugar el recurso y reduce la suma de la indemnización, porque, aunque la urbanización constaba de treinta y dos viviendas, sólo veintinueve de los propietarios demandaron a la promotora.

NOTA.—En esta sentencia, el TS manifiesta, una vez más, su posición ante la responsabilidad solidaria de los agentes de la edificación y sus consecuencias procesales. Este Tribunal ha considerado, de forma reiterada, que los sujetos responsables *ex artículo 1591 CC* responden de forma solidaria en aquellos casos

que «sea imposible separar las respectivas responsabilidades de los intervinientes en la obra (...) y no entra en juego, por tanto, cuando ha podido procederse a una concreta atribución o personalización de las conductas dañosas y se conoce la incidencia de cada una de ellas en el resultado global» [STS de 21 de febrero de 2000 (RJ 2000\7523)]. Esta responsabilidad solidaria tiene como consecuencia, según una reiterada línea jurisprudencial, que no deba existir litisconsorcio pasivo necesario. Sin embargo, a veces el mismo Tribunal se ha apartado de esta línea, como, por ejemplo, en la STS de 3 de noviembre de 1999 (RJ 1999/9043), ya que, en ese caso, aunque los sujetos respondían de forma solidaria, el TS declaraba que se trataba de una solidaridad nacida en la propia sentencia, lo cuál exigía que todos los sujetos fuesen declarados como responsables en la sentencia y esto requería que todos ellos hubiesen intervenido como parte en el proceso (véase Encarna Cordero Lobato, «Comentario a la STS de 3 de noviembre de 1999», *CCJC*, núm. 52, enero-marzo 2000, pp. 375-391).

Actualmente, el artículo 17.3 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (BOE núm. 266, de 6 de noviembre de 1999) dispone que el promotor es responsable solidario de los daños producidos en la vivienda. Además, la DA 7.ª de esta ley prevé la posibilidad que el sujeto demandado pueda solicitar que la demanda se notifique a los otros agentes que han intervenido en el proceso de construcción. Esta posibilidad mitigaría los efectos perjudiciales de la imposibilidad de oponer la excepción de litisconsorcio pasivo necesario. Al respeto, también se debe tener presente que el demandado podría hacer uso de la intervención provocada prevista en el artículo 14 LEC (en este sentido, Pilar Álvarez Olalla, *La responsabilidad por defectos en la edificación. El Código Civil y la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación*, Cizur Menor, Aranzadi, 2002, pp. 134 y ss.). (M. V. V.)

**28. Responsabilidad del arquitecto cuando la ruina se debe a vicio del suelo.**—El inciso segundo del párrafo primero del artículo 1591 CC claramente establece «la responsabilidad del arquitecto cuando la ruina se debe a vicio del suelo», que debe entenderse en sentido amplio como vicios del proyecto (SS de 18 de octubre de 1996 y 15 de julio de 2000). El contenido del artículo 1591 ha suscitado muchos problemas interpretativos pero no precisamente en cuanto al apartado transcrito. Sentado en la instancia que la causa del vicio constructivo se encuentra en un problema del suelo y ausencia de medida precautoria en el proyecto constructivo resulta in cuestionable que la responsabilidad se individualiza en el arquitecto, y no es extensible a los otros agentes de la construcción. Así lo viene declarando reiteradamente la doctrina de esta Sala, y entre otras cabe citar las SS de 18 de octubre de 1996, 15 de julio de 2000, 5 y 15 de marzo de 2001, y concretamente en cuanto a la imprevisión de las condiciones del terreno y de las variaciones del nivel freático las SS de 28 de enero de 1994 y 9 de marzo de 2000 (esta última a propósito también del río Ebro).

**Responsabilidad individualizada de los agentes constructores: supuestos en los que procede.**—La presunción de culpa de los agentes constructivos cuando se acredita la existencia de la ruina no obsta a que, probada

la causa de la ruina (como ocurre en el caso según la apreciación intacta en casación, de la resolución recurrida), se individualice en el responsable la consecuencia jurídica resarcitoria (entre otras, SS. de 31 de marzo 2000 y noviembre de 2002). La solidaridad sólo opera cuando hay pluralidad de responsables y no es posible discernir –individualizar o concretar– las respectivas responsabilidades (entre otras, SS de 9 de marzo de 2000 y 27 de junio de 2002).

**Responsabilidad del promotor: culpa in eligendo.**—Finalmente, la única posibilidad de responsabilidad del promotor –aparte de su condición de constructor– sería la de apreciar una culpa *in eligendo* por su intervención en la designación del arquitecto, a quien la resolución recurrida considera causante del vicio ruinógeno pero no condena por el aquietamiento de la Comunidad actora con la absolución de dicho arquitecto acordada en la sentencia del Juzgado. Tal tipo de responsabilidad resarcitoria por *culpa in eligendo* ha sido reconocida en la doctrina jurisprudencial (entre otras, SS de 20 de diciembre de 1993, 20 noviembre y 30 de diciembre de 1998, 12 de marzo de 1999, 28 de mayo de 2001, 13 de mayo de 2002), sin embargo en el caso no se puede ni siquiera examinar pues además de que no se planteó en tales términos la demanda, en cualquier caso, al no existir condena en tal sentido en primera instancia, debió haberse apelado la hipotética desestimación implícita por el concepto distinto del de constructor por el que había sido condenado, lo que no se hizo. (STS de 31 de diciembre de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Una comunidad de propietarios demanda a la empresa constructora, al promotor-constructor, al arquitecto y al arquitecto técnico. Apoya su reclamación en las graves deficiencias aparecidas en el edificio como consecuencia del deficiente tratamiento de impermeabilización, acrecentadas posteriormente con las sucesivas elevaciones del nivel freático por razón de la proximidad de la construcción al cauce del río Ebro. Y considera que a esas alteraciones debe extenderse el concepto de ruina del artículo 1591 CC en tanto que exceden las comunmente denominadas «imperfecciones corrientes». El Juzgado de Primera Instancia absuelve a la constructora y al arquitecto. Apelan la comunidad y los condenados y la Audiencia absuelve a éstos considerando que la causa de los defectos ruinógenos se encuentra en un problema del suelo y del proyecto por lo que el responsable sería el arquitecto al que, sin embargo, no procede condenar por haber sido absuelto en la instancia sin que por la comunidad actora se haya recurrido la absolución. Interpone recurso de casación la comunidad de propietarios declarando el TS no haber lugar. (R. G. S.)

**29. La sujeción del aparejador a las instrucciones del arquitecto no le exonera de responsabilidad por los defectos de la obra.**—El motivo acusa infracción del párrafo primero del artículo 1591 CC. Su fundamentación se sustenta en imputar los defectos de la obra al proyecto y dirección del arquitecto, y en que el aparejador recurrente se ajustó a las instrucciones del mismo.

El motivo se desestima pues el aparejador no es de ningún modo un autó-mata en la construcción de una obra; puede y debe dar cuenta de los defectos que aprecia en la realización y práctica del proyecto, y con ello evitar daños en la construcción. Razonablemente la Audiencia, en el FJ 5º de la sentencia

recurrida, después de constatar las deficiencias dice que «debían ser observadas por dicho profesional, especialmente las que derivan del diseño o proyecto visibles[...] a pesar de que la responsabilidad directa de estos defectos sea de la dirección superior, el aparejador debía en todo caso haber hecho constar estas anomalías en el enterado del Libro de Ordenes si no se atrevía a subsanar las subsanables sobre la marcha».

**No es aplicable el artículo 1591 del CC a los defectos menores de la obra que deben repararse por la vía del cumplimiento defectuoso de las prestaciones.**—El motivo tercero acusa infracción del artículo 1591, párrafo 1.º del CC Se basa en que la sentencia recurrida impone al recurrente como aparejador la obligación de indemnizar con 147.711 pesetas a la parte actora, como importe de la reparación efectuada como consecuencia de la falta de limpieza de las tuberías de la obra. Entiende el recurrente, por las razones que prolijamente expone, que es improcedente esta condena de acuerdo con el precepto infringido, que no se aplica más que cuando los defectos de la construcción sean importantes y su no corrección pueda producir una ruina en más o menos lejanas fechas.

El motivo tiene razón pues por muy amplio que sea el concepto de ruina en la aplicación del artículo 1591, nunca abarcará a defectos menores, de una entidad que no encajan en aquél y que tienen su corrección en las reglas sobre incumplimiento defectuoso de las prestaciones debidas, aplicándose entonces el artículo 1101 del CC. Pero ocurre que la parte actora ha fundamentado también su demanda en el citado precepto, por lo que debe mantenerse la condena. En consecuencia, el motivo se desestima. (STS de 11 de diciembre de 2002; ha lugar en parte.)

HECHOS.—Don R. y doña G. demandan a don M. (contratista), doña S. (arquitecto), don J. (aparejador) y a don F. (arquitecto que aconsejó la realización de la obra en régimen de *consulting*). El motivo de la demanda son los daños y perjuicios irrogados a los actores con ocasión de la construcción de una vivienda unifamiliar. Se interesa la condena solidaria de los demandados al resarcimiento que deriva del incumplimiento y defectuosa ejecución de la obra. Absuelve el Juzgado de Primera Instancia a don M. y don F. estimando la demanda en cuanto a los demás. La Audiencia, en grado de apelación, absuelve a la apelante —doña S.— de la condena al pago de determinada cantidad por obras de reparación de fugas de agua, confirmando en el resto la sentencia apelada respecto de las peticiones principales de la demanda. Interpone recurso de casación el aparejador —don J.— y el TS casa parcialmente la sentencia recurrida en el extremo relativo a la condena en costas. (R. G. S.)

**30. Contratos de servicios de abogado: responsabilidad profesional por no haber solicitado en la demanda el recargo del 20 por 100.**—El contrato de los servicios profesionales prestado por los abogados se define en el artículo 1544 CC como aquel por el que una de las partes se obliga a prestar a la otra un servicio por precio cierto, estando pobrísimamente contemplado en los artículos 1583 a 1587, la mayoría de ellos derogados tácitamente; se regula por lo pactado y por lo previsto reglamentariamente en el Estatuto General de la Abogacía de 1982, siendo las obligaciones esenciales la de prestar el servicio por parte del abogado, y pagar el precio o remuneración

por el empleador o cliente en la terminología forense; se añade el deber de fidelidad, estudiado por la doctrina alemana con base en el BGB, aceptado por la española y por la STS de 3 de julio de 1990, con apoyo en el artículo 1258 Cc y en el propio fundamento del contrato de prestación de servicios que da lugar a una relación personal *intuitu personae*, recogido especialmente en los artículos 43 y 55 del mencionado Estatuto; ha declarado la STS de 3 de octubre 1998, que el abogado está obligado a prestar sus servicios profesionales con competencia y prontitud requeridas por las circunstancias de cada caso, incluyéndose en la competencia el conocimiento de la legislación y jurisprudencia aplicable al caso, y a su aplicación con criterios de razonabilidad si hubiese interpretaciones no unívocas; por último, esta Sala resalta dos afirmaciones apodícticas, a saber, que la obligación del abogado y del Procurador es de medios y no de resultado, pues notorio y sabido es que tales profesionales nunca pueden garantizar el éxito de cualquier decisión judicial, y, además, que ésta pertenece de lleno al estricto campo de las conjeturas (SSTS de 11 noviembre de 1997, y de 25 de junio de 1998). En el presente caso la s. recurrida en casación declara que los intereses del 20% no se solicitaron expresamente en la primera instancia, por lo cual fue correcta la decisión de su no concesión, de aquí que la privación de su montante económico al actor no se debe al *aleas* del *dictum* sino a una conducta negligente del Abogado que origina responsabilidad (STS 30 diciembre 2002; ha lugar.)

NOTA.—El cliente reclama a su Letrado por incumplimiento de sus deberes profesionales. La demanda originaria parece que se interpone antes de entrar en vigor la reforma del artículo 20 de la Ley del Contrato de Seguro de 1980 por la Ley de 8 noviembre 1995; en el derecho actualmente vigente el mencionado recargo se impone de oficio, si bien anteriormente había dudas sobre su naturaleza, obligatoria o facultativa; el TS acude al criterio efectivamente mantenido por la Audiencia Provincial en su sentencia, de la que deduce que no se otorgó el recargo por no haberlo pedido el actor en su demanda, y de aquí se deduce la responsabilidad profesional del Letrado. (G. G. C.)

**31. Responsabilidad médica contractual: extirpación de tumor dejando gasa en el interior, obligando a segunda intervención que deja secuelas irreversibles: infracción de normas esenciales del juicio: defectos esenciales de la prueba pericial.**—El médico demandado practicó al actor la extirpación de un tumor con fecha 13 de noviembre de 1974, y tras un serie de molestias, fiebre y estado anormal, el mismo médico, en fecha 14 de febrero de 1975 practicó una nueva intervención y extirpó un trozo de gasa que había quedado incarcerated en la primera operación, y a continuación el enfermo presentó secuelas irreversibles que dieron lugar a la incapacidad permanente absoluta para todo trabajo. Se trata de un caso de responsabilidad médica contractual por incumplimiento de la obligación derivada del contrato de prestación de servicios. La sentencia de instancia niega la relación de causalidad entre la conducta indudablemente culpable del médico, basándose en la prueba pericial. Pero la practicada dos veces no puede ser tenida como tal, siendo inexistente; la primera se acordó que fuera practicada por la Clínica Médico-Forense de Madrid por un especialista, y el informe escrito no fue ratificado a presencia de las partes, que no pudieron solicitar explicaciones

para el esclarecimiento de los hechos, debido todo ello a que el médico se encontraba en situación de excedencia; la segunda se acuerda que se practique por la cátedra de Neurocirugía de la Universidad Complutense, siendo emitido por un Profesor Asociado, ratificado ante SS<sup>a</sup> y a presencia de las partes, en cuyo acto declara que ha emitido una exposición genérica y académica sobre la naturaleza del tumor, sin haber reconocido, ni siquiera hablado con el enfermo, pero a tal exposición no se le puede dar valor probatorio pues no se ha dado respecto a una persona, sino en abstracto.

**Infracción del artículo 1101 CC.**—La sentencia recurrida ha infringido el artículo 1101 Cc al no reconocer el incumplimiento de la obligación derivada del contrato de prestación de servicios médicos, la cual se ha producido en tres fases; la inicial intervención quirúrgica consistente en la extirpación de un meningioma (tumor) que comprimía las raíces sacras, en cuya fase se produce la omisión «de cuya culpabilidad no cabe duda», al dejar una gasa dentro de la herida, que implica un inicial incumplimiento de su obligación de prestar correctamente el servicio médico; la segunda fue la intervención provocada por la anterior omisión, siendo por sí misma innecesaria, teniendo que realizarse por la mala prestación; la tercera es el conjunto de secuelas que desembocan en la declaración de la incapacidad absoluta permanente.

**Carga de la prueba.**—Se reitera la doctrina de la STS de 2 de diciembre de 1996, según la cual va reafirmando que el deber de probar recae también, y de manera muy fundamental, sobre el facultativo demandado que por sus propios conocimientos técnicos en la materia litigiosa y por los medios poderosos a su disposición goza de una posición procesal mucho más ventajosa que la de la propia víctima, ajena al entorno médico y, por ello, con mucha mayor dificultad a la hora de buscar la prueba, en posesión muchas veces sus elementos de los propios médicos o de los centros hospitalarios a los que tienen más fácil acceso por su profesión.

**Daño desproporcionado.**—El resultado que se ha producido, ni se había advertido al paciente demandante (lo que ni se ha alegado siquiera), ni lo había consentido, ni lo había previsto, con lo cual se reitera la doctrina de esta Sala sobre daño desproporcionado que, entre otras, expresan las SSTs de 29 de junio y 9 de diciembre de 1999, lo que requiere que se produzca un evento dañoso o de los que normalmente no se producen sino por razón de una conducta negligente, que dicho evento se origine por una conducta que entre en la esfera de la acción del demandado aunque no se conozca el detalle exacto, y que el mismo no sea causado por una conducta o una acción que corresponda a la esfera de la propia víctima.

**Violación del artículo 28 de la LGDCU de 1984.**—A mayor abundamiento se reitera la aplicación de la responsabilidad objetiva que respecto a los daños causados por servicios sanitarios establece el artículo 28 de la Ley de 1984, interpretada por SSTs de 1.º de julio de 1997, de 21 de julio de 1997 y de 9 de diciembre de 1998.

**Quantum del daño moral.**—Se concreta en que una persona de treinta y cuatro años ha sufrido un resultado dañoso y desproporcionado que le lleva a una incapacidad absoluta y permanente, y a una serie de secuelas que tienen indiscutible incidencia en su vida personal y familiar, considerando procedente esta Sala la cifra de 120.000 euros. (STS de 29 de noviembre de 2002: ha lugar.)

NOTA.—Llama la atención que los hechos iniciales ocurren en 1974, y si en tal fecha el actor tenía treinta y cuatro años, al



hacer este extracto habrá cumplido ya la edad de sesenta y cuatro años; cabe suponer que entre 1975 y la presentación de la demanda (la Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 48 de Madrid dicta sentencia el 2 de septiembre de 1994) transcurren los prolongados trámites médicos para declarar la incapacidad laboral absoluta y permanente del actor. La responsabilidad objetiva de la LGDCU, invocada *a mayor abundamiento*, no parece directamente aplicable por ser los hechos anteriores a su entrada en vigor. Por lo demás la sentencia es plenamente de aprobar en cuanto a la *ratio decidendi* (Pte.: O'Callaghan Muñoz) siendo de destacar que, sorprendentemente, en ambas instancias la demanda había sido rechazada (sólo en casación el perjudicado ha visto reconocido su derecho). La cuantía de la indemnización puede considerarse, más bien, moderada. Puede verse recientemente sobre el daño desproporcionado la STS de 19 de julio de 2001, con anotación mía en *ADC* 2002, p. 1.498. (G. G. C.)

**32. Compatibilidad de las acciones civil y laboral. Ausencia de responsabilidad aquiliana en los casos de culpa exclusiva de la víctima.**—La responsabilidad aquiliana es compatible con la derivada en base a la relación de trabajo, por lo que las infracciones de las normas laborales sirvieron indudablemente para fundamentar en su día las acciones indemnizatorias a las que dieron lugar en la jurisdicción laboral, con independencia de la existencia o no de culpa aquiliana, pero no pueden sin más servir de base para una posterior reclamación indemnizatoria invocando la culpa aquiliana, pues como bien dice la sentencia recurrida en el fundamento de derecho citado anteriormente, ésta descansa en el clásico principio de responsabilidad subjetiva, consistente en la imputación del hecho u omisión causante del daño a una actitud dolosa o negligente del agente, como así mismo ha de tener presente la repercusión en el daño que ha tenido la propia conducta del perjudicado, como se ha puesto de manifiesto en la jurisprudencia de esta Sala, que en numerosas ocasiones se ha aplicado la llamada compensación de culpas para atemperar la indemnización a la vista de la participación que la propia víctima ha tenido en la producción del resultado dañoso, hasta llegar a la exoneración de la misma, cuando sea debido éste, a culpa exclusiva de la víctima. (STS de 31 de diciembre de 2002; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Don J. A. E. R. promovió demanda ante el Juzgado de Primera Instancia de Haro contra S. B. B., *Construcciones Egin, S. L.* y *Schweiz Seguros* para que conjunta y solidariamente abonasen al actor la indemnización correspondiente, como consecuencia de la responsabilidad civil extracontractual nacida del accidente laboral que padeció el demandante. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, acogiendo la excepción de defecto legal en el modo de proponerla. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia de Logroño revocó la sentencia de instancia respecto de la excepción de forma. No obstante, entrando a conocer en el fondo de la demanda, la desestimó con base en la culpa exclusiva de la víctima en la causación del daño. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación.

**NOTA.**—Ante la compatibilidad de indemnizaciones, laborales y civiles, derivadas de accidente de trabajo, dos son las técnicas que

pueden aplicarse. Una primera consistiría en entender que ambas fórmulas de reparación funcionan como sistemas autónomos e independientes (técnica de la subsidiariedad). Por el contrario, una segunda consistiría en considerar que ambas técnicas responden a una misma finalidad y, en consecuencia, no pueden aplicarse de forma independiente (técnica de la complementariedad) (Jesús R. Mercader Uguina, *Indemnizaciones derivadas del accidente de trabajo*, Las Rozas, La Ley, 2001, p. 190)

El problema reside en que el TS aplica simultáneamente los dos criterios, dependiendo de si la demanda se interpone ante la jurisdicción social o ante la civil. Así, la STS de 10 de diciembre de 1998 [RJ 1998, 10501], de la Sala de lo Social, afirma que «no puede hablarse que estemos en presencia de dos vías de reclamación compatibles y complementarias y al mismo tiempo independientes, en el sentido de ser autónomas para fijar el importe de la indemnización, sin tener en cuenta lo que ya se hubiera recibido con esa misma finalidad de resarcir el perjuicio, pues estamos ante formas de resolver la única pretensión indemnizatoria, aunque tenga lugar ante vías jurisdiccionales o procedimientos diversos que han de ser estimados formando parte de un total indemnizatorio». Por el contrario, la Sala de lo Civil del TS adopta otro criterio completamente diferente, como el que se encuentra recogido en la STS de 3 de marzo de 1998 [RJ 1998, 1044], cuando afirma que «el orden civil es compatible con el orden social, que nada vincula a aquél lo decidido por éste, por lo que las cantidades obtenidas por las prestaciones laborales, nada tienen que ver con las indemnizaciones por responsabilidad extracontractual». Así pues, lo normal es que la jurisdicción civil se considere completamente independiente para fijar la indemnización derivada del accidente laboral con base en la regulación que de la responsabilidad extracontractual se encuentra en los artículos 1902 y 1903 CC (en este sentido pueden verse, a título de ejemplo, las SSTs de 5 de diciembre de 1995 [RJ 1995, 9259], 19 de diciembre de 1996 [RJ 1996, 9219], 11 de diciembre de 1997 [RJ 1997, 8972] y 18 de mayo de 1999 [RJ 1999, 4112]). Sin embargo, la Sala Civil del TS ha llegado incluso a casar sentencias donde el juzgador de instancia había concedido una indemnización en favor del trabajador, pero deduciendo de la misma las cantidades que aquél ya había percibido en concepto de prestaciones de la Seguridad Social. Tales son los casos de las SSTs de 27 de noviembre de 1993 [RJ 1993, 9143], 19 de febrero de 1998 [RJ 1998, 986] y 30 de noviembre de 1998 [RJ 1998, 8785].

Semejante falta de armonía entre los pronunciamientos de las Salas de lo Civil y de lo Social del TS, no sólo conllevan una importante dosis de inseguridad jurídica, sino que pueden ocasionar un enriquecimiento injusto de la víctima, ya que ésta podría llegar a situarse en una posición patrimonial superior a la que tenía antes del accidente (Mariano Yzquierdo Tolsada, en Fernando Reglero Campos, *Tratado de Responsabilidad Civil*, Cizur Menor, Aranzadi, 2003, p. 1508).

No obstante, puede verse alguna aislada sentencia de la Sala 1.<sup>a</sup> del TS, donde parece que se ha cambiado el sentido de la doctrina

que reconoce la total independencia entre las indemnizaciones otorgadas en vía civil y en vía social. Así, la STS de 21 de julio de 2000 [RJ 2000, 5500] declara que «siendo ciertamente muy reiterada la doctrina de esta Sala que afirma la compatibilidad entre las indemnizaciones que por la muerte de un trabajador procedan en el orden laboral y en el orden civil, también es cierto que, siendo un mismo hecho el que da lugar a una y otra indemnización y siendo también un mismo daño el que se indemniza, nada impide valorar, como un factor más del importe de la indemnización a fijar en el orden civil (...) el ya acordado por el orden jurisdiccional social aplicando la normativa laboral». (A. S. C.)

**33. Culpa extracontractual: muerte por inmersión en piscina pública; doctrina general.**—La STS de 2 de septiembre de 1997 ha declarado que para que un accidente fatal ocurrido con ocasión de bañarse en una piscina origine responsabilidad apoyada en el artículo 1902 CC es preciso, o bien que los vigilantes no se hallen en el lugar del accidente, o que no exista personal adecuado, o que el propietario de la piscina no haya cumplido las exigencias administrativas que determinan la autorización de la apertura, o que se creen riesgos que agraven los inherentes al uso de una piscina, o cualquier otro análogo que permita fundar el reproche culpabilístico. En el presente caso se aprecia una serie de deficiencias y omisiones culposas que contribuyeron de forma decisiva al resultado positivo; en particular, la actuación *in vigilando* de los socorristas se demoró en exceso, a lo que se añade la ingente cantidad de personas usuarias de las piscinas el día de los hechos, y el escaso número de socorristas en relación con aquélla, y, asimismo, que éstos debieron haber avistado al sumergido en un lapso más breve; la inadecuada actuación del médico de las instalaciones que no facilitó los medios mecánicos de que estaban dotados; la pérdida de tiempo en la llegada de la ambulancia a causa del embotellamiento existente en los accesos, pese a lo cual el accidentado ingresó con vida en el centro hospitalario, falleciendo a las cinco horas, de todo lo cual se desprende que hubo culpa o negligencia por parte del servicio.

**Concurrencia de culpas.**—Fue tenida en cuenta por la Audiencia Provincial, reduciendo el *quantum* de diecisiete a doce millones de pesetas respecto de lo cual sólo cabe casación cuando se aprecie un error notorio, en más o en menos, lo que no ocurre aquí. (STS de 14 noviembre de 2002; no ha lugar.)

**HECHOS.**—La víctima, de veinticuatro años de edad, de estado soltero, se desplazó el 23 de julio de 1992 a las piscinas municipales de Mendizorroza de la ciudad de V. en compañía de unos amigos para pasar la tarde, y siendo las 19 horas, con ocasión de sumergirse en una de las tres piscinas existentes, fue encontrado al cabo de un tiempo no precisado en el fondo, de donde fue sacado por un socorrista ayudado por otros usuarios; en el borde mismo de la piscina fue atendido por una usuaria enfermera que apreció la inexistencia de pulso femoral y trató de reanimarle mediante el boca a boca; trasladado posteriormente a un centro hospitalario, aunque se logró recuperar el pulso, falleció a las pocas horas; se resalta la asistencia masiva de público ese día a la piscina, pues entre las 8 y las 22 horas se contabilizaron 16.507 personas; de los dos socorristas de guardia sólo compareció uno, y que solicitado

reiteradamente el AMBU, no se facilitó por los servicios de la piscina, siendo totalmente pasiva la actuación del médico que no intervino en las tareas de reanimación.

NOTA.—Con carácter general advierte la doctrina [así Ortí Vallejo *Responsabilidad en la explotación y práctica de las actividades de riesgo*, en el vol. col. Tratado de responsabilidad civil (coord. Reglero Campos), 2002, p. 1388] que, tratándose de accidentes en piscina, en ningún caso los Tribunales aplican aquí la doctrina de la asunción de riesgo por el bañista, por tratarse de una actividad lúdica de peligrosidad no intrínseca, aunque eventualmente puedan existir riesgos. En este caso se produce una clara actuación negligente de los servicios de asistencia de la piscina del Ayuntamiento, por lo cual la sentencia condenatoria resulta plenamente justificada. Pero nada se dice para fundamentar la concurrencia de culpas; en el recurso se alega que la víctima padecía una enfermedad, pero se rechaza tal alegación por no denunciar el error en la apreciación de la prueba. La hora del evento (19 horas) no parece idónea para alegar el clásico *corte de digestión*; ¿o se considerará imprudente el hecho de lanzarse a la piscina en presencia de tal afluencia de bañistas? Más bien habría que pensar en la posible responsabilidad de la dirección de la piscina pública por no haber restringido el acceso del público más allá de cierto número de personas. Por último, la actuación del médico parece revestir apariencia de infracción penal (delito de negativa de auxilio). (G. G. C.)

**34. Culpa extracontractual: lesiones por explosión de globos inflados para festejos populares por mecánico-carrocero con acetileno: negligencia: perforación de ambos tímpanos.**—El demandado, por razones de amistad, se encargó de hinchar unos globos utilizando al efecto un aparato con el que podía conseguir el objetivo con mayor comodidad y rapidez que el procedimiento de soplar; hasta aquí su comportamiento es socialmente solidario y jurídicamente irrelevante. El problema surge cuando, en lugar de utilizar solamente aire a presión o un gas inocuo, hincha los globos, o una parte de ellos, utilizando oxígeno con acetileno con olvido de que este gas, en estado comprimido o licuado resulta muy peligroso, de tal modo que la mezcla con el aire puede detonar con violencia, y su estampido es susceptible de causar lesiones como la de autos. El demandado era mecánico-carrocero y titular del taller que utilizaba el aparato, por lo que obviamente no desconocía, ni podía desconocer, la trascendencia de utilizar el acetileno, el cual normalmente se usa para soldar o cortar el metal mediante el soplete oxiacetilénico. Pero igualmente se hubiera producido una actuación negligente caso de valerse de un aparato ajeno porque las más elementales normas sociales de cautela y precaución exigen no utilizar, salvo hipótesis justificadas y excepcionales, aparatos peligrosos por parte de quien no tiene la necesaria preparación o formación. Por otro lado, tampoco desconocía, ni podía desconocer, el posible desarrollo de los acontecimientos; resulta habitual en situaciones como la de autos, o similares, que los intervinientes en los festejos hagan estallar o explotar los globos mediante cualquier procedimiento, por lo que resulta estéril tratar de excusar la responsabilidad en la «necesaria intervención de tercero» que, se dice, ocasionó la explosión del globo. Obviamente no hubo intención de dañar —dolo—, ni siquiera eventual, pero nos hallamos

en el terreno de la culpa –imprudencia o negligencia– en donde no decide el egoísmo sino que opera la ligereza, en su versión de desatención, descuido y falta de la previsión necesaria para evitar que los riesgos potenciales se conviertan en accidente real. Esta Sala viene reiterando la necesidad de adoptar las precauciones que la prudencia impone para evitar el resultado dañoso; la determinación de la previsibilidad hay que considerarla en la actividad normal del hombre medio –cuidado razonable–, en relación con las circunstancias del momento, lo que supone tomar en cuenta las circunstancias personales, de tiempo y lugar, y el sector del tráfico o entorno físico y social donde se proyecta la conducta. (STS de 13 diciembre de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—El 25 de agosto de 1988, con ocasión de las fiestas de Amézqueta (Guipúzcoa), el Ayuntamiento organizó una comida popular a la que habría de seguir, unas horas después, un festejo con un concurso de disfraces. Con el fin de contribuir a esta celebración, y como complemento del concurso, unas chicas del pueblo, y entre ellas doña F. I. A., la lesionada, pidieron a J. M. que les hinchara unos globos a fin de soltarlos en la fiesta, a lo que accedió el requerido, el cual, en unión de unos amigos, se trasladó a su taller donde ejerce la profesión de mecánico-carrocero y procedió a hinchar los globos, unos con oxígeno y otros con una mezcla de oxígeno y acetileno; realizada la operación volvió al lugar de los hechos, donde entregó los globos a F. para que los hiciera llegar a las personas que colaboraban en la organización del concurso, y cuando todavía faltaban unas horas para la celebración del concurso, como consecuencia del estampido producido al estallar uno de los globos, F. sufrió perforación de ambos tímpanos y atrofia amigdalara. La demanda se interpone contra J. M. y el Ayuntamiento, en reclamación de una indemnización próxima a once millones y medio de pts. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda, mientras la Audiencia Provincial, manteniendo la absolución del Ayuntamiento, reduce casi tres millones y medio pesetas la indemnización que debe abonar J. M. El TS rechaza el recurso de casación.

NOTA.—Estamos en presencia de actividades lúdicas, en las que no hay especial asunción de riesgos por los participantes. La sentencia extractada (Pte.: Corbal Fernández) realiza un minucioso y meritorio análisis de la conducta de J. M., causante de los daños, poniendo el énfasis en la responsabilidad de utilizar aparatos peligrosos por parte de quien carece de la necesaria preparación o formación. Ciertamente, la explosión del globo no se produce en el momento de hincharlo, sino algún tiempo después y en circunstancias no totalmente aclaradas; no cabe presumir que aquél desconocía su peligrosidad, y por ello su conducta negligente radica en haber utilizado el acetileno para mezclarlo, en algunos casos, con el oxígeno. Por otra parte, no hay datos en el proceso para saber el número total de globos hinchados, así como el de los que explotaron por la misma causa; por otra parte, cabe preguntarse: ¿por qué F. se mantuvo tanto tiempo al lado de los globos? El encargo de José M. de entregarlos a los responsables municipales de los festejos, no parece haberse cumplido. Una desgraciada concurrencia de concausas en el evento dañoso. La posible responsabilidad del

Ayuntamiento ha quedado fuera de discusión en el recurso, pero cabe todavía interrogarse si dicha entidad tenía alguna regulación sobre el hinchado y uso de los globos durante las fiestas, y su cumplimiento en el caso, pues la sentencia da por supuesto que el demandado conocía *quod plerumque accidit* en tales acontecimientos. (G. G. C.)

**35. Culpa extracontractual: accidente en pista de baile instalada en discoteca: no es actividad de riesgo.**—Las lesiones al demandante se le causaron en la madrugada del 31 de julio de 1993, cuando se encontraba bailando en la discoteca, y no se apercebó de la existencia de un *murete* de 80 centímetros de alto, que delimita la pista de baile del resto del recinto, tropezando, perdiendo el equilibrio y cayendo hacia atrás y por encima del mismo, describiendo su cuerpo en la caída una voltereta casi completa, de manera que sus piernas cayeron sobre una de las mesas bajas allí existentes, en las que existían numerosos vasos de cristal, penetrando fragmentos de los mismos en la cara anterior de la pierna derecha del actor. No es posible convertir la pista de baile de una discoteca en un punto de peligro *cuasibélico*, lo que, por otra parte, aparece desmentido por la proliferación y extensión de tales locales en nuestros pueblos y ciudades. Hay que decir que la caída del actor es ajena por completo a la actividad desarrollada en el local, donde se puede estar sentado o de pie, bailando o no, oyendo música, tomando unas copas y un largo etcétera, porque es cada cliente el que hace lo que quiere, e, incluso, dentro de una misma actividad como el baile, la realización personal marca situaciones diferentes en cuanto a eventuales peligros y no existe relación causal entre la actividad de la empresaria del local de discoteca y el resultado producido. La llamada doctrina del riesgo no es aplicable a todas las actividades de la vida sino sólo a aquéllas que impliquen un riesgo considerablemente anormal en relación con los estándares medios.

**Inversión de la carga de la prueba.**—La sentencia de instancia con buen sentido atribuye la causa del accidente al torpe y negligente proceder de la víctima, no resultando muy lógico que por un mareo ocasionado por la música estrépitoso y la deficiente luz, que hubieran llevado a cualquier persona medianamente prudente a cesar de inmediato el baile, en cambio haya dado origen a los hechos lesivos. La inversión de la carga de la prueba se aplica restrictivamente en los casos que implican un riesgo considerablemente anormal en relación con los estándares medios. (STS de 10 diciembre de 2002; no ha lugar.)

NOTA.—Parece razonable entender que el asistente a una discoteca que decide participar en el baile *asume* todos los riesgos inherentes a las circunstancias y al lugar, sin que la falta de luz o el exceso de ruido creen una nueva e imprevista situación de riesgo, que, por lo demás, nadie afronta obligatoriamente; cautela elemental parece el haber llevado a cabo un previo reconocimiento de la pista de baile que le hubiera permitido al actor darse cuenta de la existencia del famoso bordillo o *murete* (probablemente conocido por todos los que frecuentaban la discoteca). Sentencia de aprobar (Pte.: Martínez-Pereda Rodríguez.) G. G. C.)

**36. Culpa extracontractual: muerte por accidente en banquete de bodas al intentar el padre de la novia fotografiar el momento de partir el pastel: responsabilidad del dueño del restaurante: concurso de culpas.**—Procede mantener la responsabilidad del dueño del restaurante por aplicación de la doctrina del riesgo, en cuanto que la posibilidad de la caída desde la mesa de los novios situada en un escenario, a un metro de altura de la Sala, la ha creado él mismo, sin acompañar las medidas adecuadas de seguridad, y este riesgo se produce en virtud de la explotación de un negocio comercial, por lo que debe soportar los riesgos que tal actuación crea; a ello debe añadirse la actuación negligente de la víctima, que origina la concurrencia de culpas. (STS de 2 diciembre de 2002; no ha lugar.)

NOTA.—Desgraciado accidente que transformó un banquete de bodas en un hecho luctuoso por una actuación levemente negligente de la empresa del restaurante, y otra de menor entidad todavía por parte de la víctima. De *culpa levis* puede calificarse el hecho de colocar la mesa principal del banquete de bodas, en un escenario situado a un metro de altura del resto de comensales, pero sin instalar una barandilla u otra medida de separación que funcionara simultáneamente como medida de precaución; y, por otro lado, el natural deseo del padre de la novia de inmortalizar el momento explican que pensara menos en su seguridad que en la exacta captación del momento. Al mismo tiempo, en tales eventos era razonable prever un movimiento continuo de asistentes en dirección hacia la mesa de los personajes principales del banquete. La cuantía de la indemnización por muerte es muy moderada: se solicitaron dieciocho millones, el Juzgado de Primera Instancia otorgó ocho y la Audiencia Provincial redujo la indemnización a cinco. (G. G. C.)

**37. Culpa extracontractual: muerte por electrocución en obras de sustitución del gas ciudad por gas natural: concurrencia de culpas: responsabilidad de la propia víctima, de la Comunidad de propietarios del inmueble, de la empresa a cuyas órdenes trabajaba el obrero y de la aseguradora de la Comunidad.**—El resultado fatal se atribuye tanto al propio operario especializado por no cortar la corriente eléctrica en el espacio de su trabajo, como a la Comunidad de propietarios por mantener en estado de deficiencia la instalación eléctrica, y a la empresa en donde trabajaba la víctima por no haber inspeccionado el espacio cerrado, que después fue abierto haciendo una perforación en la escayola del falso techo del portal del inmueble, para que pudiera introducir medio cuerpo, al objeto de sustituir la canalización del gas, actuaciones negligentes que contribuyeron a la producción del resultado dañoso.

**Negligencia de la Comunidad de propietarios.**—Tal negligencia consiste en mantener la lámpara de escayola del portal sin cubrir sus bornes, al contacto de los cuales se produjo la electrocución del obrero, o mediante contacto con los tubos metálicos que manipulaba, y ello se desprende no de meros indicios sino de la prueba de los hechos recogidos en la sentencia después de una ponderada apreciación de la prueba, hechos que han de calificarse de actuación omisiva.

**Responsabilidad de la empresa que realizaba las obras.**—Hay que rechazar expresamente que el accidente se produjera por la exclusiva actuación imprudente de la víctima sino que también concurrió la negligencia de

la empresa responsable de las obras de sustitución del suministro de gas, pues se declara probado que dicha empresa no había inspeccionado previamente la zona en donde se produjo el accidente, desatendiendo su obligación de impedir que sus obreros trabajen en precarias condiciones de seguridad. (STS de 12 diciembre de 2002; no ha lugar.)

NOTA.—Parece excesivo el efecto que la culpa de la víctima produce en la reducción del *quantum* de la indemnización; la reclamación se interpone por la mujer conviviente del obrero, en nombre propio y de la hija común reconocida por ambos, solicitándose diez millones en el primer concepto y veinte en el segundo; el Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda en su totalidad, pero la Audiencia Provincial la estima parcialmente otorgando dos millones y medio a la mujer y cinco millones a la hija; ello supone que la negligencia de la víctima (negligencia profesional), consistente en no cortar la corriente, representa el 75 por 100 del total reclamado (que representan cifras medias), mientras que el 25 por 100 restante ha de imputarse a la Comunidad que tiene *olvidados* unos bornes sueltos de una lámpara oculta, juntamente con la negligencia de la empresa que vela deficientemente por la seguridad de sus operarios. Una distribución *fifty-fifty* hubiera parecido, acaso, más equitativa. (G. G. C.)

**38. Culpa extracontractual: lesiones en accidente de trabajo: culpa exclusiva de la víctima.**—Las lesiones sufridas por el obrero al realizar el derribo de una pared, consistentes en la incapacidad permanente, se debieron a culpa exclusiva suya; teniendo la calificación laboral de Oficial 2.º, por lo que poseía conocimientos más que suficientes para haber llevado a efecto con seguridad dicho derribo, con independencia de que se hubiera llevado a efecto manualmente, como lo pretendió la propia víctima, o mecánicamente.

**Inexistencia de culpa por parte de la empresa que había encargado el trabajo a otro operario.**—Si bien la empresa constructora podía tener responsabilidad directa del accidente por aplicación del artículo 1903 párrafo 4.º CC, en el presente caso está exenta de responsabilidad por haber encomendado la realización del derribo de la pared a otro empleado distinto, por lo que la víctima no obraba de acuerdo a las directrices de la empresa.

**Compatibilidad e independencia de las acciones civil y laboral.** Según el artículo 53 de la Ley de accidentes de trabajo son compatibles las acciones civil y laboral, y lo ha declarado la sentencia de esta Sala de 19 de mayo de 1997, de modo que la jurisdicción ordinaria no viene vinculada por la laboral, siendo independiente para enjuiciar conductas cuando se acciona al amparo de los artículos 1902 y 1903 Cc, ya que la responsabilidad aquiliana es compatible con la derivada en base a la relación de trabajo. En el presente caso las infracciones de las normas laborales dieron lugar en su día a acciones indemnizatorias de naturaleza laboral contra la empresa, pero tales resoluciones no pueden, sin más, servir de base a las acciones basadas en el artículo 1902 CC basado en el principio de la responsabilidad subjetiva.

**Falta de legitimación de la compañía aseguradora de la empresa y del Ingeniero agrónomo autor del proyecto, aunque no intervino en el derribo de la pared.**—Absuelto civilmente el empresario no es posible diri-



girse contra la empresa aseguradora, ni tampoco contra el Ingeniero que hizo el proyecto (STS de 31 diciembre de 2002; no ha lugar.)

NOTA.—Supuesto de hecho un tanto extraño; por un lado hay una responsabilidad laboral declarada por los Tribunales de esta clase por consecuencia de las lesiones sufridas por un trabajador al derribar un muro con demostrada omisión de las medidas de seguridad por parte de la empresa aquí demandada; por otro la jurisdicción civil reivindica su autonomía plena para enjuiciar los hechos *ex novo* declarando la irresponsabilidad de la mencionada empresa porque el accidente se produjo en relación con un operario que no tenía el encargo de realizar la obra, declarando que el accidente se produjo por culpa exclusiva suya (Pte.: De Asís Garrote). La demanda se había desestimado en ambas instancias. Sorprende menos la sentencia estimatoria pronunciada por la jurisdicción laboral en el presente caso, si atendemos a lo que los especialistas nos dicen sobre el modo de desarrollarse aquel juicio: «En el orden social la demanda laboral no requiere asistencia letrada, ni argumentación jurídica alguna, bastando con que se concreten los hechos sobre los que se fundamenta la acción; basta con que el trabajador exponga con moderada claridad qué es lo que reclama para que la demanda sea admitida a trámite y entre el juzgador a conocer de ella con la argumentación jurídica que él considerara oportuna» [Así Izquierdo Tolsada, *Responsabilidad civil por accidentes de trabajo* en el vol. col. Tratado de responsabilidad civil (coord. por Reglero Campos), 2002, p. 1.396]. Sólo la jurisdicción civil puede apreciar *sutilezas jurídicas* como las valoradas en el caso. (G. G. C.)

**39. Culpa extracontractual: lesiones durante el rodaje de una película por atropello; imputación al conductor del vehículo y a la productora.**—El conductor del vehículo causante arrolla a unas personas al actuar en la escena de una película, causando graves lesiones a la actora, calificadas como invalidez permanente en grado de gran invalidez; no hay acción de tercero, de perjudicado o fuerza mayor que rompa el nexo causal en virtud del cual se ha dado lugar al resultado dañoso; un criterio de imputabilidad subjetiva hace que se le responsabilice del daño en base al artículo 1902 CC. Además el artículo 1903 párrafo 4.º, establece la obligación de responder por actos ajenos, concretamente de empleados en el ejercicio de sus funciones, al empresario, persona física o jurídica, basada en la culpa *in vigilando* o *in eligendo*, que tiene carácter objetivo y solidario con la obligación del propio causante.

**Intereses legales.**—Se imponen en la sentencia de primera instancia, y aquí se mantienen por imperativo legal; se trata de intereses ejecutorios desde la fecha de la sentencia, incrementados en dos puntos, conforme dispone el artículo 921 LEC 1881 y artículo 576 LEC 2000. (STS de 12 diciembre de 2002; ha lugar.)

NOTA.—Leyendo esta sentencia de la que ha sido Ponente O'Callaghan Muñoz no resulta fácil diferenciar la realidad virtual de un reportaje de *reality show*. En efecto, sobre las cuatro horas de la madrugada del 31 de julio de 1991, encontrándose filmando unas

escenas de la película *Los gusanos no llevan bufanda*, un coche de la productora, al realizar varios zig-zag cuando iba a tomar la plataforma existente para saltar la mediana y continuar la circulación en sentido contrario, por exigencias de la filmación de la escena, recibió un impacto de otro de los vehículos que había adelantado, y al no poder enderezarlo para esquivar a los que venían en sentido contrario (todos participantes del rodaje) se precipitó contra una farola y contra un grupo de personas, todas ellas igualmente participantes en el rodaje, causando graves lesiones a la actora.

¿Accidente de circulación o accidente de trabajo? ¿Se trata sólo de filmar una escena de riesgo en la que el interviniente lo asume previamente? Me parece acertada la distinción del FD 3.º: el conductor había asumido el riesgo inherente a circular en dirección contraria, pero no lo había asumido la víctima, aunque fuera empleada de la misma productora y trabajara en distintos menesteres, siendo en el momento de ocurrir los hechos mera espectadora del rodaje.

De tratarlo como accidente de circulación hubiera sido necesario aclarar las circunstancias precisas en que tal escena se rueda; por ejemplo si había autorización administrativa para llevarla a cabo, si se adoptaron las precauciones para evitar los accidentes tratándose de la calle madrileña de Arturo Soria. Derivarlo hacia un tratamiento legal como accidente de trabajo, acaso hubiera dado origen a cuestiones de competencia así como de cuantía de las indemnizaciones. El TS lo ha enfocado asépticamente y sin entrar en complejidades, por los cauces de los artículos 1902 y 1903 CC, lo que parece acertado. (G. G. C.)

**40. Culpa extracontractual: responsabilidad médica: muerte de enferma mental al tirarse por un balcón: responsabilidad del INSALUD.**—Aunque no logre determinarse con exactitud qué personal, en concreto, incurrió en la conducta imprudente, y se descarta la del personal sanitario demandado, el estado de la paciente ingresada por una enfermedad psiquiátrica y dadas las anómalas reacciones que suelen acompañar a tal tipo de enfermedades, exigía una vigilancia hospitalaria añadida a la que, ya de por sí, requiere todo paciente hospitalizado, así como la adopción de todas las medidas necesarias para evitar cualquier daño que pudiera producirse a sí misma o a terceros; las que, desde luego, no se habían adoptado como lo revela el hecho de que no fuera sino, con posterioridad a la ocurrencia de los hechos enjuiciados, que las ventanas de las habitaciones se reformaran para hacerlas impracticables, por lo que ha de calificarse de culposa o negligente la actuación del INSALUD, consistente en la omisión de la diligencia exigible cuyo empleo hubiera podido evitar el resultado dañoso.

**Responsabilidad por los dependientes ex artículo 1903 CC: no está subordinada a la determinación e individualización de un responsable dependiente.**—Se reitera la doctrina de la STS de 9 junio de 1998 al declarar que el artículo 1903 CC entraña una responsabilidad directa que no está subordinada en su aplicación a la previa determinación e individualización de un 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 organizaciones empresariales de nuestro tiempo y en perjuicio de las víctimas. La liberación de la responsabilidad del empleador sólo cesa cuando pruebe que ha empleado toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño.

**Responsabilidad de los centros sanitarios por asistencia defectuosa no susceptible de individualización.**—La jurisprudencia de esta Sala tiene declarado (STS de 27 de enero de 1997) que la responsabilidad del artículo 1903.4 CC, con referencia a entidades gestoras o titulares de hospitales es directa, cuando se advierten deficiencias imputables a la asistencia masificada que dispensan con imposibilidad de ejercer un absoluto y preciso control de la actuación profesional y administrativa del personal que presta sus servicios en la misma, haciéndose preciso acudir a una interpretación no sólo lógica sino también sociológica de los preceptos reguladores del instituto de la responsabilidad, sin olvidar el soporte de la *aequitas*, aquí siempre conveniente, y en todo momento con la atención puesta en la realidad social de nuestro tiempo. Asimismo la STS de 10 de diciembre de 1997 ha dicho, con referencia a un supuesto de defectuosa asistencia sanitaria, que no es susceptible de individualización, que es imputable el INSALUD como responsable en último grado de los defectos y negligencias en el funcionamiento de las actividades hospitalarias y en la actuación profesional del personal sanitario dependiente del mismo, ya sea por culpa, ya sea por insuficiencia de medios, cuando resulten daños y perjuicios en las personas asistidas en los casos que dependen del mismo (STS 11 noviembre de 2002; no ha lugar.)

NOTA.—Un caso similar en el que un enfermo mental internado causa daños a un tercero se contempla en STS de 21 de junio de 2001, con idéntica condena de la entidad sanitaria (en ADC, 2002, p. 1.498). (G.G.C.)

**41. Responsabilidad de los servicios sanitarios y artículo 28 LGDCU.**—La respuesta judicial es congruente, como lo sería con la estricta aplicación del artículo 1902 del CC, amén de que la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios no determina una acción distinta, sino tan sólo un criterio de imputación de responsabilidad diferente, consistente en que el consumidor y el usuario sólo deben probar el daño y que éste es consecuencia del bien o servicio de que se trate en cada caso particular, por lo que se reconoce aquí la oportunidad de su aplicación. La aplicación de la Ley general para defensa de consumidores y usuarios, no ha obstaculizado que, en el desarrollo del proceso, la recurrente adujera o propusiera el medio de prueba que tuviera por conveniente sobre la presencia de fuerza mayor. (STS de 18 de diciembre de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Don S. L. L., actuando en su propio nombre y en el de su esposa, interpuso demanda contra el INSALUD y

*Winterthur* por los daños que sufrió su esposa en el curso de una intervención quirúrgica. A la paciente le fue detectado en el cuadrante info-externo de la mama derecha un nódulo de unos tres centímetros de diámetro. Como tratamiento se le prescribió su extirpación, biopsia intraoperatoria y en el caso de que el tumor fuera maligno se le practicara la mastectomía derecha. Determinada la malignidad del tumor se procedió a practicar la mastectomía derecha, quedando la paciente en estado vegetativo. El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Zamora dictó sentencia, en fecha 31 de octubre de 1998, desestimando la demanda interpuesta. El señor S. L. L. recurrió ante la Sección 1.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Zamora que dictó sentencia, en fecha de 19 de mayo de 2000, estimando parcialmente el recurso, confirmando el pronunciamiento absolutorio para la compañía aseguradora *Winterthur* y condenando al INSALUD en aplicación del artículo 28 LGDCU. Interpuesto recurso de casación por el INSALUD el Tribunal Supremo declaró que no había lugar al recurso. (E. M. T.)

## DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

**42. Necesidad de buena fe y de justo título en la usucapión.**—El artículo 1940 CC establece que son requisitos necesarios para que tenga lugar la prescripción adquisitiva del dominio y demás derechos reales, la posesión de las cosas durante un determinado tiempo con buena fe y justo título. En el ámbito de los derechos reales es doctrina reiterada entender la buena fe como un estado de conocimiento, a diferencia de lo que sucede en obligaciones y contratos, donde es entendida como un estado de conducta. Además, la STS de 17 de julio de 1999 (entre otras) afirma que la existencia de buena fe es una cuestión de hecho, sin perjuicio de ser considerada también como un concepto jurídico, a efectos de su revisión casacional.

Con relación al justo título, la doctrina del TS lo define como el que baste legalmente para transmitir el dominio o derecho real correspondiente, de manera que quedan además subsanados por el transcurso del tiempo los posibles vicios o defectos que pudieran tener determinados contratos anulables, revocables o resolubles (SSTS de 22 de julio de 1997 y 17 de julio de 1999). En cuanto a su prueba y a tenor del artículo 1954 CC, el justo título debe probarse, no se presume nunca. Por otra parte, la acción para invocar la usucapión de un bien inmueble no prescribe por el transcurso de quince años; sino que al tratarse de una acción real serían necesarios treinta años *ex* artículo 1963 CC. En cualquier caso nunca sería apreciada de oficio tal excepción de prescripción (por motivos procesales). (STS de 11 de noviembre de 2002; ha lugar.)

**HECHOS.**—La Comunidad de propietarios del Edificio Belair interpone demanda contra don G. C. A. y doña B. A., suplicando que se ordene a los demandados retirar una determinada instalación y puertas que ocupan un pasillo comunitario, para así restablecer la situación anterior a tal instalación en zona común.

El Juzgado de Primera Instancia estima íntegramente la demanda interpuesta por la Comunidad de propietarios y condena a los demandados a una obligación de hacer, esto es, a retirar las instalaciones realizadas en el pasillo comunitario. La Audiencia Provincial estima el recurso de apelación y revoca la sentencia de instancia. El TS declara haber lugar al recurso de casación confirmando íntegramente la sentencia dictada en primera instancia. (*J. D. S. C.*)

**43. Tercería de dominio. Finalidad.**—La tercería es un proceso que no implica un pronunciamiento independiente respecto del juicio ejecutivo (principal) sino que por el contrario es entendido como una incidencia de éste. La tercería, por tanto, consiste en que un tercero que afirma ser el titular de un bien o bienes embargados, solicita el alzamiento del embargo que se trabó sobre dichos bienes. No es su finalidad atribuir el derecho de propiedad al que interpone la tercería de dominio (SSTS de 4 de julio de 1989, 10 de octubre de 1996 y 29 de abril de 2000).

**Carga de la prueba en la tercería.**—Corresponde al tercerista probar la titularidad del bien embargado, mediante un título de dominio válido, siendo además necesario que la adquisición de dicho bien por aquél, se haya producido con anterioridad al embargo. La fecha de adquisición de los bienes embargados, además, ha de ser eficaz frente a terceros ya antes de haberse producido la traba. Por su parte, la anotación registral del embargo no tiene eficacia constitutiva, esto es, el momento relevante a efectos de la tercería de dominio es el embargo decretado por la autoridad judicial, con independencia de su posible inscripción en el Registro correspondiente. (**STS de 10 de diciembre de 2002**; no ha lugar.)

**HECHOS.**—La entidad *Derribos y Contratas, S. A.* interpone tercería de dominio contra una serie de personas físicas, solicitando que se declare una determinada participación por parte de la actora en la propiedad de la finca embargada, así como el alzamiento del embargo trabado sobre ésta. El Juzgado de Primera Instancia declara la propiedad de la actora respecto de un porcentaje de la finca, levantando asimismo el embargo decretado con anterioridad. La Audiencia Provincial estima el recurso de apelación revocando así la sentencia de instancia. La actora recurre en casación ante el TS, que declara no haber lugar al recurso.

**NOTA.**—Es necesario tener en cuenta que esta sentencia se resuelve al amparo de lo que la Ley de enjuiciamiento civil de 1881 establecía para la tercería de dominio, sin perjuicio de la aplicabilidad de esta doctrina jurisprudencial a la actual regulación de la misma. (*J. D. S. C.*)

**44. Contrato de «colaboración a la pieza»: indemnización por publicar en un diario fotografías sin autorización del autor después de haber concluido el contrato con la empresa editora.**—El motivo ha de ser estimado en cuanto que a tenor de lo expuesto en el fundamento de derecho anterior el contrato que ligaba a las partes ahora litigantes desde el mes de marzo de 1991 a 16 de septiembre es un contrato de colaboración conocido en el argot periodístico de «a la pieza» en el que, de las fotografías ofertadas,

únicamente se incorporan al periódico las aceptadas y publicadas previo el pago del precio convenido, las demás aunque estén en conserva en los archivos no forman parte de la obra colectiva, en cuanto no han sido utilizadas por la empresa editora y por consiguiente no han sido pagadas, y si después de concluido el contrato, se publican sin autorización del fotógrafo se lesionan por aquélla los derechos económicos del ahora recurrente, perjuicio que no puede ser justificado por lo dispuesto en el párrafo último del artículo 8 de la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de propiedad intelectual, en cuanto que esas fotografías, las publicadas después del 16 de septiembre de 1991, por no haber sido hechas durante la vigencia del contrato ni satisfecho su precio por lo que su publicación se ha hecho contra los derechos del actor, derechos que le otorga el artículo 118 de la referida ley.

**Los derechos del autor de «fotografías» –no «obras fotográficas»– son meramente patrimoniales.**—En cambio en este último motivo, que estimamos en parte, entendemos que no hay violación de los números 3.º y 4.º del artículo 14 de la Ley 22/1987, por inaplicación de los mismos en la sentencia recurrida, ya que se refieren a derechos de los conocidos como morales, que se reconocen al autor de una «obra fotográfica» pero no a los de meras fotografías que exclusivamente se refieren a derechos de orden patrimonial, según se deduce de la literalidad del texto del artículo tantas veces citado, el 118 de la referida ley (en la actualmente vigente el 128), no constando la existencia de pacto expreso entre las partes de que la publicación había de efectuarse con el nombre del fotógrafo, precepto que establece que quien realice una fotografía «goza del derecho exclusivo de autorizar su reproducción, distribución y comunicación pública», derechos éstos todos de carácter exclusivamente patrimonial, de los que disfrutaban los fotógrafos en los mismos términos reconocidos en la presente Ley a los autores de obras fotográficas. (STS de 31 de diciembre de 2002; ha lugar en parte.)

HECHOS.—El actor, autor material de una serie de fotografías, recurre la sentencia de la Audiencia que revocando la del Juzgado desestima la demanda promovida por éste contra *Prensa Española, S. A.* El demandante, fotógrafo profesional, había mantenido con la empresa editora un contrato de colaboración «a la pieza», modalidad consistente en que el fotógrafo realizaba fotografías de los acontecimientos que el periódico le indicaba con posibilidad además de ofrecerle fotos no encomendadas. El periódico podía aceptar unas y/u otras pagando por cada una de las aceptadas y publicadas la cantidad de 1.500 pesetas. Argumenta el fotógrafo que, con posterioridad a la finalización de su contrato, el periódico siguió publicando sus fotografías: unas con indicación de su nombre y otras sin esta mención, habiendo sido algunas de ellas objeto de manipulación. En su demanda reclamó lo que se le adeudaba por la indebida publicación de las fotografías, el cese de esa actividad ilícita más dieciséis millones de pesetas en concepto de daños morales. El Tribunal Supremo estima en parte su recurso de casación. (R. G. S.)

**45. Legitimación *ad causam* activa de las entidades de gestión.**— Además el motivo, en todo caso, habría que desestimarlos por tres razones: a) porque la legitimación de EGEDA aparece claramente reconocida en el

documento de 27 de abril de 1988 –incorporado al rollo de casación–, cuyo contenido, si bien no es procesalmente operativo en las perspectivas del desistimiento del recurso y de la transacción «judicial» (que requeriría aprobación por el tribunal), sin embargo, al haberse admitido por ambas partes, tiene el valor de acto propio procesal; *b*) porque cuestiones similares a la controvertida ya han sido resueltas con resultado uniforme por las sentencias de esta Sala de 29 de octubre de 1999 (recursos 969/97 y 262/98), 18 de octubre de 2001 (Sentencia núm. 954, recurso núm. 1622/96); 18 de diciembre de 2001 (sentencia núm. 1208, recurso 2436/96); y 15 de octubre 2002 (sentencia 928, recurso 697/97); y, *c*) en sintonía con el criterio mantenido en la doctrina científica que aprecia la existencia de una legitimación propia que se fundamenta en la finalidad que justifica la existencia de la entidad de gestión actora –en armonía con sus estatutos y reconocimiento administrativo– y la pretensión ejercitada referente a un derecho (vinculado a la retransmisión o comunicación pública por cable –art. 20.4 LPI–) cuya peculiar configuración sustantiva, explica la gestión y ejercicio colectivo. La afirmación de tales aspectos, y la adecuación o coherencia con lo pretendido, son suficientes para fundamentar la legitimación *ad causam*, sin necesidad de aducir autorizaciones individuales, ni de analizar otros aspectos que pertenecen a la cuestión de fondo.

**Retransmisión por cable de emisiones o transmisiones de otras entidades de radiodifusión. Derechos de los productores de la obra o grabación audiovisual. Necesidad de la autorización correspondiente.**–El problema jurídico suscitado es complejo y de no sencilla respuesta como se deduce de las alegaciones de las partes, e incluso se reconoce por las mismas. Sin embargo teniendo en cuenta sus respectivos argumentos, y singularmente los de la resolución recurrida, se estima que la solución adoptada por ésta es la más conforme al ordenamiento jurídico de la propiedad intelectual. De la aplicación conjunta de los artículos 17; 20.2.c), d), e) y f); 36; 87; 88; 115; 122.1 y 131 del Texto Refundido de la Ley de propiedad intelectual 1/1996, de 12 de abril, cabe deducir que la retransmisión por cable de una determinada entidad de programas emitidos o transmitidos por un ente distinto precisa, además de autorización del ente titular de la emisión o transmisión, la del productor de la obra o grabación audiovisual o fonográfica, por cuanto que la emisión o transmisión son actos de comunicación pública independientes de la retransmisión por cable y la autorización para la emisión del programa no comprende implícitamente la de la retransmisión; y sin que quepa compartir la tesis de la recurrente que pretende circunscribir la explotación al programa sin contemplar la obra o grabación integrada en el mismo de forma que es aquel el que se retransmite, y por consiguiente el único precisado de autorización que correspondería al ente titular. Se ratifica por lo tanto la independencia de los derechos de explotación (en la línea de la S de 19 de julio de 1993); y sin que obste lo dispuesto en el artículo 126 LPI (artículo 116 TR) respecto de los derechos exclusivos de las entidades de radiodifusión, por lo razonado respecto de dicho precepto, en relación con el artículo 20.4.e) TR, por lo que la sentencia recurrida en la parte final del fundamento tercero, cuyo ámbito reduce, en lo que aquí interesa, a la autorización de la retransmisión de sus emisiones o transmisiones, lo cual relaciona (dicha sentencia) con el artículo 121 LPI (131 TR) con arreglo al que los derechos reconocidos en este Libro II se entenderán sin perjuicio de los que correspondan a los autores. (STS de 2 diciembre de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—La *Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales (EGEDA)* formula demanda contra *Telebadajoz, S. L.* en la que solicita la suspensión de las actividades de retransmisión de emisiones de televisión de terceras entidades de radiodifusión más la indemnización correspondiente. El acto de explotación ilícito que se reprocha a la demandada es la retransmisión —no la transmisión o emisión primaria— por cable de emisiones de radiodifusión televisión a través de una red de comunicación sin la autorización correspondiente. *Telebadajoz* contesta a la demanda aduciendo la falta de legitimación *ad causam* de la entidad y la innecesariedad de la autorización del productor. El Juzgado estima la pretensión planteada y la Audiencia confirma la sentencia del Juzgado. Interpone recurso de casación *Telebadajoz*, declarando el TS no haber lugar. (R. G. S.)

**46. Transmisión de la propiedad.**—En el sistema de nuestro Código Civil la propiedad se adquiere y transmite, además de por ley, por donación y por sucesión testada e intestada, por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición. Al margen de la tradición instrumental, la cosa vendida se entiende entregada cuando se pone en poder y disposición del comprador, que no adquiere derecho real sobre ella hasta que le haya sido entregada. La intención de entregar el piso libre de cargas, manifestada por dicha demandada, no se vio correspondida por una correlativa voluntad de recibirlo de la hoy recurrente, quien por tanto no entró en posesión de la finca porque no quiso y, en consecuencia, no adquirió su propiedad porque, pura y simplemente no tenía voluntad de ello.

**Tercero hipotecario.**—La simple referencia en la escritura pública de 7 de julio de 1989 de la obligación de entregar el piso libre de cargas, en ningún modo la dotaba de naturaleza real, en contra del acreedor hipotecario. Por lo que cuando la compradora hipotecó el piso sí tenía la libre disposición del mismo, sin perjuicio de las obligaciones personales frente a la hoy recurrente derivadas del contrato de compraventa. El artículo 29 LH, por su parte, es terminante al establecer que la fe pública del Registro no se extenderá a la mención de derechos susceptibles de inscripción separada o especial. Y no ha sido menos terminante la jurisprudencia de esta Sala al declarar que la simple mención de cualquier carga o gravamen, si no se halla inscrita o anotada en el Registro, no puede perjudicar al tercer adquirente (S de 20 de mayo de 1964). El artículo 34 de la LH protege al subadquirente frente a la anulación o resolución del derecho de su transmitente por causas que no consten en el Registro, de suerte que contempla una hipótesis de ineficacia no del propio título de adquisición del subadquirente o tercero, sino de aquel por el que adquirió su transmitente. (STS de 16 de diciembre de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—*Maisi, S. A.* vendió a *Casfin, S. A.* una finca de su propiedad por un precio de 95.000.000 de pesetas. De este precio, diez millones de pesetas fueron pagados al contado, 55 millones de pesetas se pagaron más tarde mediante una letra de cambio y el resto debía pagarse con la entrega por *Casfin, S. A.* de un piso, libre de cargas y gravámenes, de la edificación que iba a construir en la finca que había comprado a *Maisi, S. A.* A la finalización de la obra *Casfin, S. A.* dividió horizontalmente el edificio en un local y seis



viviendas sin mención de la obligación de no gravar el tercer piso. En fecha 8 de octubre de 1991 *Casfin, S. A.* remitió por conducto notarial dos cartas a *Maisi S.A.* en las que se le comunicaba que tal y como habían pactado ponía el tercer piso a su disposición. La vendedora no aceptó la puesta a disposición del piso ni entró en posesión del mismo. El 29 de abril de 1993 *Casfin, S. A.* hipotecó el piso citado en garantía de un crédito. En 1994 el Banco promovió la demanda de ejecución del piso ante el impago de *Casfin, S. A.* *Maisi, S. A.* interpuso demanda contra *Casfin, S. A.* y contra el Banco solicitando que se declarase la nulidad de la escritura de hipoteca a favor de la entidad financiera por haberse celebrado el contrato en fraude de acreedores. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda razonando que la actora no había llegado a adquirir la propiedad del piso porque cuando fue puesto a su disposición, antes de hipotecarlo, no quiso entrar en la posesión del mismo, y que la obligación de no gravar el piso contraída en su día por *Casfin, S. A.* no podía afectar al Banco pues aquélla carecía de naturaleza real y no figuraba inscrita en el Registro. La Audiencia Provincial confirmó la sentencia de la instancia. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación. (R. T. B.)

**47. Rescindibilidad de hipoteca por fraude de acreedores.**—Frente a la alegación de que «no ha existido jamás una transmisión a favor de (la recurrente) que pueda crear algún perjuicio de los intereses de *Sanigrif, S. L.*» porque la hipoteca «no implica ni transmisión ni cambio de titularidad, ya que los bienes siguen en poder y bajo el dominio de su propietario», bastará advertir que la constitución de la hipoteca obviamente disminuye las posibilidades de satisfacción de los créditos de otros acreedores, por lo que permite el ejercicio de la acción pauliana que tiende a impedir la eficacia de actos que buscan la desigualdad entre los acreedores (SS de 14 de enero de 1935 y 28 de marzo de 1988).

**Aplicación del artículo 37 LH.**—En el sexto motivo se cita como infringido el artículo 37 de la LH por cuanto las hipotecas de que se trata «se encontraban inscritas en el Registro de la Propiedad y por tanto gozan de la especial protección que dicha institución concede a los derechos registrados tabularmente, lo que ha sido desconocido por ambas instancias». La regla general establecida en el artículo 37 LH conforme a la cual las acciones rescisorias, revocatorias y resolutorias no se darán contra tercero que haya inscrito los títulos de sus respectivos derechos conforme a lo prevenido en esta Ley, tiene, entre otras, como excepción «las acciones rescisorias de enajenaciones hechas en fraude acreedores, las cuales perjudican a tercero ... cuando, habiendo adquirido por título oneroso, hubiese sido cómplice en el fraude». Niega la recurrente que conociera a la acreedora *Sanigrif, S. L.*, así como la existencia de la deuda y que las hipotecas causaren un perjuicio a dicha demandante. Ahora bien, ya la sentencia del Juzgado puso de manifiesto que la constitución de las hipotecas para garantizar créditos de la recurrente frente a *Obras Muchavista, S. L.* perjudicaba los intereses de la actora y refiere las relaciones entre la deudora, *Viviendas Sociales Promociones Monte Romero, S. L.*, y *Sociedad Anónima de Máquinas para Oficinas*, pero es en la sentencia de apelación donde consta explícitamente que los bienes transmitidos con anterioridad por dicha deudora a *Obras Muchavista, S. L.* se hipotecaron «en

combinación» con dicha recurrente, sin que ésta «haya acreditado el desembolso generador del crédito», lo que evidencia el fraude a los derechos de *Sanigrif, S. L.* cuyo crédito ve disminuidas muy apreciablemente las posibilidades de cobro; lo expuesto ya significa que se está declarando probado el fraude con conocimiento de la recurrente y es que de ello es revelador todo lo acontecido a partir de la transmisión de bienes de *Viviendas Sociales Promociones Monte Romero, S. L.* a *Obras Muchavista, S. L.*, que culmina con la constitución de las hipotecas en favor de *Sociedad Anónima de Máquinas para Oficinas* en el momento y circunstancias como se produjo.

**Carácter excepcional de la acción rescisoria.**—El último motivo del recurso invoca infracción «del principio de excepcionalidad que se deriva del artículo 1291.3 CC». No ofrece duda el carácter subsidiario de la acción rescisoria según se desprende del precepto citado y también del artículo 1294, pero es igualmente cierto que, como bien dice la sentencia del Juzgado, «el carácter subsidiario de la acción revocatoria resulta patente en este caso, ya que todos los bienes embargados en los reiterados procedimientos ejecutivos han sido transmitidos, por parte de una sociedad en paradero desconocido por lo que las expectativas de cobro resultan ilusorias», sin que exista dato alguno en autos que permita suponer que ello no sea así, y, en definitiva, la determinación de la insolvencia es cuestión de hecho y, como tal, apreciable en la instancia (SS de 14 de diciembre de 1993 y 28 de junio de 1994).

**Improcedencia de la rescisión parcial.**—Y en cuanto a la alegación de que «nos encontramos con que las sentencias impugnadas están concediendo la revocación de tres hipotecas, cuya garantía es de más de cien millones para cubrir una supuesta insolvencia que no supera los diez millones de pesetas», se tiene que, según ha declarado esta Sala (S de 30 de enero de 1986), no cabe hablar de rescisión parcial, porque como un todo los contratos objeto de rescisión tuvieron una finalidad unívoca que impide una ineficacia parcial, lo que lleva al perecimiento del motivo. (STS de 10 de diciembre de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Con fecha 2 de septiembre de 1993, *Viviendas Sociales Promociones Monte Romero, S. L.* vendió unas fincas a doña J. Pocos días después, el día 7 del mismo mes, aquella empresa vendió otras fincas a *Obras Muchavista, S. L.* que, a su vez, hipotecó la mayoría de ellas en garantía del pago de distintas deudas que la misma había contraído frente a *Sociedad Anónima de Máquinas para Oficinas*. La empresa *Sanigrif, S. L.* interpuso demanda en la que solicitó la «nulidad» —en realidad, rescisión por fraude de acreedores— de las distintas compraventas e hipotecas mencionadas. El Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Alicante dictó sentencia el 25 de marzo de 1995, en la que estimó la demanda. Interpuesto recurso de apelación por *Sociedad Anónima de Máquinas para Oficinas*, la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 6.ª, dictó sentencia el 27 de febrero de 1997, en la que desestimó el recurso. Esa misma empresa recurrió en casación. El TS desestima el recurso. (J. M. B. S.)

**48. Los artículos 131 y 132 LH no vulneran el derecho a la defensa.**—Aquí, añade la sentencia *a quo*, que es preciso demostrar, o bien la falta

absoluta de las normas de procedimiento o la infracción de los principios de audiencia, asistencia y defensa productores de indefensión «sin que naturalmente pueda suponer infracción de los meritados principios, la consustancial naturaleza del procedimiento judicial sumario regulado por la Ley hipotecaria, pues caracterizado como procedimiento de apremio... etc., etc...».

Por otra parte, como han señalado las SSTC41/1981, 641/1985, 8/1991, 217/1993, 21/1995, 69/1995 y 223/1997, entre otras, la regulación legal de los artículos 131 y 132 LH no vulnera el derecho a la defensa, incluido el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión del artículo 24.1 CE.

**Pagos parciales en el curso de un procedimiento del artículo 131 LH.**—Resulta obligado añadir a los razonamientos que se tienen aquí por reproducidos, el dato de que las entidades de crédito, acreedoras en el procedimiento de ejecución hipotecaria, admitan pagos parciales a cuenta después de la presentación de la demanda, no encuentra ningún obstáculo legal, ninguna prohibición *ex lege*, pero es que además, y ello es de destacar, se realiza en beneficio del propio deudor, al permitirle solventar su deuda de forma escalonada y procurar con ello evitar la subasta y consiguiente realización de sus bienes embargados.

Tal práctica no vulnera ningún precepto legal y menos aún el artículo 129 LH en la redacción anterior a la reforma operada por la DF 9.<sup>a</sup>, 4 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, que expresa que «la acción hipotecaria podrá ejercitarse directamente contra los bienes hipotecados, sujetando su ejercicio al procedimiento judicial sumario que se establece en el artículo 131 de esta ley sin que ninguno de sus trámites pueda ser alterado por convenio de las partes». Pero en el tema de los pagos parciales y previos a la subasta no presenta el alcance que se pretende darle en el motivo y no puede sostenerse por ello que se haya alterado el trámite procedimental. Pese a lo consignado en el motivo, las partes, de mutuo acuerdo, pueden poner fin al procedimiento instado e igualmente acordar su suspensión. Pretender que una vez iniciado un procedimiento de ejecución de esta clase no puede concluir sino por el pago o la subasta no resiste una leve crítica. Ya desde la perspectiva de los pagos realizados por la deudora, o bien se han deducido de la demanda de ejecución hipotecaria o se han manifestado al propio Juzgado como pagos recibidos. Ello, con independencia de que la parte recurrente no ha practicado prueba alguna tendente a demostrar que los pagos «post» demanda no sean debidos y a cuenta de la cantidad adeudada y reclamada en el procedimiento. Resulta por ello ajeno al iter procedimental del artículo 131 LH la cuestión planteada en el motivo, porque todo pago se produce por una causa, en este caso, *animo solvendi*, para extinguir total o parcialmente una deuda vigente, que no se extingue por la iniciación del procedimiento del artículo 131 LH y no surge del derecho de devolución, sino a determinar que tal pago ha de producir un efecto dentro del procedimiento de tal ejecución hipotecaria. (STS de 30 de octubre de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—El recurso de casación que se resuelve dimana de una demanda promovida por los recurrentes contra la *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid* sobre declaración de nulidad de lo actuado en un procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH que se tramitaba ante el mismo Juzgado. La sentencia de instancia declaró la nulidad de las actuaciones. La Audiencia estimó

el recurso de apelación interpuesto por la entidad financiera. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación promovido por los actores. (R. G. S.)

## DERECHO DE FAMILIA

**49. Filiación matrimonial: impugnación por el marido de la madre: resultado de las pruebas biológicas.**—La exclusión de la paternidad biológica del actor respecto de los menores, N. (nacido el 13 de mayo de 1983) y P. (nacida el 5 de julio de 1985), que le había sido atribuida por la presunción *pater is est*, resulta de las investigaciones, valoraciones y conclusiones realizados por el Departamento de Fisiología y Farmacología, División de Medicina Legal, de la Universidad de Cantabria, cuyas conclusiones dan dicho resultado por los sistemas RH, MNSS, DUFFY y HLA, referente al primero y RH, DUFFY y HLA, respecto a la segunda.

**Caducidad de la acción: *Dies a quo*.**—No lo constituye la fecha del convenio regulador aceptado por el marido en el que éste otorga determinados derechos a quienes según el Registro Civil eran sus hijos ya que ignoraba entonces su carácter no matrimonial; circunstancia de la que tuvo conocimiento después de dictarse la sentencia de separación consensual, fijándose la fecha de tal hecho en el mes de marzo de 1994, por lo cual no había caducado la acción de impugnación al presentar la demanda de impugnación el 18 de noviembre del mismo año.

**Criterios interpretativos de la reforma de filiación de la Ley de 13 de mayo de 1981.**—Se reitera la doctrina establecida por las SSTS de 30 de enero de 1993 y 23 de marzo de 2001, que rechaza una interpretación estricta del artículo 136 CCen aras de que, en materia de estado civil, ha de prevalecer la verdad real sobre la presunta resultante del estado matrimonial, informando 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; la protección integral de los hijos clama contra la inexactitud en la determinación de la paternidad; la tan deseada pacificación familiar en modo alguno puede ser conseguida desde el formalismo, sustentado sobre una situación fraudulenta, y con olvido de la investigación de paternidad también constitucionalmente admitida sin limitaciones en sí ni en sus consecuencias. (STS de 3 de diciembre de 2002; ha lugar.)

NOTA.—El supuesto de hecho parte de un proceso de separación matrimonial por mutuo acuerdo, en cuyo convenio regulador el padre y marido hace determinadas concesiones a favor de su esposa y dos hijos, cuya fecha no consta pero ha de ser anterior a 27 de enero de 1994, fecha de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia; el marido alega haber descubierto posteriormente que los dos hijos inscritos como matrimoniales en el Registro Civil, no son suyos, e interpone acción de impugnación que presenta el 18 de noviembre de 1994. El Juzgado de Primera Instancia en sentencia de 16 noviembre de 1995 declara caducada la acción, y la Audiencia Provincial en sentencia de 18 de marzo de 1997 rechaza la apelación. El TS estima el recurso de casación con base en los argu-

mentos extractados. El precepto básico es el artículo 136 CC, cuyo primer párrafo después de establecer que la acción de impugnación está sujeta al plazo de caducidad de un año, añade *in fine* que *el plazo no correrá mientras el marido ignore el nacimiento*. La fórmula no parece muy acertada y comprensiva de los supuestos que pueden darse en la realidad. Parece referirse al supuesto del marido que ha emprendido un largo viaje, durante el cual lógicamente no ha mantenido relaciones sexuales con su esposa, y al regresar se encuentra con que aquélla ha dado a luz un hijo cuya paternidad se le atribuye. Es el marido *sorprendido* tantas veces descrito por los novelistas baratos. En este caso parece que estamos en presencia de un marido *crédulo y bondadoso* que, sin embargo, ha empezado a tener problemas de convivencia con su esposa, y de conformidad con ella solicita la separación convencional; en el convenio cede la propiedad de la mitad del domicilio conyugal a quienes aparecen como hijos suyos (a la sazón de once y nueve años de edad), y se compromete a pagar una pensión —más bien modesta— para contribuir a las cargas familiares. A la vista de estos hechos no parece razonable deducir que abrigase dudas de su paternidad, ni siquiera que sospechara la infidelidad de su mujer. La sentencia declara (2.º FD) que el marido se enteró dos meses después de pronunciarse la s. de separación del carácter extramatrimonial de sus hijos. Establecido así el *dies a quo*, la acción del marido se había ejercitado dentro de plazo. Pero adviértase que el intérprete corrige el artículo 136 párrafo 1.º CC haciéndole decir *el plazo no correrá mientras el marido ignore el nacimiento extramatrimonial*.

Adviértase que el principio interpretativo de hacer prevalecer la verdad biológica no carece de excepciones, dentro y fuera del texto codicial. Siempre que, en lo que queda en vigor del Título V, libro I, CC, se establecen causas de caducidad de las acciones de filiación, se producen derogaciones, más o menos amplias, del principio de veracidad biológica, y en el proceloso campo de la procreación asistida rige más bien el principio opuesto de la *ficción legal* de paternidad y maternidad, que el TC ha revalidado. (G. G. C.)

**50. Acciones de impugnación de la filiación matrimonial y de reclamación de la extramatrimonial: contradicción de intereses entre la madre que desea mantener el secreto y el hijo que tiene derecho a conocer a su progenitor: la representación legal de los hijos por sus padres.**—La madre tuvo un hijo de soltera al que reconoció, y luego contrajo matrimonio con un hombre que también reconoció previamente al hijo como suyo, dándose origen así a la matrimonialización del hijo respecto de ambos cónyuges; ulteriormente se ejercita por un tercero la acción de impugnación de dicha filiación y de reclamación de su paternidad extramatrimonial, oponiéndose la madre. El artículo 163 CC constituye el desarrollo del artículo 162 CC, y así la representación legal de los padres en relación a sus hijos sometidos a la patria potestad queda excluida cuando en la realización de uno o varios actos se compruebe la existencia de conflicto que puede poner en peligro el interés del hijo al que representan. Aunque inicialmente la acción se dirigió contra el marido de la madre, posteriormente se desistió de ella; en la sentencia impugnada la oposición de la madre demandada tiene en cuenta que su negativa a

la práctica de la prueba biológica tendría su justificación en el secreto con que la madre quiere mantener la paternidad del menor respecto de la persona generante del mismo, que ella manifiesta ser distinto del propio actor. En este caso son contrarios los intereses de la madre demandada, que no quiere establecer en ningún caso la realidad que sea procedente sobre la paternidad, con los intereses del hijo, tanto desde el punto de vista de su persona, como del orden público del estado civil. El conflicto existe cuando en la realización de los actos de guarda y protección, la actuación de los representantes pone en peligro el beneficio del menor o incapaz, al ser éste contradictorio con el interés subjetivo o personal de aquéllos.

**Nombramiento de un defensor judicial de oficio.**—Conforme al artículo 299 CC, el defensor judicial es la persona que asume temporalmente la representación y defensa de los intereses de los menores de edad, o de los incapacitados cuando la persona que legalmente debe hacerlo, no lo hace; se trata de un cargo judicial porque es necesario una resolución judicial que acuerde su nombramiento; cuando actúa debe obrar dentro de las facultades precisas y concretas que se le han atribuido, y cuando actúa judicialmente debe probar que así lo hace (STS de 10 de marzo de 1994). A tenor del artículo 300 CC el nombramiento ha de hacerse de oficio cuando el Juez conoce alguno de los supuestos en que se haga necesario. En consecuencia, la Sala, de oficio a tenor del artículo 1715.2 LEC derogada, ha de decretar la nulidad de las actuaciones para permitir la intervención en el proceso del defensor judicial que nombre el Tribunal de instancia, el cual podrá instar la práctica de las pruebas que estime pertinentes, manteniendo la conservación de los actos procesales, dándose por válidas todas las actuaciones anteriores, pudiendo interesar tener por reproducidas las pruebas ya practicadas. (STS de 7 de noviembre de 2002; ha lugar.)

NOTA.—Llama la atención que ambas sentencias de instancia habían desestimado las acciones cumulativamente ejercitadas por quien pretende ser padre de un hijo extramatrimonial ya reconocido por la madre. Formalmente no hay nada que oponer a la sentencia extractada (Pte.: Auger Liñán), pues resulta palmaria la contradicción de intereses entre la madre (dispuesta a todo trance a mantener el secreto de la paternidad de su hijo) y el derecho de este último a conocer la verdad biológica. Pero lo importante es conocer el trasfondo que los escuetos fundamentos de derecho no desvelan: ¿se trata de una madre soltera que ha rehecho su vida y ha dado un padre legal a su hijo, viviendo pacíficamente y sin ajenas interferencias? ¿o se trata más bien de un caso-típico de madre que ha ido huyendo del padre de su hijo, ocultándole el nacimiento de la criatura, hasta que ha sido descubierta —digamos— por el oficio de investigadores privados? En no pocos países de nuestro entorno el padre extramatrimonial tiene dificultado el acceso a la paternidad cuando no hay, por su parte, posesión de estado. Y ello parece razonable para mantener la paz de un hogar en el que ambos progenitores han construido una paternidad social a medias sobre la biológica. Tal parece ser el régimen diseñado en el artículo 140 CC que una reiterada jurisprudencia —*contra legem?*— ha dejado sin efecto.

Sorprende que la sentencia no mencione el derecho del menor a ser oído, regulado por el artículo 9.º de la Ley de 1996, concebido

con mayor amplitud que la intervención del defensor judicial, pues prevé la intervención personal del menor cuando tenga suficiente juicio. Dada la devolución de los autos a la Audiencia Provincial es previsible que tardará algunos años más antes de que eventualmente resuelva definitivamente el TS, es decir, cuando el menor haya alcanzado la adolescencia, o, acaso, la mayoría. Por cierto que la intervención del defensor judicial debiera preverse, no sólo en relación con las pruebas que él proponga, sino también en relación con las demás pruebas ya practicadas, pues acaso tuviera algo que decir en cuanto a su resultado. (G. G. C.)

**51. Filiación no matrimonial: defectos procesales causantes de indefensión al demandado en trámite de apelación.**—En el trámite del recurso de apelación se cometieron infracciones procesales que privaron al demandado el poder comparecer en la vista del recurso con Letrado, lo que le ha causado indefensión manifiesta; en efecto, se ha infringido su derecho a la defensa, ya que, no obstante estar personado en el recurso, ni se le ha dado el trámite de instrucción ni se le ha convocado a la celebración de la vista, la que se ha celebrado sin asistencia de su Letrado. La causa se debió a un error del órgano jurisdiccional, ya que el escrito de la parte ahora recurrente, presentado en la Audiencia Provincial, fue turnado a otra sección, por no contener la fecha de la sentencia recurrida. Es conocida la doctrina del TC en el sentido de que no se vulnera el artículo 24 CE cuando la indefensión alegada se debe, en realidad, a la pasividad, desinterés, negligencia, error técnico o impericia de las partes o de los profesionales que los representan o defienden; sin embargo, en el caso de autos la indefensión se ha producido por la falta de comunicación del Tribunal con la parte personada, por el conducto del Procurador, en atención a que había comparecido en el recurso de apelación representado por el profesional correspondiente, por lo que tenía la legítima expectativa de ser notificado por el Procurador que le representa, y no en estrados, de cualquier actuación posterior a su personación; en el presente caso, la actuación irregular del órgano privó al apelado de la posibilidad de defender sus intereses en la segunda instancia, de la resolución recurrida, que habiendo sido favorable en primera instancia, fue revocada en apelación sin haber tenido posibilidad la parte recurrida de defenderla en el acto de la vista. Aunque haya podido concurrir una cierta negligencia de los profesionales intervinientes, la causa eficiente del resultado de la indefensión ha sido la actuación del órgano judicial, que ha mantenido el escrito con la diligencia de presentación estampada en el mismo, sin haber proveído sobre lo petitionado en el mismo. (STS de 18 de enero de 2003; ha lugar.)

NOTA.—La acción de reconocimiento de filiación no matrimonial se ejercita por la madre respecto de un menor nacido el 2 de mayo de 1988, inscrito como hijo reconocido suyo en el Registro Civil, frente al que considera ser el padre de aquél, solicitando, además, una pensión de 75.000 pesetas mensuales en concepto de alimentos. En 1992, el Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda, pero la Audiencia Provincial en sentencia de 1995, revocando aquella, declara que el menor es hijo no matrimonial del demandado; según parece, éste se había negado a la práctica de la prueba biológica, si bien su recurso de casación se basa en defectos

procesales causantes de indefensión, motivo acogido por la sentencia extractada. Es correcta la decisión de retrotraer las actuaciones al momento en que se produjo el defecto denunciado, pero cabe preguntarse si el probable recurso de casación que se interponga en el futuro será resuelto por el TS antes del año 2006, en que el menor alcanza la mayoría. No puede satisfacer la lentitud de este caso y la similar que también se denuncia en el caso resuelto por STS de 7 de noviembre de 2002, en este mismo *ADC*. (G. G. C.)

**52. Sociedad de gananciales: derecho transitorio: compra con precio aplazado realizada antes de la reforma de 1981: piso pagado en parte con bienes privativos y en parte con bienes gananciales.**—Se estima el recurso porque la Audiencia Provincial ha aplicado indebidamente el criterio de esta Sala manifestado en su sentencia de 31 de octubre de 1989, que considera ganancial el bien adquirido en vísperas de contraer matrimonio, corriendo el precio aplazado a cargo de la sociedad de gananciales, pues no se aprecia una razón de identidad entre los dos supuestos fácticos. Es cierto que en el caso litigioso la fecha de adquisición (octubre de 1971) es casi concomitante con la del matrimonio (diciembre de 1971); pero antes del matrimonio, es decir, antes de que existiese la sociedad de gananciales, vencieron dos letras, y después de la extinción de la misma dos años después, por separación de hecho de la actora, se siguieron pagando mensualmente por el demandado letras hasta el cumplimiento de la obligación por el precio aplazado.

**Carácter de bien privativo.**—Conforme a la normativa anterior a la reforma de 1981, el piso se adquirió en octubre de 1971, con anterioridad al matrimonio, celebrado en diciembre siguiente; nada tiene que ver que el pago de varias letras en que se documentó el precio aplazado se hiciera una vez vigente la sociedad de gananciales y con sus fondos, lo que determinará un crédito por su importe total contra el titular, pero en modo alguno condiciona la adquisición de la propiedad que se rige por el artículo 609 CC que exige para ello no sólo el contrato, sino su entrega o *traditio*; la misma existió pues el piso fue hogar común desde el inicio del matrimonio hasta la separación de hecho; nada se ha argumentado en contrario; según la Audiencia Provincial la adquisición del piso se ha de presumir que se hizo por razón de matrimonio, pero ello nada obsta a que la sociedad de gananciales no comenzase hasta la celebración del matrimonio; por tanto, nada pudo adquirir la sociedad de gananciales con anterioridad a su constitución, ni mucho menos es admisible que los plazos que hasta entonces corrieron se satisficiesen con cargo a los fondos de la sociedad. Nada se ha probado sobre una presunta donación de dinero del padre de la actora a la misma para que se pagasen las letras, ni que aquel lo hiciese directamente, de ahí que haya de considerarse que fue el aceptante de las cambiales quien las pagó.

**Matrimonio disuelto por divorcio: previa separación de hecho consentida durante varios años: extinción del régimen de gananciales.**—El demandado, ex esposo de la actora, solicita en reconvencción que se declare el carácter privativo del piso, lo que procede según las anteriores consideraciones, sin perjuicio del derecho de la sociedad de gananciales al reintegro de las cuotas mensuales abonadas durante el período de convivencia efectiva, que fue aproximadamente de dos años. Es reiterada la doctrina de esta Sala de que la separación de hecho consentida quiebra la base de la sociedad de gananciales,



por lo que, desde que se produce, dejan de existir bienes comunes sujetos a la normativa de dicha sociedad; por tanto, demostrado en autos que las letras mensuales por precio aplazado del piso se hicieran efectivas durante el matrimonio en situación de convivencia, en el haber de la sociedad de gananciales ha de incluirse el importe de tales letras como crédito de la misma contra el demandado-reconviniente. (STS de 4 de diciembre de 2002; ha lugar.)

NOTA.—El supuesto de hecho de la STS de 31 de octubre de 1989 (Consejo General del Poder Judicial. Jurisprudencia del TS, cuarto trimestre 1989, núm. 785, pp. 454 ss.) parece coincidir con el de la aquí extractada, aunque, más bien, lo que parece claro es la clara voluntad de esta última sentencia (Pte. Gullón Ballesteros) de separarse de aquella interpretación jurisprudencial. En aquel caso, el marido, en estado de soltero, adquiere el piso el 28 de julio de 1975, constituyendo hipoteca sobre el mismo, contrayendo matrimonio el 20 de diciembre de 1975, abonándose las amortizaciones de los créditos hipotecarios con bienes gananciales; parece que la convivencia matrimonial ha durado por más tiempo que en el presente, dictándose en septiembre de 1985 la sentencia del Juzgado de Primera Instancia. No se explican, sin embargo, las razones por las que se aplicó al caso la normativa de la reforma de 1981 (art. 1354, párr. 2.º).

Es sabido que lo dispuesto en el artículo 1357 CC párr. 2.º constituye una rigurosa novedad de la reforma, respecto de la cual la doctrina no se muestra unánime (así, Pretel Serrano, *Com. Min. Justicia*, II, pp. 674 s.), por lo cual no hay razones de peso para aplicarlo retroactivamente. Es de agradecer el esfuerzo clarificador de la sentencia extractada. (G. G. C.)

**53. Parejas de hecho. Inaplicación del régimen económico-matrimonial.**—Las uniones extramatrimoniales constituyen una realidad no asimilable al matrimonio. No se acepta la igualdad o asimilación al matrimonio, sino que se trata de proteger a la parte que ha quedado perjudicada por razón de la convivencia y se pretende evitar el perjuicio injusto para el más débil.

**Mecanismos de reparación.**—A la parte más débil se le ha reparado generalmente acudiendo a distintas reglas: estimando que se ha producido una responsabilidad extracontractual o enriquecimiento injusto, o concediendo una pensión compensatoria o apreciando la existencia de una comunidad de bienes.

**Inexistencia de comunidad de bienes.**—En el presente caso, no se estima necesario acudir a la consideración de una comunidad, cuyas cuotas se presumirían iguales, pues ello sería tanto como imponer a una convivencia *more uxorio* la normativa de una comunidad de gananciales, o, más bien, de una comunidad incluso más amplia que la ganancial. Decía la STS de 21 de octubre de 1992 que: «no cabe la posibilidad de considerar que toda unión paramatrimonial, por el mero y exclusivo hecho de iniciarse, haya de llevar aparejado el surgimiento automático de un régimen de comunidad de bienes (llámese gananciales, sociedad universal de ganancias, condominio ordinario o de cualquier otra forma), sino que habrán de ser los convivien-

tes interesados los que, por su pacto expreso o por sus *facta concludentia*, los que evidencien que su inequívoca voluntad fue la de hacer comunes todos o algunos de los bienes adquiridos durante la duración de la unión de hecho».

**Principios generales del Derecho. Enriquecimiento injusto.**—«Se trata de una situación que, como se ha apuntado, es de trascendencia jurídica, derivada de una situación de hecho no regulada por ley, ni, desde luego, por costumbre. Con lo que es preciso acudir a los principios generales del derecho, última fuente formal del sistema de fuentes del Ordenamiento Jurídico [...]. Y el principio general ha sido ya apuntado, y no es otro que el de protección al conviviente perjudicado por la situación de hecho; principio que deriva de normas constitucionales, de normas de Derecho privado [...].»

La STS 10 de marzo de 1998 decía: «la sentencia de instancia ha inaplicado incorrectamente el artículo 96 CC y la doctrina jurisprudencial, pero no porque sea aplicable directamente, ni por analogía, sino porque es aplicable el principio general que se deduce de esta y de las demás normas citadas, principio general consistente en la protección al conviviente perjudicado». (STS de 17 de enero de 2003; ha lugar en parte.)

**HECHOS.**—Entre los años 1973 y 1992, aunque con diversas interrupciones, J. M. J. y A. M. D. convivieron *more uxorio*. En el año 1992 los litigantes suscribieron un acuerdo en el que, además de poner fin a la referida convivencia de hecho, fijaron, a cargo de don J. M. J. el pago de una pensión mensual de 40.000 pesetas para el sostenimiento y atenciones del hijo común menor de edad y la obligación de facilitar a doña A. M. D. una vivienda donde fijarsu domicilio por un período de ocho años. No obstante, doña A. M. D. solicitó al Juzgado que se dictara sentencia en la que se declarase, de manera subsidiaria, la existencia de una comunidad de bienes, de un régimen de participación, o de una sociedad de gananciales; y que, declarada la misma, se procediese a su disolución y liquidación, asignando a cada parte la mitad del valor de los bienes contemplados en el escrito de demanda. El juzgado desestimó en su totalidad la demanda y la Audiencia confirmó en su integridad la resolución de instancia. El TS declaró haber lugar al recurso de casación, y estimó parcialmente la pretensión.

**NOTA.**—El TS considera que la sentencia recurrida ha infringido los artículos 3.1 y 4.1 CC al no interpretar la normativa conforme a la realidad social, ni apreciar la analogía *iuris* que da lugar a la aplicación de los principios generales del Derecho. De acuerdo con esta interpretación, el Tribunal otorga a la demandante una indemnización evitando el perjuicio injusto que ha sufrido, y ello con base en la institución del enriquecimiento injusto, que es expresión de un principio general.

El fundamento de la acción de enriquecimiento injusto no se recoge en ningún texto legal, sino en el principio de equidad según el cual nadie puede enriquecerse a costa de otro.

En la jurisprudencia española, la STS 11 de diciembre de 1992 constituye el primer pronunciamiento que admitió la existencia del

enriquecimiento injusto en estas situaciones. En algunas sentencias posteriores (Véanse entre otras, SSTs de 22 de julio de 1993 y de 24 de noviembre de 1994 y SAP Gerona de 15 de diciembre de 1999) se rechazaron tales pretensiones pero la STS de 27 de marzo de 2001 dio un nuevo giro a la doctrina y aunque admitió la procedencia de una prestación compensatoria con base en la doctrina del enriquecimiento injusto, advirtió que se habría llegado al mismo resultado aplicando el ya citado principio general de protección al conviviente perjudicado. La tendencia actual de la jurisprudencia, al menos en el plano teórico, es ampliar progresivamente el ámbito de aplicación del enriquecimiento injusto, que se convierte así en un recurrente mecanismo de liquidación de las relaciones patrimoniales entre convivientes, aunque en la práctica los órganos judiciales se muestran muy estrictos a la hora de apreciar su existencia [Aurora López Azcona, *La ruptura de las parejas de hecho (análisis comparado legislativo y jurisprudencial)*, Navarra, Aranzadi, 2002, p. 76]. (E. C. V.)

## DERECHO DE SUCESIONES

**54. Partición de la herencia: rendición de cuentas.**—En virtud de la jurisprudencia del TS (SSTs de 9 de junio de 1928, 30 de octubre de 1976 y 30 de septiembre de 1994), así como del tenor del artículo 1063 CC, los coherederos tienen la obligación recíproca de abonarse en la partición los frutos y las rentas que cada uno de ellos hubiera percibido de los bienes hereditarios. Por este motivo, cualquiera que sea el título de posesión de los bienes de la herencia (por ejemplo, la explotación de un bar), sobre los interesados recae la obligación ineludible de rendir cuentas a los demás partícipes (resto de coherederos) de los productos que se derivasen de dichos bienes hereditarios. (STS de 17 de diciembre de 2002; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Doña G. M. M., doña C. M. M., doña M.<sup>a</sup> L. M. M., doña R. M. M. y don M. M. M. demandaron a don L. M. M. en juicio declarativo de menor cuantía sobre división de herencia, solicitando se produzca la venta judicial de determinados bienes hereditarios (un solar y un negocio de bar), y que se rindan cuentas del negocio familiar que el demandado venía explotando desde el fallecimiento del causante.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda, acuerda la venta judicial de los bienes pertenecientes a los actores y al demandado, y condena a este último a que rinda cuentas del negocio familiar a los actores desde la fecha del fallecimiento del causante. Interpuesto recurso de apelación por el demandado, la Audiencia Provincial lo desestima, confirmando la resolución de instancia. El TS, en casación, confirma dicha sentencia apelada y declara no haber lugar al recurso interpuesto. (S. E. M.)

**DERECHO MERCANTIL**

**55. Prueba de los daños causados por lesión del derecho de exclusiva.**—Reiterada jurisprudencia del TS (entre otras, las SSTS de 21 de abril de 1992, 26 de noviembre de 1999 y 5 de abril de 2000) considera que el artículo 63 de la Ley de patentes no impone unos efectos indemnizatorios automáticos por el mero hecho de constatar la violación de un derecho de exclusiva. Es necesario, en todo caso, que el acreedor de dicho derecho pruebe la existencia efectiva de los daños cuya indemnización reclama, o que aporte, en su caso, los datos fácticos necesarios para poder inducir de forma racional y lógica la existencia de tales daños. (STS de 25 de octubre de 2002; no ha lugar).

**HECHOS.**—Saplex, S. A., titular del modelo de utilidad de rollos de suministro de bolsas plegadas, goza de licencia exclusiva para su fabricación, importación y comercialización. Dicha empresa interpone una demanda en juicio declarativo ordinario de menor cuantía contra las entidades mercantiles Ceyplast, S. L., Almonplast, S. A., Industrial de Polímeros y Reciclados, S. A., Microplast, S. A. y Josami, S. A. La demandante solicita que se declare que ella es la titular del derecho de exclusiva sobre los rollos de suministros de bolsas plegadas, que dichas empresas dejen de fabricar dichos productos y que se la indemnice por los daños causados.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda. Interpuesto recurso de apelación por Microplast, S. A. y por Industrial de Polímeros y Reciclados, S. A., la Audiencia Provincial estima en parte el recurso, liberando a los recurrentes del pago de la correspondiente indemnización. El TS, en casación, declara no haber lugar al recurso interpuesto por la mercantil demandante y confirma la sentencia de la Audiencia. (S. E. M.)

**56. No constituye una práctica de competencia desleal el mero hecho de vender los libros de texto con la entrega de obsequios o premios.**—La venta de libros de texto con premio no implica necesariamente competencia desleal derivada del artículo 8 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal, ni comporta ventaja competitiva en el mercado a efectos del artículo 15 del mismo cuerpo legal. Por su parte, el mantenimiento del precio fijo para la venta de libros normales al por menor establecido en la Ley 9/1975, de 12 de marzo, del libro, debe ser entendida dentro del respeto al principio de libre competencia, tal y como se establece en el preámbulo del Real Decreto 484/1990, de 30 de marzo, sobre el precio de venta al público de libros.

Efectivamente, no queda prohibida la entrega de obsequios al contratar, siempre que los beneficios derivados de dicha entrega no liguen al consumidor a un compromiso ulterior. (STS de 30 de octubre de 2002; ha lugar.)

**HECHOS.**—La Asociación de Libreros de Cartagena y su comarca formuló demanda contra Hipermercados Pryca, S. A. en

la que se solicitaba la declaración como competencia desleal la venta de libros de texto con un 25 por 100 de descuento, la prohibición de prácticas similares en el futuro, indemnización de daños y perjuicios a la parte actora, y la condena a publicar a costa de la demandada la sentencia de instancia (de resultar condenatoria) en un determinado periódico local.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda formulada por la *Asociación de Libreros*. En grado de apelación, la Audiencia Provincial estima parcialmente el recurso y declara la competencia desleal, prohibiendo además a la demandada el desarrollo de similares campañas futuras. El TS declara haber lugar al recurso de casación confirmando asimismo la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia. (*J. D. S. C.*)

**57. Seguro marítimo de barco en desguace para dedicarlo a Sala de fiestas: hundimiento tras fuerte temporal por falta de medidas de seguridad del propietario.**—El hundimiento del buque *Reggio* amarrado en el puerto de Barcelona y tras varias obras de transformación con vistas a convertirlo en Sala de fiestas flotante, luego paralizadas, el 12 diciembre de 1991 por causa de fuerte temporal se hundió por diversas causas concurrentes, tales como la falta de estabilidad transversal al haber sido desguazado, originando la situación de vulnerabilidad, con aumento de su permeabilidad exterior, lo cual, al haber sido voluntario, debió ser tenido en cuenta a la hora de adoptar las medidas de seguridad pertinentes, adecuadas al estado del objeto asegurado en el momento de la vigencia del contrato de seguro; las medidas consistentes en haber contratado vigilancia para el buque y en la compra de una bomba de achique, no pueden estimarse suficientes en el sentido de «agotar la diligencia para prevenir el siniestro», no habiéndose acreditado suficientemente en qué consistía esa vigilancia ni la cualificación de las personas contratadas; desde que empezaron las fuertes lluvias hasta el hundimiento no se practicó actividad alguna tendente a paliar los efectos del temporal e, incluso, consta que en el momento del hundimiento no había personal alguno de vigilancia. No resulta imprevisible que durante el tiempo en que el buque permaneció en el muelle España del Puerto de Barcelona después de su desguace, desde noviembre de 1990 hasta el 12 de diciembre de 1991, se habría de producir algún fenómeno atmosférico capaz de producir, por su intensidad o persistencia, la inundación del buque, dadas las amplias cesáreas abiertas en su cubierta y que permitían el paso del agua sin impedimento alguno, lo que aumentaría los efectos de la permeabilidad exterior causada por el desguace, lo que obligaba a adoptar todas las medidas necesarias y suficientes para evitar el hundimiento.

**Nexo causal.**—Es de apreciar la existencia de un nexo causal entre la conducta culposa imputada a la propietaria del buque y el daño producido, el hundimiento del mismo, sin que tal nexo se vea roto por las fuertes lluvias caídas, pues si estas eran imprevisibles en cuanto al momento concreto en que se produjeron, no era, por el contrario, imprevisible que se produjeran en algún momento durante los largos meses que permaneció el buque en la situación resultante del desguace, como tampoco era imprevisible que de producirse ese fenómeno meteorológico se inundase el mismo.

**Exoneración de la aseguradora.**—Procede decretar la exoneración de la obligación de indemnizar, de acuerdo con la estipulación contenida en el párrafo final del artículo 2.º de las condiciones generales de la póliza concertada (STS de 5 de diciembre de 2002; ha lugar). (G. G. C.)

**58. Contenido del derecho de información del accionista (art. 112 LSA).**—Constituye una clara vulneración del derecho de información del socio tanto la negativa del Presidente del Consejo de Administración a facilitarle cualquier tipo de información, como el hecho de dar dicha información de forma extemporánea, aludiendo a que los datos que se solicitan constan en el Registro Mercantil. El derecho de información debe verse satisfecho por la sociedad, cuando sea posible, sin necesidad de que el socio tenga que realizar ningún tipo de indagación por cuenta propia.

Por otro lado, la información relativa a los informes de auditoría de los ejercicios sobre los que se han de adoptar acuerdos exige la mayor claridad y transparencia por parte de los administradores. La falta de información al respecto impide que el socio pueda disponer de los datos necesarios para formar su juicio y expresar su voluntad mediante el voto en la Junta correspondiente. (STS de 12 de diciembre de 2002; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Don J. L. Ll. interpone recurso ordinario de menor cuantía contra la entidad mercantil *Productos Churrucá, S. A.* sobre impugnación de acuerdos sociales, solicitando se declare la nulidad de los acuerdos adoptados por la Junta General, así como la de todos aquellos que se adopten con posterioridad por la sociedad demandada y que traigan causa del acuerdo impugnado.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda y absuelve a la entidad mercantil demandada de todas las pretensiones de la demanda. Posteriormente, en apelación, la Audiencia Provincial estima el recurso interpuesto por el demandante, estimando la demanda y declarando la nulidad de los acuerdos adoptados, así como de los posteriores que traigan causa de aquel. Interpuesto recurso de casación por la mercantil demandada, el TS declara no haber lugar al mismo y confirma la sentencia dictada por la Audiencia. (S. E. M.)

**59. El derecho de información del socio: momento en el que se considera cumplido (art. 112 LSA).**—El accionista de una sociedad anónima tiene derecho a solicitar por escrito antes de la celebración de la Junta, o verbalmente en el transcurso de la misma, todos los informes y aclaraciones que estime pertinentes, siempre y cuando sean relativos a los asuntos previstos en el orden del día. El TS afirma que para determinar cuándo los administradores cumplen con esta obligación tendremos que ver la mayor o menor complejidad de las cuestiones planteadas por el socio. A veces, una información elemental será suficiente para entender cumplida esta obligación. En otros casos será necesaria una respuesta más exhaustiva, que puede no realizarse verbalmente en el momento del desarrollo de la Junta para no entorpecer el normal desarrollo de la misma. En los casos de cuestiones de mayor complejidad, el TS considera que el accionista debe

ejercitar su derecho a solicitar la información por escrito antes de la celebración de la Junta, ya que muchas veces la propia entidad de las cuestiones planteadas impide que los administradores puedan informar debidamente de forma verbal.

**Prueba pericial: valoración en casación.**—Tan sólo es posible llevar a cabo una nueva valoración de los informes periciales en casación cuando el recurrente, al que dicho informe perjudica, demuestre que este se ha realizado vulnerando las reglas de la sana crítica (arts. 1243 CC y 636 LEC). En caso contrario, el TS deberá respetar la soberanía de la instancia al respecto. **(STS de 16 de diciembre de 2002; no ha lugar.)**

HECHOS.—Doña. M.<sup>a</sup> E. S. P. interpone demanda contra la entidad mercantil *Fibras Nacionales y Extranjeras, S. A. (FINESA)*, sobre impugnación de acuerdos sociales.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda y declara la nulidad de los acuerdos adoptados en la Junta General Ordinaria de accionistas. Interpuesto recurso de apelación por la mercantil demandada, la Audiencia Provincial lo desestima. En casación, el TS declara no haber lugar al recurso interpuesto y condena en costas a la sociedad recurrente. *(S. E. M.)*

**60. Responsabilidad de los administradores en una sociedad anónima.**—La acción que se deriva de los artículos 133.1.º y 135 LSA contra los administradores sociales puede ser ejercitada por los acreedores de la sociedad con relación a los daños causados por los primeros al llevar a cabo actos contrarios a la Ley, Estatutos sociales o los realizados con negligencia. Esta diligencia se establece de un modo objetivo tomando como referencia la de un «ordenado empresario» y un «representante leal», según la propia Ley de sociedades anónimas, en su artículo 127.

Sin embargo, para que se derive responsabilidad por parte de los administradores de una sociedad es necesaria la relación causal entre una conducta antijurídica o culposa por parte del administrador (que además ha de actuar en concepto de tal administrador) y el daño provocado (SSTS de 28 de junio de 2000 y 27 de noviembre de 1999). Este nexo no existe cuando no hay relación entre la conducta realizada por el administrador y la situación de déficit económico de la sociedad. En éste sentido, tampoco puede alegarse la mera insolvencia de la sociedad para fundamentar la responsabilidad de los administradores cuando estos han actuado con la suficiente diligencia.

Asimismo, si el acreedor conoce la infracapitalización de la sociedad en el momento de contratar, no puede pretender ulteriormente dirigirse contra los administradores de aquella (STS de 20 de julio de 2001). **(STS de 30 de diciembre de 2002; no ha lugar.)**

HECHOS.—La actora Daorje, S. A. interpone demanda contra Quinasa y don T. M. S. (administrador de esta) solicitando que se condene a los demandados al pago solidario de una cantidad de dinero, más el interés legal. La actora trata de repetir contra Quinasa el pago de los salarios pendientes de abono a los traba-

jadores, a los cuales tuvo que hacer frente aquella en virtud del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores.

El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda en el sentido de condenar a Quinasa y absolver al otro codemandado. La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación formulado por el actor confirmando la sentencia de instancia. El TS declara no haber lugar al recurso de casación. (J. D. S. C.)

## DERECHO PROCESAL

**61. Subasta: error en la redacción de los edictos.**—La subasta es una venta pública y, como tal, para ser efectiva, requiere que la publicidad que de ella se realice cumpla estrictamente los requisitos legales. Los errores en la redacción de los edictos relativos a la fecha de celebración de la subasta y demás condiciones de la misma son errores graves, ya que impiden que las personas interesadas en concurrir a dicha subasta puedan hacerlo. Este tipo de errores considera el TS que son insubsanables, ya que afectan a un presupuesto procesal que incide en el orden público (en este sentido, las SSTS de 9 de marzo de 1992 y 20 de diciembre de 1993). Al órgano judicial le corresponde la obligación de velar por el buen funcionamiento del procedimiento. Por ello, el conocimiento por parte de los posibles interesados de la existencia de este tipo de errores no exime a los órganos judiciales de la citada obligación, en virtud de la cual deberán adoptar las medidas convenientes para corregir las anomalías existentes.

**Cauce procesal adecuado.**—A pesar de que reiterada jurisprudencia del TS (por todas, STS de 23 de noviembre de 1994) sostiene que tan sólo es posible fundamentar en casación la infracción de normas de Derecho privado en virtud del artículo 1692.4.º LEC, y que la infracción de normas procesales debe ir por la vía del artículo 1692.3.º LEC, el TC mantiene un criterio flexible, en armonía con el principio *pro actione* y el derecho a la tutela judicial efectiva, que permite admitir el análisis de determinadas cuestiones, a pesar de que la mención del apartado del citado artículo en el recurso no sea formalmente la adecuada. (STS de 30 de diciembre de 2002; ha lugar.)

**HECHOS.**—La entidad *Caja General de Ahorros de Canarias* en procedimiento ejecutivo contra don D. P. R. y doña C. D. M. C. señaló las fechas de las subastas de tres fincas hipotecadas. No obstante, en los edictos para el anuncio de las mismas se constata un error respecto a la fecha de la subasta de la segunda finca, y otro respecto al número de finca a subastar. Don D. y doña C. D. interponen una demanda contra la citada entidad mercantil solicitando se declare nulo el edicto correspondiente como consecuencia de los errores insubsanables sufridos.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda, y declara nulo dicho edicto librado en el juicio hipotecario, y determina que se retrotraigan los autos al momento procesal inmediato anterior al



error producido. Apelada dicha sentencia de instancia, la Audiencia Provincial la revoca íntegramente y desestima de igual forma la demanda. Los actores interponen recurso de casación, y el TS declara haber lugar al mismo, ratificando íntegramente la sentencia de instancia.

NOTA.—Tras la entrada en vigor de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, los fundamentos del recurso de casación se regulan en el artículo 477.1.º. Dicho artículo establece que «el recurso de casación habrá de fundarse como motivo único en la infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso». De esta forma se suprimen los demás motivos que anteriormente contemplaba el artículo 1692, y que, por referirse a irregularidades procesales, servirán ahora para fundamentar la interposición del recurso extraordinario por infracción procesal (arts. 466 ss.). Por último, si comparamos el actual artículo 477.1.º con el tenor del anterior artículo 1692.4.º, la infracción de jurisprudencia ha sido suprimida como motivo específico de casación. (S. E. M.)

