

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO LVII, FASCÍCULO III

Julio-septiembre, 2004



MINISTERIO
DE JUSTICIA

MINISTERIO
DE LA PRESIDENCIA



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	
Encarna ROCA: «Resarcir o enriquecer. La concurrencia de indemnizaciones por un mismo daño»	901
Sergio CÁMARA LAPUENTE: «Los sistemas registrales en el marco del Derecho privado europeo: reflexiones comparatistas sobre la inscripción registral como formalidad de los contratos»	929
Bruno RODRÍGUEZ-ROSADO: «Cobro de lo indebido, tradición y usucapión. (Estudio de los artículos 464 y 1897 del Código Civil y 35 de la Ley Hipotecaria)»	1003
Silvia TAMAYO HAYA: «El contrato de transacción: principales líneas de su evolución histórica»	1105
Carlos Alberto SOTO COÁGUILA: «La contratación masiva y la crisis de la teoría clásica del contrato»	1147

Bibliografía

LIBROS

- GONZÁLEZ BEILFUSS, Cristina: «Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo en la Unión Europea», por Susana Espada Mallorquín ... 1187
- VÉRGEZ SÁNCHEZ, Mercedes: «La protección del Consumidor en la Ley de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo», por Juan David Sánchez Castro 1192
- VV. AA.: «Código Europeo de Contratos: Comentarios en homenaje al prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos», por María Paz García Rubio 1195

REVISTAS ESPAÑOLAS

- Por Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI y Juan David SÁNCHEZ CASTRO 1201

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

SENTENCIAS

- A cargo de: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ; Colaboran: Margarita CASTILLA BAREA, María del Carmen CRESPO MORA, Ignacio DÍAZ DE LEZCANO, Nicolás DÍAZ DE LEZCANO, Rocío DIÉGUEZ OLIVA, Susana ESPADA MALLORQUÍN, Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI, Miriam DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, Gabriel GARCÍA CANTERO, Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ, Ainhoa GUTIÉRREZ BARRENENGOA, Carmen JEREZ DELGADO, Javier LARENA BELDARRAIN, Sebastián LÓPEZ MAZA, María del Carmen LUQUE JIMÉNEZ, Andrea MACÍA MORILLO, Óscar MONJE BALMASEDA, Carlos ORTEGA MELIÁN, Máximo Juan PÉREZ GARCÍA, Luis Felipe RAGEL SÁNCHEZ, Lis SAN MIGUEL PRADERA, Paloma SABORIDO SÁNCHEZ, Juan David SÁNCHEZ CASTRO, Laura ZUMAQUERO GIL 1245

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

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

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

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

Periodicidad: Trimestral

Precio de suscripción: 77,00 € (más gastos de envío).

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

ADMINISTRACIÓN

Ministerio de Justicia

(Centro de Publicaciones)

c/ San Bernardo, 62. 28015 MADRID

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

VENTA, DISTRIBUCIÓN Y SUSCRIPCIONES

Librería del Boletín Oficial del Estado

c/ Trafalgar, 27. 28071 MADRID

Tel.: 902 365 303

Fax: (91) 538 21 21

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO LVII, FASCÍCULO III
Julio-septiembre, 2004

MINISTERIO DE JUSTICIA
Secretaría General Técnica



MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA
Boletín Oficial del Estado

MADRID, 2005

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

NIPO (BOE): 007-05-026-0
NIPO (M. de Justicia): 051-05-011-6
ISSN: 0210-301X
Depósito legal: M-125-1958

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

Resarcir o enriquecer. La concurrencia de indemnizaciones por un mismo daño *

ENCARNA ROCA

Catedrática de Derecho civil
Universidad de Barcelona

I. INTRODUCCIÓN

Los temas de responsabilidad civil se han convertido en el objeto de estudio de los profesores de Derecho civil y no sólo de ellos: los administrativistas consideran que la parte de la Ley 30/1992 que regula la responsabilidad, aquí denominada *patrimonial* de las Administraciones Públicas, les pertenece casi en exclusiva. Cuando por las razones que se verán a lo largo de este trabajo un mismo daño puede ser objeto de indemnizaciones que provienen de distintas fuentes, las discusiones se multiplican, sin que la jurisprudencia haya resuelto de manera definitiva el problema. Aquí se mezclan distintas cuestiones: la compatibilidad entre reclamaciones en la vía laboral y en la civil por la responsabilidad de los empresarios; reclamaciones en la vía administrativa y en la vía civil; el problema del aseguramiento de la responsabilidad de las Administraciones Públicas y un largo etcétera que podría llevarnos muy lejos y debo decir que no es esta mi intención en esta ocasión.

Este artículo pretende ser sólo una reflexión en el tema de la acumulación y compatibilidad de indemnizaciones. No pretendo estudiar los seguros o la responsabilidad patrimonial. Sólo quiero plantear el problema y ver de llegar, si es posible, a una conclusión que pueda ser útil para permitir explicar el porqué de las soluciones

* Este artículo constituye un homenaje al profesor Albaladejo, en reconocimiento a su larga y acreditada carrera jurídica. El artículo quedó cerrado el mes de febrero de 2004.

a que la legislación y la jurisprudencia llegan. Si es posible o no, lo veremos a lo largo de estas páginas.

El hecho del daño que provoca la reclamación de indemnizaciones por los perjuicios que se hayan sufrido puede, por tanto, no mostrarse aisladamente en el mundo jurídico. Puede suceder y de hecho pasa con mucha frecuencia, que un mismo daño sea objeto de compensaciones que provienen de fuentes diferentes. Pensemos en algunos ejemplos: una víctima muy previsora y prudente contrata seguros de diferentes tipos para cubrir los daños que otros, incluida la Administración Pública, pueden producir en su persona o en sus bienes. Otro ejemplo nos lo proporcionan las relaciones jurídicas que gozan de un sistema de aseguramiento, independiente incluso de la voluntad de los implicados en la relación, como ocurre con la Seguridad Social; los seguros sociales resarcan los daños que puedan ocasionarse en el curso de la relación laboral. Otro ejemplo, finalmente, deriva de aquellas situaciones que dan derecho a reclamar determinadas compensaciones a la Administración Pública, como ocurre con las acordadas a las víctimas del terrorismo, a las de la SIDA o el VIH. Se puede objetar que el Estado no tiene por qué afrontar determinado tipo de indemnizaciones; el caso del envenenamiento por aceite de colza desnaturalizado resulta paradigmático, ya que aquí la pregunta obvia es: ¿por qué debe indemnizar el Estado cuando el responsable es alguien que después ha desaparecido, dejando sus responsabilidades sin afrontar? Recuerdo aquí que la sentencia de 23 de septiembre de 1997 (Sala Tercera) utiliza unos argumentos alarmantes, pero significativos:

«Si ese acuerdo de reducir las responsabilidades civiles carece de un verdadero sostén legal, lo mismo sucede si nos atenemos a la idea meta-jurídica de la “solidaridad” social que en el caso que nos ocupa ha de ser tenida muy en cuenta a esos efectos indemnizatorios dadas las circunstancias antecedentes que concurren en lo sucedido. En efecto, nos hallamos ante un supuesto de catástrofe nacional (más de 30.000 afectados entre muertes, invalideces y lesiones de todo tipo) en que el Estado pudo y debió afrontar con las consecuencias indemnizatorias suficientes para compensar y resarcir a los afectados de sus consecuencias, como en múltiples ocasiones ha venido haciendo en supuestos, por ejemplo, de inundaciones, sequías, etc., sin esperar a que los Tribunales decidan sobre posibles responsabilidades penales. Es más, esta obligación del Estado se presenta con mayor evidencia en el supuesto del envenenamiento por consumo de aceite de colza si tenemos en cuenta y nos fijamos que la “catástrofe” no tiene su raíz en supuestos de caso fortuito o fuerza mayor, sino que en realidad su causa primaria no fue otra que la política mercantil del propio Estado en orden a la importación de ese aceite, que trató de proteger la producción y venta de los aceites nacionales evitando la importación del aceite de colza para fines

comestibles debido a que tal aceite (o su semilla) aquí no se producía, y sólo aceptando su importación para usos industriales previa su desnaturalización, o, lo que es lo mismo, previo su envenenamiento. Por ello, más que nunca, el Estado, aparte su obligación jurídica, no puede evitar su obligación moral de indemnizar a los afectados en las cuantías señaladas en la sentencia, pero no en el 50 por 100 de las mismas, sino en su totalidad.»

En alguna de las situaciones antes aludidas podemos encontrar una ley que determine el alcance de los derechos de las personas que pueden reclamar las indemnizaciones acordadas legalmente, como sucede con las víctimas del terrorismo. Pero en otros casos, las leyes no prevén el supuesto de la concurrencia de causas de indemnizar y la consiguiente acumulación o no de indemnizaciones procedentes de estas distintas fuentes, como ocurre con las que se producen por razón del contrato de trabajo y las que tienen su origen en la culpa del empresario. Lo mismo ocurre cuando estos supuestos afectan a la Administración Pública. El mismo problema surge cuando la víctima ha asegurado su desgracia y el daño le ha sido ocasionado ya sea por un particular, ya sea por la Administración: ¿tiene la víctima asegurada derecho a interponer las correspondientes acciones por los daños causados?

Situaciones como las descritas en el párrafo anterior y que provocan la concurrencia de distintas causas para pedir el resarcimiento de los daños han sido objeto de interpretaciones distintas en la solución de los casos planteados ante las diferentes Salas del Tribunal Supremo, ya que no existen normas legales que determinen si estas indemnizaciones son o no compatibles y si, siendo compatibles, son o no acumulables. Para avanzar algunas ideas que luego se expondrán, puedo decir ya que este tipo de situaciones provoca una tensión evidente porque no hay un argumento claro que proporcione una solución indiscutible. Intentaré plantear el problema de la forma más clara posible: partimos de la base de que el daño es único, aunque las fuentes de su resarcimiento son plurales; si afirmamos que las diferentes indemnizaciones son compatibles, como ocurre con la pensión de invalidez y la indemnización que corresponde por el accidente laboral que ha provocado la pensión de invalidez, pueden darse dos soluciones: *la primera*, considerar que las indemnizaciones son compatibles, pero complementarias, de manera que habrá que deducir de la indemnización a que se tenga derecho sobre la base del artículo 1902 CC lo que se haya cobrado a través de otras fuentes; esto provoca el enriquecimiento de quien haya provocado el accidente, laboral en el ejemplo utilizado, porque el empresario sólo deberá pagar en concepto de daños la diferencia entre lo que se haya cobrado por razón de las prestaciones

sociales incluidas en el contrato laboral y el daño realmente sufrido. Ello ocurre cuando se afirma que aunque las prestaciones son compatibles, no pueden acumularse. Puede darse una *segunda respuesta* si entendemos que las prestaciones son independientes porque tienen causas distintas; entonces quien se enriquece es la víctima porque podrá reclamar diferentes compensaciones por el mismo daño, acumulándolas y por tanto, se producirá lo que más temen los especialistas en Derecho de daños, la sobreindemnización.

Ciertamente, las cosas no son tan simples como se han planteado en el anterior apartado, porque existen muchas matizaciones según que el seguro que cubra los daños producidos sea puramente privado o se trate de prestaciones públicas, o bien se trate de un seguro de daños personales o de suma (seguros de vida, de accidentes, etc.). Sin embargo, una primera impresión puede llevarnos a una conclusión bastante cercana a la realidad, a saber, que en todos los casos se puede producir un enriquecimiento injusto: cuando no se acumulen las indemnizaciones, porque el empresario, sea quien sea, no pagará todo lo que debería pagar si el daño no hubiese sido objeto de un previo aseguramiento, sobre todo cuando se trata de acumular seguros sociales, y que una parte del daño irá a cargo de la propia víctima debido a su previsión; entonces la víctima lo será doblemente porque habrá invertido unas cantidades (las primas del seguro) que si aceptamos la tesis de la no acumulación, disminuirán lo que debería cobrar por el daño sufrido. Su previsión le habrá jugado una mala pasada. Pero si se opta por la acumulación y se permite la reclamación a más de uno, el seguro y el productor del daño por ejemplo, la víctima se enriquecerá, no será resarcida, porque cobrará más de una indemnización por el mismo daño. Estamos en un círculo infernal que ofrece pocas salidas.

Con estos planteamientos intentaré examinar los distintos casos de compatibilidad que existen en nuestro ordenamiento, para ver de encontrar una solución lo más adecuada posible en nuestro sistema.

II. LA COMPENSATIO LUCRI CUM DAMNO Y EL ENRIQUECIMIENTO INJUSTO

Es posible que un mismo daño ocasione al mismo tiempo un beneficio al perjudicado. El ejemplo más típico se plantea en el ámbito del Derecho privado, pero no puede excluirse tampoco en las reclamaciones contra la Administración Pública: la muerte de un familiar ocasionada por la negligencia de los servicios sanita-

rios ocasiona la apertura de la sucesión y el hijo, inicialmente perjudicado por la muerte de su padre, hereda una cuantiosa fortuna. Aquí empiezan ya a plantearse las opiniones de la doctrina y de la jurisprudencia, porque hay quien considera que estos beneficios deben imputarse en la valoración del daño¹, de manera que esto se calificará como *imputación* o también *computación de beneficios*, que ha sido sostenida partiendo de la idea del carácter resarcitorio de la indemnización y de la prohibición del enriquecimiento sin causa. Por el contrario, hay quien considera que estos dos tipos de adquisiciones provienen de fuentes diversas, con la consecuencia de que son independientes y que la herencia no debe computarse en el cálculo de la indemnización como consecuencia del daño: el daño existe igual.

En el razonamiento se incluye, es evidente, el argumento del enriquecimiento injusto, porque la primera de las dos opciones se formula precisamente para evitar que se produzca el enriquecimiento de la víctima que desde el punto de vista del cómputo de los daños lo es en un grado menor en tanto que resulta compensada por otra fuente, por lo que ello ha provocado que siempre se haya considerado con mucha cautela la posible acumulación. Por ello existe una cierta unanimidad en considerar que la computación de beneficios sólo puede producirse en aquellos lucros que derivan del mismo hecho y que deben excluirse aquellos que en un cálculo de posibilidades sean ajenos al hecho que ha provocado el daño². Esta es la postura que hasta cierto punto ha sido aceptada por el Tribunal Supremo en la única sentencia relativa a la compensación, la de 15 de diciembre de 1981; se trataba de un accidente de circulación, en el que un camión provocó la ruina de un viejo edificio, que hubo de ser derruido y vendido a un tercero, provocando cuantiosos beneficios a las víctimas del daño. Se había condenado al pago de una suma, sentencia que fue recurrida, dando lugar el Tribunal Supremo al recurso, con los siguientes argumentos:

«que si se tiene en cuenta, como es natural y correcto, que la finalidad de la reparación que al perjudicado concede el artículo 1902 CC es la de que aquél quede justamente resarcido, acercándose la indemnización, dentro de lo posible a restaurar el estado de las cosas a la situación anterior al evento dañoso [...], habrá que concluir como lógico corolario, *que el perjudicado no podrá recibir más que el equivalente del daño efectivo y que, en su caso, de haber obtenido alguna ventaja, ésta habrá de tenerse en cuenta al cuantificar aquel resarcimiento (compensatio lucri cum damno)*, siempre,

¹ Véase las citas de la doctrina en Díez PICAZO, *Derecho de daños*. Madrid, 1999, p. 319.

² Díez PICAZO, *ob. cit.*, p. 320. YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*. Madrid, 2001, p. 498.

por supuesto, que exista relación entre el daño y la ventaja, según la opinión de autorizada doctrina, lo cual, en definitiva, no es más que la aplicación del tradicional y siempre vigente principio del enriquecimiento injusto.»

Si esto debe ser considerado así, en uno de los ejemplos posibles, como puede ser el caso del hijo que adquiere una cuantiosa herencia como consecuencia de haber sido nombrado heredero por el padre fallecido a consecuencia de una negligencia médica o por un accidente de circulación, no puede computarse la herencia con la indemnización de los daños efectivamente causados por el hecho dañoso, porque el título de heredero proviene de la voluntad del padre y no del hecho del atropello.

El problema del enriquecimiento injusto no se plantea, en consecuencia, en la situación descrita, sino en el caso de la sentencia de 1981, puesto que en este último concurren indemnizaciones por daños ocasionados por un tercero y beneficios derivados directamente de los daños ocasionados.

Otro supuesto examinado por la doctrina es el de la compatibilidad o no entre las prestaciones percibidas por razón de la afiliación de la víctima al régimen de la Seguridad Social con las que se ocasionan por la culpa del empresario en la producción del accidente. La Sala Primera del Tribunal Supremo consideró que las prestaciones establecidas en la LGSS derivan de la relación contractual entre empresario y trabajador víctima del accidente y que las indemnizaciones por daños y perjuicios causados por el accidente laboral derivan del artículo 1902 CC y, por ello, se mueven en el ámbito de la responsabilidad extracontractual (p. ej.: la sentencia de 2 de enero de 1991, Sala Primera). De todos modos veremos en otro apartado que la doctrina de la Sala Primera se ha movido hacia la no acumulación. Pero dejemos por ahora este problema.

En cualquiera de los casos que puedan presentarse planea la sombra del enriquecimiento injusto. Fijémonos que en los casos de *compensatio*, la doctrina civilista está bastante de acuerdo en considerar que la computación de beneficios sólo puede tener lugar en relación a aquellos lucros que provengan del mismo hecho, porque el principio que provoca la regla de la *compensatio* «constituye una expresión del más alto principio que veda enriquecerse *cum aliena iactura* y trata de evitar que el resarcimiento se convierta en un lucro indebido»³. O bien se afirma que el principio no impide reclamar y obtener distintas indemnizaciones «hasta la total cobertura del daño real» cuando concurren los requisitos que hacen que nazca

³ DÍEZ PICAZO, *ob. cit.*, p. 320.

la obligación de resarcir⁴. Y es por esto mismo que la Sala Primera del Tribunal Supremo ha admitido hasta hace muy poco que las indemnizaciones por accidentes de trabajo son compatibles con las de la Seguridad Social, porque según esta tesis, se ha considerado que provienen de hechos distintos. Lo que no excluye las críticas de la doctrina autorizada⁵ y una incipiente y no consolidada reconsideración de la propia doctrina de la mencionada Sala Primera.

III. *COMPENSATIO* Y SEGURO VOLUNTARIO

Sentado el principio anterior, debemos preguntarnos si se aplica también cuando la víctima ha sido prudente y ha asegurado su propia desgracia por medio de un contrato de seguro voluntario. A favor de la no acumulación se aduce siempre el principio del enriquecimiento injusto, pero esta cuestión produce a su vez dos argumentos en contra: i) *el primero* de tipo económico, porque la compensación que obtiene la víctima asegurada es una consecuencia del cumplimiento del propio contrato de seguro y para obtenerla habrá tenido que invertir unas cantidades de dinero, las primas, de modo que al recibir la compensación por el accidente obtiene lo establecido en el contrato, pero no exactamente una compensación por el daño: esto dependerá de la diferencia entre las cantidades pagadas y las recibidas, de modo que estamos lejos del auténtico resarcimiento, puesto que su patrimonio no queda indemne⁶; ii) el segundo argumento deriva de la propia naturaleza del contrato de seguro, ya que el asegurador por daños materiales que ha pagado la compensación pactada para el siniestro previsto tiene el derecho a subrogarse en las acciones que la víctima-asegurado tenía contra el causante del daño, de acuerdo con el artículo 43 LCS⁷. Por lo tanto no se produce una acumulación de indemnizaciones por el mismo hecho, porque ocurrido el siniestro y pagado el daño por el asegurador, la víctima ya no podrá reclamar ninguna indemnización al autor del daño si ha tenido lugar el meca-

⁴ DE ANGEL, *Tratado de responsabilidad civil*. Madrid, 1993, p. 924.

⁵ MERCADER UGUINA, *Indemnizaciones derivadas de accidentes de trabajo*. Madrid, 2001, p. 156.

⁶ Y todo ello dejando de lado la naturaleza aleatoria del contrato de seguro, dado que este no es el lugar oportuno para discutir esta cuestión.

⁷ Para que exista subrogación se requiere que «el asegurador haya realizado la prestación indemnizatoria como consecuencia del siniestro»; que exista un crédito del asegurado contra un tercero dirigido precisamente a la obtención del resarcimiento del daño que ha dado lugar a la indemnización» y que exista «voluntad del asegurador de subrogarse en los derechos y acciones del asegurado». Ver SÁNCHEZ CALERO, «Comentario al artículo 43 LCS», en SÁNCHEZ CALERO y otros, *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*. Pamplona, 2001, pp. 721-724.

nismo de la subrogación, que además deberá entenderse producido salvo prueba en contrario, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1210, 3.º CC. Si el asegurador no se ha subrogado, o habiéndolo hecho no ejercita la acción y la víctima presenta una reclamación independiente contra el causante del daño, los problemas ya no se plantean en torno al enriquecimiento injusto, sino en relación a la negligencia de quien realmente tendría derecho a reclamar y no lo ha hecho. Es el asegurador quien deberá reclamar contra el asegurado por enriquecimiento injusto, pero el causante del daño no podrá oponer la existencia del seguro para evitar el pago de la indemnización por el daño producido⁸.

Cuando se trate de un seguro de vida la cuestión no se plantea en los mismos términos. El seguro de vida es un sistema de inversión del asegurado y por ello el artículo 82 LCS excluye la subrogación del asegurador en los derechos «que en su caso correspondan al asegurado contra un tercero como consecuencia del siniestro». Por ello hay que afirmar que las indemnizaciones se acumulan y el causante del daño deberá pagar los correspondientes resarcimientos, con independencia de que exista o no un seguro de vida. Y ello, porque como afirma Sánchez Calero, los seguros de vida no comportan una indemnización por el daño que el siniestro pueda ocasionar y no juega en ellos el principio indemnizatorio de los seguros de daños⁹.

IV. LAS INDEMNIZACIONES A CARGO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA POR RAZÓN DE SOLIDARIDAD

En determinados supuestos el Estado asume la compensación de determinadas víctimas que saben, con un cierto grado de seguridad, que los que han provocado sus daños o son insolventes o no se encontrarán nunca o nunca pagarán los daños ocasionados. El Estado puede organizar las prestaciones económicas de la forma que considere más conveniente, estableciendo o no la complementariedad con otras prestaciones, de manera que, como se verá, no existe un régimen uniforme. Para evitar el reproche de la sentencia sobre el envenenamiento por aceite de colza, la Administración ha ido tapando agujeros, como se dice vulgarmente, de manera que la

⁸ Hay que tener en cuenta que si se trata de un seguro de daños, el artículo 26 LCS establece que «el seguro no puede ser objeto de enriquecimiento injusto para el asegurado». Por tanto, si el asegurado que ha sido ya resarcido en virtud de su contrato reclama al causante, infringe la regla del artículo 26 LCS y se convertirá en deudor de su asegurador por la cantidad que resulte. Sobre el principio de indemnización y determinación del daño, ver SÁNCHEZ CALERO, *ob. cit.*, pp. 445 ss.

⁹ SÁNCHEZ CALERO, *ob. cit.*, p. 1580.

dispersión de estos tipos de ayudas lleva a la conclusión de la falta de uniformidad de su régimen. Por ello deberemos estudiarlos para poder llegar a una conclusión que permita mantener el principio de la razonabilidad del ordenamiento jurídico. Aunque a veces cueste.

1.º *Las indemnizaciones a las víctimas del terrorismo.*—Se encuentran reguladas fundamentalmente en la Ley 32/1999, de 8 de octubre, de solidaridad con las víctimas del terrorismo, que debe complementarse con el Real Decreto 1012/1999, de 17 de diciembre, y otras disposiciones de diferentes Comunidades Autónomas.

La Ley 32/1999 se fundamenta en el principio de solidaridad con las víctimas del terrorismo y ello se traduce en la asunción por el Estado del pago de indemnizaciones que deberían pagar los autores y los responsables de los actos de terrorismo, entre otros remedios [art. 5.b)]. De esta manera, el Estado se convierte en una especie de garante o fiador que asegura a las víctimas el cobro de las indemnizaciones que tienen derecho reclamar, de acuerdo con las reglas de la responsabilidad derivada de delito. El Estado, sin embargo, no se convierte en responsable civil subsidiario por esta causa, sino que simplemente avanza las cantidades debidas en virtud de la sentencia y en la medida en que no hayan sido hechas efectivas a las víctimas (arts. 6 y 9). El sistema funciona como un seguro de daños, ya que el artículo 8.1 de la Ley 32/1999 establece que el Estado se subrogará en los derechos que los beneficiarios de estas ayudas tengan contra los autores de los delitos de terrorismo, de manera que los beneficiarios que hayan cobrado estas ayudas deberán transmitir al Estado las acciones de que sean titulares en virtud de los daños sufridos o de sus expectativas, en el caso de que aún no haya sentencia condenatoria firme (art. 8). Estas soluciones se aplican tanto en el caso de que exista sentencia condenatoria, como cuando, no habiendo aún sentencia, se hubiesen llevado a cabo las oportunas diligencias judiciales para la incoación de un delito de terrorismo, siempre que la víctima aporte la prueba de haber sufrido el daño con ocasión de un hecho de este tipo.

En esta clase de ayudas, el artículo 6.5 de la Ley 32/1999 establece la total compatibilidad de estas indemnizaciones con las pensiones, ayudas, resarcimientos, etc., que se hayan percibido o que se puedan percibir en el futuro al amparo de las previsiones contenidas en la legislación sobre ayudas a las víctimas del terrorismo o de otras disposiciones legales¹⁰. Además, el artículo 3 del

¹⁰ Una mayor información sobre esta legislación en LLOVERAS, «Indemnizaciones a las víctimas del terrorismo. Evolución normativa y aplicación jurisprudencial», en *Indret*, 3/2002, y MIR PUIGPELAT, «La Ley de solidaridad con las víctimas del terrorismo y su desarrollo reglamentario», en *Justicia Administrativa*, 8, 2000, pp. 25-44.

Real Decreto 1211/1997 establece expresamente el carácter subsidiario de estas ayudas y dice: «*Carácter subsidiario*. Los resarcimientos por daños regulados en el presente Reglamento, a excepción de los corporales, tendrán carácter subsidiario respecto a los establecidos para los mismos supuestos por cualquier otro organismo público o a los derivados de los contratos de seguros. Las restantes ayudas serán incompatibles con las percibidas por el mismo concepto de otras Administraciones Públicas. En estos supuestos, únicamente se resarcirán aquellas cantidades que pudieran resultar de la diferencia entre lo abonado por dichas Administraciones Públicas o entidades de seguro y la valoración oficialmente efectuada». Esta subsidiariedad refuerza el carácter de garantía que he atribuido a las ayudas prestadas en esta ley.

Hasta aquí no estamos hablando de responsabilidad. Pero el título de imputación a la Administración Pública basado en el artículo 139 LRJAP sigue manteniéndose y el problema reside, pues, en la interpretación del artículo 6.5 de la Ley 32/1999 cuando admite la compatibilidad entre las ayudas que se prestan a las víctimas del terrorismo y las que, según esta disposición, pudiesen ser reconocidas en la misma legislación u *otras disposiciones legales*. De aquí que debemos preguntarnos si esta compatibilidad incluye las reclamaciones contra la Administración por un título de imputación que la implica de acuerdo con el artículo 139 LRJAP como causante del daño que el particular no tiene la obligación de soportar, daño que en este caso consiste en no haber evitado el atentado terrorista. El problema por tanto reside en determinar si el sistema de ayudas establecido en la Ley 30/1999 elimina las reclamaciones en virtud de la regla general.

Hay que partir de una regla generalmente admitida, según la que el Estado no puede evitar al cien por cien la producción de un atentado terrorista. Por lo tanto, para imputar a la Administración Pública la responsabilidad patrimonial por un hecho de este tipo, la víctima debe demostrar la concurrencia de los requisitos exigidos en el artículo 139 LRJAP, es decir, que el daño ha producido una lesión en la persona o bienes del reclamante, que sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos y que exista un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación a esta persona o a un grupo de personas; hay que tener en cuenta que se excluye siempre la responsabilidad cuando el daño se haya producido por concurrir fuerza mayor. Pues bien, la víctima deberá probar estos extremos para poder reclamar a la Administración Pública en el caso de atentado terrorista por un título de imputación indepen-

diente y propio y totalmente desligado de las ayudas reconocidas en la Ley 32/1999: en éstas se está supliendo la solvencia del causante del daño que no es la Administración, mientras que en las acciones de responsabilidad de la Administración Pública, ésta es el causante del daño y por ello responde. Resumiendo, en el primer caso no responde, sino que sólo garantiza, mientras que responde en el segundo.

Se trata en consecuencia, de un derecho a obtener una indemnización por un daño ocasionado por una causa imputable a la propia Administración y lo que hay que ver es cómo funciona la compatibilidad en este caso. Para ello hay que examinar algunas sentencias del Tribunal Supremo, Sala Tercera. La sentencia de 27 de diciembre de 1988, pronunciada en el caso de una mochila-bomba que produjo una explosión en Rentería, con graves daños a un niño que pateó la mochila, admitió la compatibilidad entre estos títulos indemnizatorios y reconoció una indemnización en aplicación del régimen de ayudas a las víctimas del terrorismo en aquel momento vigentes y atribuyó la responsabilidad a la Administración por considerar que la conducta de la policía había sido negligente. En el caso «Hipercor», las sentencias de 31 de enero de 1996 y de 18 de julio de 1997 habían reconocido la responsabilidad de las fuerzas de seguridad del Estado. La primera de ellas considera que se produjo una «cierta relación de causalidad» entre la constatada conducta omisiva de las fuerzas armadas y el desenlace, lo que justifica la atribución de responsabilidad a la Administración Pública y excluye la fuerza mayor, porque el daño era perfectamente previsible, al haber sido advertido por los terroristas mediante un aviso de la colocación de la bomba, por lo que no era inevitable. La segunda sentencia, es decir, la de 18 de julio de 1997, abunda en los mismos argumentos al considerar que la Administración debe ser declarada responsable por haber concurrido «una cierta de causalidad entre la constada conducta omisiva por no adoptarse las debidas precauciones (que pudieron, en su caso, aminorar los efectos nocivos), y el dramático desenlace», que justifica la imputación de los daños producidos a la Administración en razón de la concurrencia de ese nexo causal entre el daño cuya reparación se pretende y el funcionamiento defectuoso del servicio público»; la misma sentencia declara que «la indemnización pretendida en el proceso resulta distinta y compatible con la derivada de la especial legislación reguladora de los resarcimientos por daños a las víctimas de bandas armadas y elementos terroristas, como muestra de solidaridad con aquéllas, según ya declaró esta Sala en la sentencia

de 27 de diciembre de 1988»¹¹. Sin embargo, la sentencia de la Audiencia Nacional (Sala Tercera) de 19 de enero de 2000 contiene una interpretación más restrictiva¹². Se había reconocido en la vía penal el derecho de los reclamantes a obtener las indemnizaciones correspondientes de quienes habían provocado el daño, es decir, los terroristas; además habían percibido las compensaciones establecidas en las leyes que establecen los criterios de solidaridad antes aludidos. En la reclamación ante la Administración Pública, la Audiencia Nacional niega la acumulación de indemnizaciones y dice que:

«es igualmente adecuado hacer hincapié en que en ningún caso se ha de producir en la reparación del daño una duplicidad indemnizatoria. Esto, que está expresamente admitido en el nuevo Código Penal, se encuentra íntimamente relacionado con la efectividad o realidad del daño indemnizable, pues no existe daño a indemnizar si éste ha sido previamente reparado por la Administración. En este sentido, la compatibilidad de la indemnización que otorga el Estado y que expresamente se reconocía en el artículo 24 de la Ley Orgánica de 26 de diciembre de 1984, sobre terrorismo, no puede ser idéntico con la posibilidad de duplicar por vía de indemnización la reparación del daño; y ello sin perjuicio de que el Estado, por otras razones no indemnizatorias pueda otorgar ayudas económicas o de otro orden a las víctimas del terrorismo para que puedan rehacer, en lo posible, su vida anterior, tal como ocurre con las cantidades abonadas por la Administración en aplicación de la legislación anterior en materia de terrorismo que la exposición de motivos de la Ley de Indemnización de 1999 califica de “ayudas”. *Lo que supone, en todo caso, circunscribiendo el tema al ámbito indemnizatorio que el alcance de la compatibilidad ha de quedar reducido a la complementariedad de las indemnizaciones (y no a la exclusión mutua) por aspectos que previamente no han sido indemnizados.»*

Lo que ocurre, sin embargo, es que no puede decirse que las sentencias sean contradictorias porque la de la Audiencia Nacional no niega la responsabilidad de la Administración, sino que únicamente impide la duplicidad y aplica la regla, mayoritariamente admitida en el Derecho administrativo, de la deducción de las cantidades percibidas por otros conceptos.

De aquí que haya que considerar que la aplicación que los Tribunales han realizado de las reglas de concurrencia entre ayudas derivadas de la falta de pago de las indemnizaciones por quien ha sido el causante directo del daño y el resarcimiento de los daños ocasiona-

¹¹ Véase asimismo las sentencias citadas por LLOVERAS, «Indemnizaciones», cit.

¹² Una referencia a esta sentencia en HUERGO LORA, *El seguro de responsabilidad civil de las Administraciones Públicas*. Barcelona, 2002, nota 162, pp. 206-07.

dos por la Administración Pública al no evitar el atentado, en aquellos casos en que esto se ha reconocido así, nos lleva a una conclusión: en este concreto supuesto, las indemnizaciones son compatibles pero no pueden acumularse cuando provienen de la misma fuente.

2.º *Las indemnizaciones a las víctimas de los delitos violentos y contra la libertad sexual.*—La Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, establece un sistema de ayudas públicas en beneficio de las víctimas directas de delitos dolosos y violentos y de los delitos contra la libertad sexual, que hayan provocado la muerte, lesiones corporales graves o daños graves contra la salud física o mental de las víctimas (art. 1). El artículo 5 establece que la percepción de estas ayudas «no será compatible con la percepción de las indemnizaciones por daños y perjuicios causados por el delito que se establezcan mediante sentencia» y tampoco lo será con las indemnizaciones «a que el beneficiario de las mismas tuviera derecho a través de un sistema de seguro privado» y, finalmente, tampoco con las que se generen a consecuencia de la pertenencia de la víctima al sistema de la Seguridad Social.

Las indemnizaciones en este caso funcionan de forma parecida al supuesto estudiado en el anterior apartado: el Estado avanza las cantidades a que la víctima tenga derecho por la responsabilidad civil originada por el delito y a continuación se subroga en los derechos que la víctima tuviera contra el causante del daño (art. 13). Se trata por tanto de un sistema de aseguramiento público, de tal manera que Huergo considera que el Estado «actúa como un asegurador de daños a título gratuito»¹³, porque el Estado indemniza y se subroga en los derechos de la víctima.

En esta ley no existe acumulación de indemnizaciones, porque no se trata de diferentes resarcimientos, como puede ocurrir en el caso de que la Administración tenga que afrontar una acción de responsabilidad patrimonial por los daños causados a las víctimas del terrorismo por existir un título de imputación a la Administración. Aquí el Estado sustituye la insolvencia del autor del daño, pero existe una única indemnización y por ello no se puede hablar de acumulación: si la víctima ha previsto su propia desgracia mediante la contratación de un seguro privado o sus daños han sido ya resueltos a través de su pertenencia a la Seguridad Social, no tendrá derecho a reclamar este tipo de ayudas. En este caso, serán las aseguradoras quienes, subrogándose en los derechos de la vícti-

¹³ HUERGO LORA, *ob. cit.*, nota 166, p. 207.

ma, podrán reclamar a los autores de los daños las cantidades correspondientes.

Lo anterior no excluye, como en el caso de las víctimas del terrorismo, las posibles acciones de la víctima contra la Administración Pública en virtud del artículo 139 LRJAP si ha existido un mal funcionamiento de los servicios públicos de seguridad, que ha permitido que el delito se haya cometido. Los problemas que se plantean en este caso son los mismos que ya se han discutido en el anterior apartado.

3.º *Las ayudas por infecciones sanitarias.*—Determinado tipo de infecciones ha provocado que el Estado¹⁴ haya arbitrado soluciones normativas para evitar las acciones de reclamación por daños. En todas las normas reguladoras de las indemnizaciones en estos casos se parte de imposibilidad de compatibilizar las ayudas establecidas legalmente con otros tipos de indemnizaciones provenientes de reclamaciones de responsabilidad patrimonial contra la Administración sanitaria.

En el caso de ayudas a personas afectadas de hemofilia e infectadas por virus de hepatitis C por la vía transfusional, la Ley 4/2002, de 5 de junio, *por la que se establecen ayudas sociales a las personas con hemofilia u otras coagulopatías congénitas que hayan desarrollado la hepatitis C como consecuencia de haber recibido tratamiento con concentrados de factores de coagulación en el ámbito del sistema sanitario público*¹⁵, establece unas ayudas que tienen como criterios para su obtención los siguientes: *i*) la necesidad de renunciar previamente a todo tipo de reclamaciones por contaminación de VHC contra cualquiera de las Administraciones Públicas sanitarias, sus autoridades y el personal a su servicio; se trata, por tanto, de ayudas que vienen a sustituir las posibles indemnizaciones por funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos¹⁶, y *ii*) estas ayudas se pueden compatibilizar con pensiones públicas que el beneficiario tuviese derecho a percibir¹⁷.

Algunos autores consideran problemática la exigencia de renuncia previa a las acciones, que es condición común para su obtención en la legislación española. Se alega que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los casos *Bellet v.*

¹⁴ Y también algunas Comunidades Autónomas, como Cataluña, en la disposición adicional 37 de la Ley 3/2000, de Presupuestos de la Generalitat de Cataluña.

¹⁵ Esta ley debe completarse con el Real Decreto 377/2003, de 28 de marzo.

¹⁶ Está contenido en los artículos 3.5 de la Ley 14/2002, y 2.3 del Real Decreto 377/2003 y la DA 37.3 de la Ley catalana 3/2000, de Presupuestos de la Generalitat de Cataluña. La norma catalana declara incompatibles las prestaciones que los afectados catalanes pudieran obtener por las mismas razones a cargo de la Administración del Estado (DA 37.3).

¹⁷ Artículos 2 de la Ley 14/2002 y 2.1 del Real Decreto 377/2003.

Francia, de 4 de diciembre de 1995, y *F.E. v. Francia*, de 30 de octubre de 1998 ha declarado contraria al artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos «la inadmisión de demandas de responsabilidad civil contra el Estado por haber percibido el perjudicado con anterioridad una ayuda legal para paliar estos mismos daños»¹⁸. En estas sentencias se admitió la compatibilidad de ayudas con el ejercicio de las acciones judiciales correspondientes para conseguir la reparación íntegra del daño sufrido. Huergo considera que esta jurisprudencia es difícilmente trasladable al caso español, porque en Francia «la norma que regulaba las ayudas no exigía la renuncia al ejercicio de las acciones»¹⁹. En cualquier caso, la problemática que se plantea en torno a la posibilidad de no renunciar a la acción penal que pudiera corresponder y la posibilidad de demandar a la aseguradora del centro hospitalario o del personal del propio centro genera una serie de problemas que van más allá de lo que se pretende en este trabajo.

La solución española, por lo tanto, queda determinada por la *incompatibilidad*, es decir, la imposibilidad de combinar las ayudas acordadas por la Administración con las acciones de resarcimiento de daños y perjuicios, de lo que parece deducirse que las primeras van a sustituir a las segundas, de manera que la víctima o bien opta por las ayudas o bien por la reclamación de indemnizaciones.

V. INDEMNIZACIONES POR ACCIDENTE LABORAL: LA ACUMULACIÓN O NO DE PRESTACIONES A CARGO DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL EMPRESARIO

1.º *Compatibilidad de las indemnizaciones.*—La legislación social no contiene una regulación clara de la compatibilidad entre las acciones derivadas del contrato de trabajo y que dan lugar a las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social y las indemnizaciones correspondientes en virtud del artículo 1902 CC, o de la actividad de la Administración Pública²⁰. De acuerdo con las dis-

¹⁸ Sobre este tema ver SEUBA TORREBLANCA, «Ayudas a los contagios por VHC en el sistema sanitario público», en *Indret*, 3/2000; «La Ley 14/2002, de 5 de junio, de ayudas sociales a hemofílicos contagiados con el VHC», en *Indret*, 3/2002, y *Sangre contaminada, responsabilidad civil y ayudas públicas. Respuestas jurídicas al contagio transfusional del sida y de la hepatitis*. Madrid, 2002, pp. 385 ss.

¹⁹ HUERGO LORA, *ob. cit.*, p. 206.

²⁰ HUERGO LORA, *ob. cit.*, pp. 202 ss., donde describe los distintos problemas planteados en reclamaciones a la Administración en casos de accidentes, cuando existen pensiones de Seguridad Social. Aquí voy a dejar de lado este caso, aunque debo advertir que los mismos razonamientos que se expresan en el texto sirven para intentar solucionar el problema planteado a la Administración.

posiciones del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), la víctima de un accidente laboral tiene derecho a diferentes indemnizaciones:

1. Las prestaciones derivadas de su afiliación a la Seguridad Social²¹.

2. El recargo que se determine de acuerdo con el artículo 123 LGSS sobre las prestaciones económicas derivadas del accidente de trabajo o enfermedad profesional. En la práctica este recargo es percibido por la víctima o por quien tenga derecho al mismo de acuerdo con lo establecido legalmente²².

3. Las mejoras voluntarias que se pacten en el contrato de trabajo correspondiente o en el convenio colectivo que regule la actividad.

Se ha planteado si, además, el trabajador que ha sufrido un accidente o una enfermedad profesional puede reclamar una indemnización sobre la base del artículo 1902 CC. O también, cuando el empresario haya sido condenado por un delito que haya provocado el daño del trabajador, éste tiene derecho a reclamar las indemnizaciones en virtud de los artículos 109 y siguientes. CP. La sentencia de 6 de mayo de 1985, sobre la base de sentencias ante-

²¹ El artículo 97 LGSS establece lo siguiente: «Cuando la prestación haya tenido como origen supuestos de hecho que impliquen responsabilidad criminal o civil de alguna persona, incluido el empresario, la prestación será hecha efectiva, cumplidas las demás condiciones, por la entidad gestora, servicio común o Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades profesionales, en su caso, sin perjuicio de aquellas responsabilidades. En estos casos, el trabajador o sus derechohabientes podrán exigir las indemnizaciones procedentes de los presuntos responsables criminal o civilmente. Con independencia de las acciones que ejerciten los trabajadores o sus causahabientes, el Instituto Nacional de la Salud y, en su caso, las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades profesionales de la Seguridad Social, tendrán derecho a reclamar al tercero responsable o, en su caso, al subrogado legal o contractualmente en sus obligaciones, el coste de las prestaciones sanitarias que hubiesen satisfecho. Para ejercitar el derecho al resarcimiento a que se refiere el párrafo anterior, la entidad gestora que en el mismo se señala y, en su caso, las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades profesionales o empresarios, tendrán plena facultad para personarse directamente en el procedimiento penal o civil según para hacer efectiva la indemnización, así como para promoverlo directamente, considerándose como terceros perjudicados, al efecto del artículo 104 CP».

²² El artículo 123 LGSS establece «1. Todas las prestaciones económicas que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional se aumentarán, según la gravedad de la falta, de un 30 a un 50 por 100, cuando la lesión se produzca por máquinas, artefactos, o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los dispositivos de precaución reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones o cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo o las elementales de salubridad o las de adecuación personal a cada trabajo habida cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador. 2. La responsabilidad del pago del recargo establecido en el número anterior recaerá directamente sobre el empresario infractor y no podrá ser objeto de seguro alguno, siendo nulo de pleno Derecho cualquier pacto o contrato que se realice para cubrirla, compensarla o transmitirla. 3. La responsabilidad que regula este artículo es independiente y compatible con las de todo orden, incluso penal, que puedan derivarse de la infracción».

rios y de las disposiciones del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social entonces vigente, reconocía que

«cuando el hecho implique responsabilidad criminal o civil de alguna persona, incluido el empresario, las prestaciones laborales serán íntegramente satisfechas, pero ello “sin perjuicio de aquellas responsabilidades” y que “en estos casos, el trabajador o sus causahabientes podrán exigir las indemnizaciones procedentes de los presuntos responsables criminal o civilmente”²³.»

La conclusión general de la doctrina civilista es que «las prestaciones de la Seguridad Social deben hacerse efectivas con independencia de los hechos que las motiven, impliquen responsabilidad del empresario o de otra persona; y que tales prestaciones no agotan esas otras responsabilidades, de manera que se convierten así en una cobertura mínima de los daños asegurados»²⁴. De modo que como pone de relieve Cavanillas²⁵, el sistema de responsabilidad parece muy coherente en tanto que

«en primer término se situaría la responsabilidad objetiva por accidentes de trabajo con su regulación tasada de las prestaciones a que tiene derecho el trabajador; en segundo término, concurriendo un plus de reprochabilidad en el incumplimiento de las supuestamente minuciosas y complejas reglas técnicas laborales, de origen contractual o legal, entraría en juego el recargo de las indemnizaciones entre un 30 y un 50 por 100 que establece el artículo 93 de la LGSS (actual 123); para cerrar el sistema, por último, cuando dicha infracción contractual constituyera igualmente una puesta en peligro previsible y evitable de la vida e integridad física ajenas, podría acudir-se a la responsabilidad ex artículo 1902 CC ante la jurisdicción civil (o a la responsabilidad contractual ex art. 1101 CC).»

El problema que se plantea a continuación afecta a la posibilidad de reclamar por más de una vía al empresario. Hasta la sentencia de 8 de octubre de 2001, la Sala Primera del Tribunal Supremo había mantenido lo que ha calificado como «perfecta compatibilidad» entre las indemnizaciones civiles y laborales²⁶, de manera que la cuantía de la indemnización por responsabilidad ex artículo 1902 CC sería totalmente independiente de cualquier otra cantidad percibida por el trabajador por el accidente o enfermedad laboral, «por lo que a la hora de fijar [la compensación] no se debe tener en cuenta ésta para aminorarla de la pensión retributiva a la que tiene derecho el perjudicado»²⁷. En cambio, la Sala Cuarta

²³ El problema de si se trata o no de responsabilidad contractual es hábilmente puesto de relieve por Pantaleón en el comentario a esta sentencia en CCJC, núm. 8, p. 2617.

²⁴ Díez PICAZO, *ob. cit.*, p. 175. También YZQUIERDO TOLSADA, *ob. cit.*, p. 500.

²⁵ «Comentario a la sentencia de 30 de octubre de 1990», en CCJC, núm. 24, p. 1154.

²⁶ Díez PICAZO, *ob. cit.*, p. 177.

²⁷ CASADO DÍAZ, «Comentario a la sentencia de 8 de octubre de 2001», en CCJC, núm. 59, p. 520.

admite la compatibilidad entre las prestaciones derivadas del contrato de trabajo y las indemnizaciones por responsabilidad extracontractual, pero sin que ello implique una duplicidad, sino una complementariedad. Voy a detenerme un poco más en esta problemática, dado el giro que se ha producido en últimas sentencias de la Sala Primera.

Hasta ahora, la Sala Primera del Tribunal Supremo había optado por la absoluta independencia entre las indemnizaciones satisfechas por accidente de trabajo en sede de Seguridad Social y las derivadas del acto culposo, ya sea en virtud del artículo 1902 CC, ya sea en virtud del artículo 109 CP. De este modo, la Sala Primera ha venido fijando la indemnización que corresponde al trabajador lesionado sin tener en cuenta las cantidades que hubiera percibido con cargo a la Seguridad Social, ni lo que hubiera percibido como recargo a estas prestaciones, de acuerdo con el artículo 123 LGSS²⁸. Se pueden citar como ejemplos de esta tendencia las sentencias de 27 de noviembre de 1993, 19 de febrero y 20 de noviembre de 1998, 2 de octubre de 2000 y 14 de febrero de 2001. Resumiendo su doctrina, se puede decir que la Sala Primera ha venido entendiendo que existen dos causas diferentes de pedir: la derivada del contrato laboral, identificada en las prestaciones de la Seguridad Social, y la derivada de la culpa extracontractual del empresario, sobre la base del artículo 1902 CC o del 109 CP, cuando se trate de un delito. Y por esta razón declara el Tribunal que es doctrina reiterada la de la compatibilidad de la indemnización satisfecha por accidente de trabajo y la dimanante de acto culposo. Las razones de esta decisión son claras: se trata de fundamentos diversos de indemnización, aunque debe advertirse que el hecho que ocasiona el resarcimiento es el mismo: el accidente laboral o la enfermedad profesional²⁹.

Frente a esta doctrina, la Sala Cuarta del Tribunal Supremo estima de forma rotunda y reiterada que la circunstancia de que el trabajador haya percibido prestaciones de la Seguridad Social, los recargos y los complementos pactados o establecidos en el convenio no impiden la reclamación de la indemnización correspondiente por el acto culposo del empresario que da lugar a la responsabilidad ex artículo 1902 CC, pero para cuantificar la indemnización por responsabilidad extracontractual deben tenerse en cuenta las

²⁸ MERCADER UGUINA, *ob. cit.*, p. 190.

²⁹ CASADO DÍAZ admite los razonamientos del TS en relación a la compatibilidad entre ambas indemnizaciones porque, afirma que «la reglamentación especial no sólo no restringe el ámbito de aplicación de los artículos 1902 y 1903 del Código Civil, sino que expresamente viene reconociendo su vigencia al admitir explícitamente la Ley General de la Seguridad Social la posibilidad de que puedan derivarse del hecho cuestionado otras acciones que las recogidas por la legislación laboral, exigibles ante la jurisdicción civil».

cantidades percibidas, porque no puede existir una duplicidad en el derecho a ser indemnizado³⁰. Es decir, admite la compatibilidad de las acciones, pero opta por una deducción de lo cobrado por causa de prestaciones de la Seguridad Social. Así, en las sentencias de 30 de septiembre de 1997, 2 de febrero, 24 de octubre, 10 y 18 de diciembre de 1998, 17 de febrero y 21 de diciembre de 1999 y 22 junio 2001. La sentencia de 23 de septiembre de 1997 (Sala Cuarta), en lo relativo al cálculo de las indemnizaciones de una enfermedad profesional que considera protegida por una responsabilidad objetiva, dice que

«venir a duplicar por la vía de la responsabilidad por culpa contractual o aquiliana, que nunca podrá ser universal como la prevenida en la legislación social ni equitativa entre los distintos damnificados, como la legislada, más que ser una mejora social, se transforma en un elemento de inestabilidad y desigualdad.»

Ahora bien, la Sala Primera parece haber iniciado un proceso de revisión de su postura de absoluta compatibilidad en la sentencia de 21 de julio de 2000, doctrina que aparece confirmada en la de 8 de octubre de 2001. En la primera sentencia citada se afirma claramente la competencia de la jurisdicción civil en las reclamaciones por daños causados al trabajador por culpa o negligencia de los empresarios, porque ello se considera como la «mejor garantía del total resarcimiento del daño mientras no se produzca una modificación legislativa en materia de competencia que despeje cualquier duda al respecto». Respecto de las cantidades que deben ser computadas para obtener este «total resarcimiento», la Sala Primera hace las siguientes consideraciones:

«Para llegar a la solución que aquí se adopta se han tenido en cuenta las sentencias de esta misma Sala dictadas también después de mediado el año 1998, es decir, una vez retomada la línea que declaraba la competencia del orden jurisdiccional civil: de un lado, la de 18 de noviembre de 1998, a cuyo tenor “el tratamiento civil deberá cuidadosamente analizar la concurrencia de los elementos para la aplicación del artículo 1902 CC, señaladamente el autor de la falta, la culpa y la relación de causa a efecto y que siendo acción complementaria, no siempre será aplicable la teoría de la creación de riesgos, o de la inversión de la carga de la prueba, como tampoco tendrá acogida la negligencia profesional y siempre cabrá pensar en la concurrencia de causas del evento dañoso”; y de otro, la sentencia de 21 de julio de 2000, que para fijar la cuantía de la indemnización en el proceso civil *considera correcto computar la ya percibido por el perjudicado en concepto de prestaciones de la Seguridad Social con origen en los mismos hechos enjuiciados.*

³⁰ CASADO DÍAZ, *ob. cit.*, p. 520.

Se trata, en suma, de pasar de una indeseable situación de acumulación no coordinada de indemnizaciones, sin base normativa suficiente por cuanto compatibilidad no equivale necesariamente a acumulación descoordinada, a un sistema coherente de complementariedad de las indemnizaciones hasta lograr la reparación íntegra del daño. Para ello conviene analizar en el ámbito civil la responsabilidad del empresario fundada en el artículo 1902 CC mediante una muy especial atención, de un lado, al elemento de la culpa o negligencia, único modo de evitar la confusión con el ámbito objetivo y cuantitativamente prefijado propio de la Seguridad Social y, de otro, a lo ya percibido por el perjudicado como prestaciones de la Seguridad Social y por recargo de las prestaciones a costa del empresario en virtud de su propia culpa, cuando es tenida en cuenta por la misma normativa de la Seguridad Social para imponerle ese recargo cuyo pago no puede ser legalmente objeto de seguro»³¹.

Dejando aparte el tema del recargo previsto en el artículo 123 LGSS, que será estudiado en el siguiente apartado, hay que señalar aquí que el Tribunal Supremo, en esta sentencia, parece haberse inclinado por la tesis dominante en la doctrina civilista española. Así, Yzquierdo considera que «lo que hay (o debería haber) en esta materia es una *plena* concurrencia o compatibilidad de normas (las laborales y las comunes de la responsabilidad civil) que determina una *limitada* concurrencia o compatibilidad de indemnizaciones, de modo que sólo se acumulen las que respondan a distintos conceptos dañosos»³², y De Ángel opina que debe existir «compatibilidad, pero no independencia», de manera que «en modo alguno cabe que la víctima sea indemnizada en más del daño realmente sufrido»³³.

2.º *El discutido asunto del recargo del artículo 123 LGSS.*— Más problemas plantea la norma del artículo 123 LGSS. Como es sabido, esta disposición impone al empresario un recargo que va desde un mínimo del 30 por 100 a un máximo del 50 por 100 sobre lo que el trabajador debe percibir como indemnizaciones, según la gravedad de la falta que ha provocado el accidente, cuando la lesión se produzca por herramientas de cualquier tipo empleadas por el trabajador que no tengan los mecanismos de precaución reglamentariamente exigidos o por circunstancias relacionadas con la actividad laboral que hayan provocado el accidente. La norma añade que el mencionado recargo no es asegurable y que es nulo

³¹ La cursiva es de la autora de este artículo.

³² YZQUIERDO TOLSADA, *ob. cit.*, p. 501.

³³ DE ÁNGEL YAGÜEZ, *ob. cit.*, p. 929. Ver asimismo Díez PICAZO, *ob. cit.*, p. 179, y «La distribución social de los daños y la Seguridad Social», en *Liber amicorum. Economía, empresa y trabajo. Homenaje a Manuel Alonso Olea*. Madrid, 2003, pp. 186 ss., y ROCA TRÍAS, *Derecho de daños*, 4.ª edición. Valencia, 2003, p. 199.

cualquier pacto destinado a cubrir, compensar o transmitir esta obligación; además, el artículo 123.3 LGSS establece que «la responsabilidad que regula este artículo es independiente y compatible con las de todo orden, incluso penal, que puedan derivarse de la infracción». El problema, es obvio, reside en la determinación de la naturaleza del recargo y nuevamente se produce aquí una discrepancia notable entre las decisiones de la Sala Primera y de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo.

Para algunos autores, atribuir al recargo del artículo 123 LGSS naturaleza sancionadora no provoca más que el enriquecimiento del trabajador beneficiado³⁴. En este sentido, puede decirse que la sentencia de 8 de octubre de 2001, Sala Primera, a que ya se ha hecho alusión, vendría a hacerse eco de esta tesis, aunque no creo que pueda afirmarse de forma taxativa que esta sentencia se pronuncie de forma definitiva sobre la compatibilidad entre estas prestaciones³⁵, porque el objeto de la sentencia es determinar la competencia o no de la jurisdicción civil en este tipo de reclamaciones y la declaración de compatibilidad parece más un *obiter dictum* que la *ratio decidendi* del tema.

La Sala Cuarta del Tribunal Supremo se ha pronunciado de forma clara sobre la compatibilidad y la consiguiente acumulación de los diversos tipos de indemnizaciones previstos en la Ley General de la Seguridad Social con el recargo del artículo 123 LGSS. Así, en las sentencias de 2 de octubre de 2000 y de 14 de febrero de 2001 se considera que como la finalidad del recargo es la de evitar accidentes de trabajo ocasionados por infracciones empresariales en una sociedad que tiene altos índices de siniestralidad laboral, lo que se pretende con el mencionado recargo es «impulsar coercitivamente de forma indirecta el cumplimiento del deber empresarial de seguridad, incrementando específicamente sus responsabilidades». Por ello la decisiva, hasta ahora, sentencia de 2 de octubre de 2000 argumenta lo que sigue a favor de la acumulación del recargo del artículo 123 LGSS a las indemnizaciones correspondientes por el accidente de trabajo:

«c) Ese específico plus de responsabilidad, que se carga de forma directa sobre el empresario, prohibiendo su cobertura por terceros, su compensación o transmisión, se declara independiente y compatible con las responsabilidades de todo orden, y en vez de redundar en beneficio del patrimonio de la Seguridad Social para integrar un posible fondo compensatorio de accidentes de trabajo,

³⁴ Así YZQUIERDO TOLSADA en REGLERO CAMPOS, coord., *Tratado de responsabilidad civil*. Pamplona, 2002, p. 1410.

³⁵ Como hace CASADO DÍAZ, en *CCJC*, núm. 59, cit., p. 523.

se determina legalmente que sea el accidentado o sus causahabientes, como personas que han sufrido directamente la infracción empresarial, y dentro de los límites establecidos en función exclusiva a la gravedad de la infracción y no del daño, quienes vean incrementadas las prestaciones económicas ordinarias a las que tengan derecho y con independencia del concreto perjuicio sufrido.

e) De consistir el recargo ahora analizado en una mera indemnización y siendo ésta, en su caso, a cargo exclusivo de la empresa y a favor del accidentado o sus beneficiarios, carecería de fundamento legal la actual intervención inicial de la Entidad Gestora en vía administrativa resolviendo sobre su procedencia y porcentaje del incremento [art. 1.1.e) del Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio]; pues, en tal caso, despojado el recargo de su aspecto público o sancionador, se estaría ante un simple litigio entre particulares del que sólo podrían directamente conocer los órganos judiciales.

f) De adoptarse la tesis contraria a la que ahora se sustenta, resultaría que de haberse fijado en un primer procedimiento una indemnización por daños y perjuicios derivado de un accidente de trabajo podría en el ulterior expediente administrativo de determinación de la existencia de infracción de medidas de seguridad e imposición del recargo sobre las prestaciones, así como en el posterior proceso impugnatorio, que los daños causados ya están plenamente compensados con aquella indemnización, lo que impediría entrar a conocer de la procedencia o improcedencia del recargo. Evidenciando que si se integra la indemnización de daños y perjuicios con el importe del posible recargo, no existiría una responsabilidad en el pago del recargo “independiente... de las de todo orden... que puedan derivarse de la infracción” como preceptúa el citado artículo 123 LGSS³⁶.

No estoy segura que la finalidad del precepto examinado, el artículo 123 LGSS, no sea precisamente la de sancionar para evitar la producción de accidentes de trabajo en un sistema claramente

³⁶ Existe un importante voto particular a esta sentencia que se pronuncia contra la solución transcrita en el texto. En lo más importante dice: «desde el momento en que el recargo se abona por el productor del daño al perjudicado..., su importe debe computarse como una partida de la indemnización. Si no es así y si como consecuencia de ello el total de lo abonado al perjudicado por el responsable del daño supera el importe en que se valora éste, entonces una parte de la cantidad abonada ya no es una reparación, sino que supone un sacrificio adicional impuesto al responsable del daño –con un correlativo enriquecimiento del perjudicado– que hay que vincular a otra finalidad distinta: una finalidad represiva o preventiva pura que es la propia de las sanciones alictivas o punitivas frente a la finalidad resarcitoria de las indemnizaciones. En algunos sistemas esa función represiva o preventiva pura se incorpora a los mecanismos de reparación, en lo que se conoce como indemnizaciones punitivas. Pero en nuestro ordenamiento esa función se cumple ya a través de sanciones administrativas (arts. 48 y 22 de la Ley 31/1995) y penales (arts. 142, 152 y 316 CP)». Esto hace exclamar a Yzquierdo (en REGLERO CAMPOS. cit., p. 1409), que «si eso no es una indemnización punitiva al más puro estilo norteamericano, que baje Dios y lo vea». Un interesante comentario a esta sentencia en GÓMEZ POMAR, LUQUE PARRA y RUIZ GARCÍA, «Sentencia 4.ª de 2 octubre 2001: recargo, indemnización de daños y sanciones administrativas laborales», en *Indret*, 4/2001.

preventivo, como es el de los daños punitivos, según afirma Salvador Coderch³⁷. Así lo ha considerado la jurisprudencia del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, como se ha visto ya. Ciertamente provoca una sobreindemnización, pero es la ley quien decide y así parece haberlo decidido. Mi opinión es, por tanto, contraria a la de mis colegas que consideran injusta esta situación. La finalidad de la ley es clara: intentar evitar la proliferación de accidentes de trabajo por falta de medidas adecuadas; si los daños punitivos constituyen una cantidad añadida a la indemnización, independiente de la misma y como afirma Salvador, comparten «la naturaleza de las multas penales», parece claro que aquí nos encontramos ante un caso de daños punitivos. El argumento que se utiliza para afirmar que este tipo de daños debe excluirse en el Derecho español por ser contrario al artículo 25.1 CE, de acuerdo con el que nadie puede ser condenado por una acción u omisión no prevista en el ordenamiento jurídico en el momento en que esta acción u omisión haya tenido lugar, no juega en este caso, puesto que el tipo de negligencia que origina el derecho a obtener el recargo está fijado en la ley y por tanto la sanción tiene cobertura constitucional³⁸. Pero supongo que la cuestión seguirá estando abierta a las interpretaciones más dispares y la jurisprudencia, por ahora, no ayuda a proporcionar un punto de encuentro.

VI. COMPATIBILIDAD ENTRE INDEMNIZACIONES A CARGO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y OTRAS PRESTACIONES

Los problemas que se plantean en este caso nos vuelven a llevar al punto de partida, por lo que la pregunta que debemos formular es si el particular que ha obtenido un resarcimiento por una de las vías que se han intentado describir hasta aquí puede pedir una indemnización a la Administración por la vía de la responsabilidad patrimonial de ésta. Los autores que se han ocupado del tema ponen de relieve que el argumento de la Administración consiste en considerar que «el perjudicado no debe recibir una indemnización superior a la cuantía total del daño sufrido. Cualquier acumulación de indemnizaciones que dé lugar a la percepción de una cuantía superior supondría un enriquecimiento injusto»³⁹. Gómez Pomar también resalta que la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha seguido

³⁷ SALVADOR CODERCH, «Punitive damages», en *Indret*, 10/1999.

³⁸ ROCA TRÍAS, *ob. cit.*, pp. 30-31.

³⁹ HUERGO LORA, *ob. cit.*, p. 194.

mayoritariamente la regla de «deducir del montante de la indemnización por responsabilidad civil el importe de las cantidades ya percibidas con cargo a otras fuentes de compensación» y cita las sentencias de 20 de mayo de 1996, 16 de abril de 1997, y 17 de abril y 8 de octubre de 1998. La sentencia de 5 de febrero de 2000 afirma:

«cuestión diferente es la relativa al *quantum* indemnizatorio en los supuestos en que concurren ambas, en los que, como hemos expuestos en nuestras sentencias de 17 de abril y 12 de mayo de 1998, no cabe hacer abstracción de las cantidades percibidas por las diferentes vías, sin perjuicio del carácter compatible de unas y otras, dado el principio que rige este instituto de la plena indemnidad o de la reparación integral, que la Sala de instancia ha tenido en cuenta como se deduce de lo declarado en el último párrafo del fundamento jurídico cuarto de la sentencia recurrida»⁴⁰.

Creo que el mejor método para intentar clarificar esta cuestión es el planteado por Huergo, a quien sigo en este punto del trabajo. Ello significa que hay que distinguir los distintos tipos de daños que pueden originar responsabilidad patrimonial de la Administración Pública para poder atribuir la solución correcta en cada caso. Como en los supuestos antes estudiados, no puede hablarse de una solución única, sino que ello depende del daño y de las circunstancias de la propia víctima.

1.º *Daños materiales causados por la Administración, que estén asegurados por la víctima.*—Este supuesto se produce en todos aquellos casos de accidentes de circulación causados por causas atribuibles a la Administración, como caída de piedras, mal estado del firme, etc. Aquí puede concurrir el seguro de la propia víctima con la reclamación del daño a la Administración. Y en este caso la solución es clara: si el asegurador ha pagado los daños de su asegurado en virtud del contrato, puede ejercer la subrogación prevista en la Ley de Contrato de Seguro y la Administración no puede negarse a considerar al asegurador subrogado como parte en la acción de reclamación de la indemnización. Y ello a pesar de la opinión de algunos administrativistas que consideran que el daño que sufre el asegurado no es injusto, porque éste paga en virtud del contrato y por ello no debería ser indemnizado, ya que «en su actividad mercantil está presente el factor riesgo o azar, que puede producirle ventaja o desventaja económica»⁴¹. Este, sin

⁴⁰ Véase asimismo las sentencias de 10 de abril y 17 de noviembre de 2000, entre otras.

⁴¹ MONTORO-HILL, *Responsabilidad patrimonial de la Administración y contrato de seguro*. Barcelona, 2002, p. 115.

embargo, es un argumento falaz, porque la misma razón podría aplicarse cuando el daño lo ha producido cualquier otra persona, puesto que en la actividad de las compañías aseguradoras siempre está presente este factor de riesgo dado que el contrato de seguro se ha calificado siempre por el *aleas*. El derecho a subrogarse está previsto en la Ley de Contrato de Seguro, independientemente de quién haya causado el daño.

El principio que evita el enriquecimiento injusto del asegurado en el seguro de daños está establecido en el artículo 26 LCS; por lo tanto, el administrado perjudicado que ha cobrado ya la indemnización correspondiente de su aseguradora no está legitimado para volver a reclamar por el mismo daño a la Administración causante del mismo. Es la aseguradora quien podrá hacerlo cuando se haya subrogado en los derechos de su asegurado, en virtud de lo establecido en el artículo 43 LCS. La regla de la subrogación permite precisamente evitar el enriquecimiento injusto del perjudicado, porque, como afirma Gómez Pomar⁴², «la víctima no acumula cantidades procedentes de fuentes diversas de compensación, ya que el asegurador privado o social percibirá del causante el importe de las prestaciones realizadas a favor del perjudicado».

2.º *La compatibilidad con prestaciones sociales.*—Como se ha visto en páginas anteriores, este tema queda lejos de estar resuelto en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, única fuente a la que hoy por hoy podemos acudir, dada la falta de claridad de las normas legales. Dejando aparte algunas sentencias de la Sala Tercera muy restrictivas sobre la posibilidad de reclamar a la vez pensiones extraordinarias por el accidente y la indemnización de daños y perjuicios por actividad normal o anormal de la Administración⁴³, parece que la tesis que se impone en la actualidad es la de considerar que hay que deducir las cantidades ya percibidas por otros conceptos⁴⁴.

Hay que advertir que no debe interferir el problema de la compatibilidad de indemnizaciones con el problema de la deducción de las cantidades percibidas. Efectivamente, una cosa es que se reconozca que el perjudicado puede interponer la correspondiente acción contra la Administración cuando ésta sea la causante del daño y concurren los requisitos de los artículos 139 y 140 LRJAP y

⁴² GÓMEZ POMAR, «Responsabilidad extracontractual y otras fuentes de reparación de daños: «Collateral Source Rule» y afines», en *Indret*, 1/00.

⁴³ HUERGO LORA, *ob. cit.*, p. 198, y sentencias citadas en las notas 141-144.

⁴⁴ Así GÓMEZ POMAR, *ob. cit.*, pone de relieve que la deducción es la doctrina mayoritaria, aunque no unánime de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, que se manifiesta en las sentencias de 20 de mayo de 1996, 16 de abril de 1997 y 17 de abril y 8 de octubre de 1998.

otra cosa es que, reconocida la obligación de indemnizar, la cantidad total a pagar deba o no conciliarse con otras cantidades ya percibidas por el perjudicado. Cuando se establece la deducción, como ocurre normalmente en los casos resueltos por la Sala Tercera, se produce un enriquecimiento injusto de la propia Administración, como pone de relieve Huergo quien considera que la línea jurisprudencial que impone la deducción de las prestaciones de seguridad social percibidas por quien ha sido perjudicado por la actividad normal o anormal de la Administración, «significa claramente que la Administración se beneficia de la pensión de seguridad social, puesto que gracias a ella ve reducida la indemnización de responsabilidad patrimonial», añadiendo que «si el perjudicado no recibe la pensión y además la indemnización, se estará produciendo un enriquecimiento injusto, sea de la entidad de seguridad social (que recibe las cotizaciones y sin embargo no paga la pensión cuando se produce el supuesto de hecho), sea de la Administración causante del daño (que lo produce y, sin embargo, no paga la indemnización)»⁴⁵.

El problema de la concurrencia o no de estas prestaciones se planteó ya en la sentencia de 12 de marzo de 1991, dictada en unificación de doctrina, que considera que

«para prevenir extrapolaciones siempre arriesgadas, hemos de anticipar nuestro criterio favorable a la compatibilidad de la pensión extraordinaria ya reconocida y la indemnización de daños y perjuicios que concede la sentencia impugnada. Aquella es una evaluación apriorística y objetiva del quebrantamiento mínimo de carácter exclusivamente económico sufrido por razón de parentesco. No cuida, pues, de individualizar o matizar los perjuicios cuantitativa o cualitativamente, en función de las distintas circunstancias personales, familiares o profesionales. Por tanto, la pensión extraordinaria es por sí misma insuficiente y está necesitada de un complemento que le sirva para conseguir la plenitud de la reparación.»

En este mismo sentido se pronuncian las sentencias de la Sala Tercera de 20 de mayo de 1996, 21 de diciembre de 1999 y 10 de mayo de 2001. Esta última dice que aun reconociendo la compatibilidad entre la pensión extraordinaria para personas que prestaban el servicio militar y la responsabilidad patrimonial,

«en el caso de autos no se ha acreditado por el recurrente que los daños sufridos sean superiores a la indemnización recibida y, por ello, entiende cumplido el principio de reparación integral».

⁴⁵ HUERGO LORA, *ob. cit.*, en páginas 202 y 204.

Pero la cuestión en su planteamiento actual, no tiene una solución clara, porque, como hemos visto al tratar de la compatibilidad de pensiones e indemnizaciones en el caso de la responsabilidad civil por negligencia del empresario que causa daños a un trabajador asalariado, las discrepancias entre las diversas Salas del Tribunal Supremo que han resuelto demandas relacionadas sobre este problema son notables y la misma polémica puede trasladarse directamente a la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Por tanto, aunque la jurisprudencia de la Sala Tercera opte por la deducción, la cuestión sigue en pie. Y no se nos diga que el problema no coincide con el de la responsabilidad del empresario, porque, dada la tendencia de la propia Administración a asegurar su responsabilidad, la polémica acaba centrándose no en el concepto de responsabilidad sino en quién paga qué. Y debo advertir que, cuando discutimos estos problemas, estamos hablando de los aseguradores de la Administración, que van a ser quienes, en definitiva, van a beneficiarse de las «rebajas». Por tanto, debe considerarse reproducida aquí la polémica y la falta de soluciones que ponía de relieve en el apartado V de este trabajo.

3.º *La compatibilidad con los denominados «seguros de suma».*—¿Qué ocurre cuando el perjudicado por una actividad de la Administración tiene asegurada la vida o sus propios accidentes? Nos encontramos en este caso en una situación parecida a la que se plantea en el Derecho privado cuando se está discutiendo de la *compensatio lucri cum damno*, es decir, que se trata de sistemas diversos y de fuentes de compensación también distintas. Por ello debe considerarse reproducido aquí lo que se afirma en el apartado III de este trabajo, por lo que no deben tenerse en cuenta estas así llamadas «indemnizaciones», a los efectos de la indemnización que corresponda en virtud de responsabilidad patrimonial⁴⁶.

VII. CONCLUSIÓN

Creo que la conclusión a esta suerte de galimatías jurídico sobre la compatibilidad entre pensiones e indemnizaciones y entre indemnizaciones que provienen de la previsión de la víctima y de la reparación por negligencia no se encuentra ni en la discusión sobre qué debe considerarse daño ni sobre cómo debe entenderse la regla de la reparación. Creo que hay que volver a considerar el

⁴⁶ Estoy por ello totalmente de acuerdo con la opinión de HUERGO LORA, *ob. cit.*, p. 198.

principio de la *compensatio lucri cum damno*. Recordemos que se formula en el sentido que los beneficios económicos que provienen de hechos diferentes del propio daño, resultan totalmente independientes y, por tanto, no se han de computar en las indemnizaciones que se establezcan para resarcir el daño ocasionado. De lo que se ha dicho aquí, podemos comprobar que esta regla se aplica en una gran mayoría de las causas de concurrencia que se han estudiado, ya sea en las indemnizaciones por seguros de daños, ya sea en prestaciones por razón de solidaridad social. En definitiva, nos encontramos en estos casos ante una clara aplicación del principio de la *compensatio*, que se aceptó por la jurisprudencia en la ya antigua sentencia de 15 de diciembre de 1981. Pero cuando las compensaciones que recibe la víctima del daño provienen de hechos distintos, como ocurre cuando confrontamos indemnización y beneficios sucesorios por causa de muerte, o resarcimiento con seguro de vida (contrato aleatorio), no se aplica el principio contrario, es decir, la *compensatio* en su aspecto negativo, y se produce la concurrencia.

La aplicación de la regla de la *compensatio lucri cum damno* es una consecuencia clara del principio que veta el enriquecimiento injusto. Se producen, sin embargo, casos excepcionales en una zona gris, en los que el Tribunal Supremo no ha sabido encontrar una línea común de decisión: se trata del problema de la concurrencia de acciones de indemnización por negligencia con las prestaciones que por seguros sociales ha percibido ya el trabajador víctima del accidente. Nos encontramos claramente ante unas arenas movedizas, porque la solución es errática y no unánime e incluso muy alejada de lo que se ha venido consolidando en ámbitos distintos del ordenamiento jurídico. Porque una cosa es que el perjudicado pueda ejercer todas las acciones a su alcance para obtener la adecuada compensación de los daños que ha sufrido (acumulación de acciones) y otra muy distinta que las compensaciones que reciba por este ejercicio de acciones vaya a aumentar su patrimonio más allá del daño sufrido (acumulación de indemnizaciones). Esta última no es la finalidad de las indemnizaciones, que tienen como función «reparar» y no «enriquecer», con la duda que provoca el artículo 123 LGSS.

Por ello será muy conveniente que existiese una norma que estableciese claramente el principio de la *compensatio* que ya viene aplicado por la jurisprudencia.

Los sistemas registrales en el marco del Derecho privado europeo: reflexiones comparatistas sobre la inscripción registral como formalidad de los contratos *

SERGIO CÁMARA LAPUENTE
Profesor Titular de Derecho civil
Universidad de La Rioja

SUMARIO: I. *Planteamiento.*—II. *Contratos sobre las transacciones inmobiliarias y la inscripción registral en el proceso armonizador.* III. *El papel de la inscripción en la eficacia jurídica del contrato:* 1. Forma, formalidad, eficacia contractual y publicidad registral: bases conceptuales. 2. Los principios estructurales afectados: 2.1 Los sistemas de transmisión de la propiedad y los derechos reales. 2.2 Los sistemas causalistas y los sistemas abstractos. 2.3 Los sistemas de inscripción obligatoria, constitutiva o voluntaria. 3. La forma contractual que accede al Registro de la Propiedad.—4. El momento de ingreso en el Registro de la Propiedad: el «lapso registral» o «registration gap». IV. *Informatización de los registros como posible camino hacia la armonización:* 1. Registros electrónicos y documentos públicos electrónicos en relación con las Directivas de comercio electrónico y firma electrónica. 2. Transmisión electrónica de derechos reales sobre inmuebles e inscripción registral electrónica en la «Land Registration Act 2002» inglesa. 3. El proyecto comunitario «Eulis». 4. El Convenio (UNIDROIT) de Ciudad del Cabo relativo a las garantías internacionales.

* Este trabajo tiene su base en la ponencia del autor en el seminario internacional *European perspectives on the role of public authorities in contractual form and formality*, celebrado en la Universidad de Münster, el 6 de febrero de 2004. El autor desea dejar constancia de su gratitud por las observaciones que han enriquecido el ensayo tanto de los participantes como, especialmente, de los organizadores del seminario (Reiner Schulze, Simon Whittaker y Martin Ebers). Asimismo agradece las valiosas sugerencias y reflexiones de Pedro de Pablo Contreras, Fernando Canals Brage, Esther Arroyo i Amayuelas y Andrés Domínguez Luelmo, que tuvieron la gentileza de leer el original y proyectar su agudeza intelectual sobre él. Por supuesto, la única responsabilidad por las tesis reflejadas y por las eventuales inexactitudes corresponde a quien esto suscribe.

La investigación se enmarca en el proyecto núm. SEJ2004-08057-C03-01/JURI, financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia, titulado «Transformaciones en el sistema inmobiliario registral español: las garantías constitucionales en el procedimiento registral y el reto de la convergencia europea en la protección de los derechos subjetivos».

les sobre equipo móvil de 2001 y su sistema registral: 4.1 Planteamiento. 4.2 Causas, estructura, fines y régimen sustantivo del Convenio. 4.3 El Registro Internacional de garantías internacionales sobre equipo móvil. 4.4 Balance crítico. 5. Una breve conclusión.—V. *Directivas comunitarias, Derecho uniforme y sistemas registrales: un caballo de Troya*: 1. Directivas que regulan derechos reales susceptibles de inscripción. 2. Directivas que excluyen los contratos sobre derechos sobre bienes inmuebles. 3. Directivas que inciden en la práctica registral. 4. Derecho uniforme y «Soft Law»: los ejemplos de la «eurohipoteca» y el «trust» y las previsiones para el Código civil europeo.—VI. *Los diferentes sistemas registrales en la Unión Europea: líneas de convergencia y divergencia*: 1. Registros de documentos, Registros de titularidades y el seguro de títulos. 2. Áreas de desencuentro.—VII. *Conclusiones*.

I. PLANTEAMIENTO

Una forma realista de acometer la comparación de los diversos sistemas registrales existentes en el seno de la Unión Europea y su relación con el acervo comunitario estriba en partir del Derecho contractual, que es un ámbito parcialmente armonizado y sujeto a una pujante actividad de revisión normativa y académica en el entorno europeo. Este estudio se vertebra sobre dos ideas: el papel de la inscripción registral como una formalidad necesaria para la plena eficacia de ciertos contratos y la incidencia de la disparidad de los sistemas registrales, que acogen esa formalidad, en el *acquis communautaire* existente y en el proceso de armonización jurídica europea.

Respecto a la inscripción como formalidad contractual, su exacta delimitación necesitará atender a varios factores no homogéneos dentro de los Estados miembros de la Unión Europea. En concreto, por un lado, existen sistemas legales que imponen la inscripción obligatoria y/o constitutiva cuando un contrato cree derechos reales sobre inmuebles; en estos sistemas, la falta de inscripción puede traer diversas consecuencias sobre la validez o la eficacia del contrato mismo. En otros sistemas la inscripción es voluntaria, pero su ausencia comporta importantes recortes a la eficacia del contrato en relación con terceros. Por otro lado, el significado jurídico de la publicidad que otorga el Registro de la Propiedad es muy distinto en cada jurisdicción; la distinción entre sistemas de «inscripción de documentos» y sistemas de «inscripción de titularidades» fractura el mapa europeo más allá de la dicotomía entre *Civil Law* y *Common Law*, e incluso entre sistemas germánicos y sistemas latinos.

Ninguna de estas usuales dicotomías se corresponde con aquella distinción, introduciendo un nuevo factor de divergencia.

La intervención de autoridades públicas en el proceso contractual tiene su máximo exponente, respecto a los contratos sobre derechos reales inmobiliarios, en la actividad de los Notarios y de los Registradores¹. Mientras sólo 19 de los Estados miembros de *Civil Law* de la UE cuentan con Notarios, agrupados en la Conferencia de los Notarios de la Unión Europea (CNUE)², los 25 países comunitarios cuentan con Registros de la Propiedad, bajo la responsabilidad de Registradores, si bien éstos poseen muy diversas funciones, incardinaciones en la Administración Pública (algunos forman parte del Ministerio de Economía, otros del de Justicia o de la organización judicial)³ y formación, según cada Derecho nacional. En el proceso de transmisión de derechos reales sobre inmuebles el Notario (o el *solicitor* en el área anglosajona, con rasgos diferentes) y el Registrador actúan de forma cronológicamente sucesiva, para cumplir un doble filtro de legalidad y de formas, una comprobación de adecuación a la legalidad por los Notarios y un auténtico control de legalidad (en algunos países, donde rige un sistema de calificación serio e independiente) por los Registradores. En primer lugar, el Notario hace tanto de «asesor privado» como de «oficial público» para las partes: averigua la titularidad legítima, asesora a los contratantes sobre la legalidad civil y fiscal, redacta técnicamente el pacto y lo convierte en un documento auténtico certificado por su función pública (*notarial deed*, escritura pública o *acte authentique*). Ese documento transmite una información objetiva al Registro⁴. A partir de ese momento, el Registrador comprueba la validez formal del

¹ Vid. WHITTAKER, S., «The Reformulation of Contractual Formality», en BIRKS, P. y PRETTO, A. (dirs.), *Themes in Comparative Law in Honour of Bernard Rudden*, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 199 ss., esp. pp. 207-210.

² La *Conférence des Notariats de l'Union Européenne (CNUE)* reúne representantes de Alemania, Austria, Bélgica, España, Francia, Grecia, Italia, Luxemburgo, Países Bajos y Portugal. Por su parte, en nueve de los diez Estados que han ingresado el 1 de mayo en la Unión Europea existe el sistema notarial llamado latino-germánico (el propio de la Unión Internacional del Notariado Latino): sobre ello y la función notarial en este contexto, BOLÁS ALFONSO, J., *El papel del notariado europeo en el nuevo espacio jurídico y económico* (conferencia pronunciada el 31 de marzo de 2004), «Escritura Pública», Colegios Notariales de España, Madrid, 2004, pp. 1-36.

³ Por ejemplo, en Francia, el *conservateur des hypothèques* es nombrado por el Ministerio de Economía y Finanzas, del que depende (como en Italia), mientras que en Inglaterra depende del Ministerio de Justicia; en Alemania o Austria, el *Rechtspfleger* es un funcionario especial que trabaja para el orden jurisdiccional. Más aspectos comparativos de esta diferente organización en países comunitarios pueden verse en BLANQUER UBEROS, R., «La realidad del tráfico inmobiliario en la práctica de los países de nuestro entorno», en *La Ley*, núm. 5302, de 7 de mayo de 2001, pp. 6-7.

⁴ MOTEL, J., «A European View on Notaries and Conveyancing», en *Eulis Seminar on Conveyancing Practices*, Lund, 15-16 de mayo de 2003, pp. 4-5 (disponible en «<http://www.eulis.org>», fecha de consulta: 10 de enero de 2004).

documento, la ausencia de contradicción con otros asientos registrales y, según el filtro de entrada al Registro (*input*) sea más débil o más fuerte en función de los efectos de la publicidad registral del sistema (*output*)⁵, el Registrador podrá comprobar objetivamente si el contrato se ajusta a la legalidad vigente desde la independencia y el monopolio funcional y territorial de su cargo. En este sentido se ha dicho que «la función del Notario es atender a los requerimientos de las partes, dentro del marco legal permitido por el Derecho, mientras que la función del Registrador es velar por el interés de los terceros, la sociedad entera, que puede no coincidir con los intereses de los contratantes que expresan su voluntad ante el Notario»⁶.

En cuanto a la segunda idea apuntada, la incidencia de los distintos sistemas registrales en el proceso de armonización del Derecho privado europeo, debe partirse de la idea de que el Registro de la Propiedad busca la seguridad en la contratación sobre inmuebles. Con muy diversos grados de cumplimiento de este objetivo, todos los Registros tratan de evitar costes de información y vigilancia sobre los derechos y de dar garantías de estabilidad a los terceros que contratan con quien aparece como titular a tenor de la información registral. Al menos tendencialmente, los Registros se fundan en el principio de que lo que proclaman es exacto y de que, además, son completos. Sin embargo, cada ordenamiento jurídico dota a su Registro de distintos efectos legales, en forma de presunciones, por lo que sólo algunos consiguen la plena inatacabilidad de la posición de los terceros que, simplemente, confiaron en la información registral, sin necesidad de ulteriores pesquisas sobre titularidades y derechos fuera del registro. En este contexto, el examen del *acquis communautaire* revela que las transacciones sobre derechos reales inmobiliarios han sido expresamente marginadas de diversas Directivas, aunque la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, con una interpretación amplia, las ha incluido en algún caso. Además, el fenómeno del comercio electrónico permite augurar un mayor auge de este cauce contractual también en relación con derechos sobre bienes inmuebles (cfr. la exclusión facultativa del art. 9.2 de la Directiva 2000/31/CE). Pese a esta escasez de datos legislativos, el legislador comunitario sí ha regulado algunos derechos para cuya efi-

⁵ Efectos que van desde el puro archivo o depósito de documentos para facilitar sólo el acceso a la información hasta el establecimiento de una fuerte prueba de presunciones que hace inatacable la posición de quien contrata confiado en la información que da el registro.

⁶ PAU PEDRÓN, A., «The Register as an Instrument of Security in Property Transactions», en SÁNCHEZ JORDÁN, M. E. y GAMBARO, A. (dirs.), *Land Law in Comparative Perspective*, Kluwer Law International, The Hague, 2002, p. 90.

cacia deviene esencial la inscripción registral (una inscripción, como hemos visto, no armonizada). Así sucede con el derecho de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles (Directiva 94/47/EC) o la cláusula de reserva de dominio (Directiva 2000/35/CE sobre morosidad). En un ámbito aún armonizable, como es la protección del consumidor en los créditos hipotecarios, la atención al fenómeno de la inscripción registral es importante, toda vez que la hipoteca necesita cumplir ese requisito para nacer jurídicamente. E incluso en materias tratadas por el *Soft Law*, que quizás en el futuro podrían ser objeto de normas comunitarias, el papel de la inscripción es crucial, como ocurre con la «eurohipoteca» o los *trusts*.

Sólo se examinarán aquí las dos ideas mencionadas en relación con el Registro de la Propiedad, por su incidencia en el Derecho contractual. Otros registros o archivos cercanos o relacionados, a los que incluso ya está alcanzando el fenómeno de la europeización, quedan al margen de este estudio. Así, el *Catastro*, que puede suministrar la base gráfica para la descripción física de la finca en el Registro de la Propiedad, se encuentra en ocasiones unificado con éste, otras veces coordinado con él o, en otros casos, son dos instituciones independientes. En líneas generales, en los países del norte de Europa el Catastro está vinculado a los Registros de la Propiedad y al servicio del mercado inmobiliario. En el centro y sur europeo se presta más atención a otros usos, como los tributarios, o al apoyo a la actividad agraria, sin vinculación inmediata al sistema de garantías de la propiedad⁷. La Dirección General para la Sociedad de la Información de la Comisión Europea prepara una Directiva sobre la materia dentro del Plan de Acción *e-Europe*. Por su parte, el Registro Mercantil, debido a su pleno ajuste a los iniciales fines «económicos» de las Comunidades Europeas, cuenta ya con un importantísimo grado de armonización a través de Directivas, especialmente a partir de la temprana Directiva 1968/61/EC⁸, e incluso es accesible a través de Internet. Otros registros de Derecho privado como los de patentes, propiedad intelectual, bienes muebles (sobre la compraventa a plazos, por ejemplo) o el peculiar Registro de condiciones generales de la contratación y cláusulas

⁷ DURÁN BOO, I., «The Challenges of the Future European Cadastre», en *CT: Catastro*, octubre 2002, p. 203 (*I Congress on the Cadastre in the European Union*, Granada, 15-17 mayo, 2002). Así, por ejemplo, en Eslovaquia, Hungría y la República checa, Registro y Catastro están unificados en una sola organización.

⁸ Sobre las perspectivas unificadoras de este Registro y el proyecto EBR (*European Business Register*), vid. REICHEL, G. (dir.), *Perspektiven eines einheitlichen europäischen Handelsregisters: Symposium Wien 12 Oktober 2002*, Manzsche Verlag, Wien, 2003, y SCHOLZ, O., «Die Einführung elektronischer Handelsregister im Europarecht», en *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2004, 6, pp. 172-176.

abusivas que existe en España desde la transposición en 1998 de la Directiva 1993/13 o el proyecto europeo de crear una base de datos sobre estas cláusulas y las sentencias recaídas sobre ellas (CLAB)⁹, quedan al margen de esta exposición.

II. CONTRATOS SOBRE LAS TRANSACCIONES INMOBILIARIAS Y LA INSCRIPCIÓN REGISTRAL EN EL PROCESO ARMONIZADOR

Es un dato cierto que el legislador comunitario ha prestado una escasa atención al derecho de propiedad y a los derechos reales. Ciertamente, el artículo 295 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (TCE) declara que «El presente Tratado no prejuzga en modo alguno el régimen de la propiedad en los Estados miembros». Sin embargo, esto no significa, como ha dicho repetidas veces y lo ha afirmado el Tribunal del Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) exclusión total de la actividad legislativa europea¹⁰ en torno a un derecho, el de propiedad, reconocido tanto en la Carta de Niza de Derechos Fundamentales (art. 17) como en la Convención Europea de Derechos Humanos (Primer Protocolo). También el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha enfrentado por esta vía con cuestiones de Derecho privado relacionadas con el Derecho de cosas¹¹. Las inversiones de ciudadanos de un Estado miembro en inmuebles situados en otro Estado de la UE son cada vez más frecuentes. Estos contratos o transacciones inmobiliarias obtienen respaldo del legislador por la vía de las libertades fundamentales, constitucionalmente consagradas en el ámbito de la Unión Europea. Así, cuatro libertades inciden en la adquisición transfronteriza de derechos sobre inmuebles¹²: la libertad de esta-

⁹ Accesible desde <http://europa.eu.int/clab/>.

¹⁰ Asunto C-350/92, *Kingdom of Spain v. Council of the European Union* [1995], ECR I-1985; asunto C-222/97, *Trummer and Mayer* [1999], ECR I-1661. Vid. VAN ERP, S., «A Comparative Analysis of Mortgage Law: Searching for Principles», en SÁNCHEZ JORDÁN / GAMBARO, *Land Law in Comparative Perspective*, cit., p. 84.

¹¹ Asunto 22774/93, *Inmobiliare Saffi v. Italy*, de 28 de julio de 1999; asunto 22534/93, *A.O. v. Italy*, de 30 de mayo de 2000; asunto 28272/95, *Ghidotti v. Italy*, de 21 de febrero de 2002. Vid. SCHMID, C. U., «European Influences on Real Property Law», en *Eulius Seminar on Conveyancing Practices*, Lund, 15-16 de mayo de 2003, p. 2 (disponible en <http://www.eulis.org>), fecha de consulta: 10 de enero de 2004); ZATTARA, A. F., *La dimension constitutionnelle et européenne du droit de propriété*, LGDJ, Paris, 2001.

¹² Ya se subrayó en el Noveno Congreso Internacional sobre Derecho registral, organizado por el Centro Internacional de Derecho registral (CINDER), en Torremolinos, 1982, tema II: «Libre circulación de capital y su incidencia en el crédito hipotecario: la Comunidad Económica Europea y otras Comunidades Internacionales» (disponible en http://cinder.registradores.org/uk/congresos/imprimir/congreso_ix_2.htm); fecha de consulta: 30 de enero de 2004). Vid. también SCHMID, *op. cit.*, pp. 3-4.

blecimiento (arts. 43 y 48 TCE), cuando el adquirente es una empresa; la libertad de movimientos de capital y pagos (art. 56 TCE), cuando se trata de cualquier inversor o consumidor; la libertad de movimiento de trabajadores (art. 39 TCE), si es un trabajador extranjero quien quiere adquirir un piso en el país donde pretende prestar sus servicios; y la libertad de servicios (art. 49), en supuestos en que una entidad de crédito desee ofertar préstamos garantizados con hipotecas en países distintos del de su sede.

Como es evidente, cuanta mayor seguridad jurídica ofrezca la normativa de un país, más atractivo resultará para atraer inversiones¹³. Y en relación con la propiedad inmobiliaria, el Registro de la Propiedad es una fuente básica de seguridad jurídica. Precisamente, pese a la protección de las transacciones inmobiliarias a través de los artículos del Tratado de Roma, no cabe desconocer el clásico principio del Derecho internacional privado –plasmado también en el Convenio de Viena de compraventa internacional de mercaderías¹⁴– por el que, en casos de conflictos de leyes, se aplica generalmente la *lex rei sitae*. Aplicado a la inscripción registral como formalidad contractual, queda claro, a tenor del artículo 9.6 del Convenio de Viena, que todo contrato que tenga por objeto un derecho real inmobiliario o un derecho de utilización de un inmueble estará sometido en cuanto a la forma a las normas imperativas del país en que el inmueble esté sito. La aplicación del Derecho local (no armonizado) también tendrá lugar en relación con la hipoteca (y su inscripción registral como requisito necesario y constitutivo del derecho real) que asegure un préstamo otorgado a un consumidor. De esta forma, mientras el crédito al consumo, que es una de las materias incluidas por excelencia en el *acquis communautaire* en virtud de la competencia comunitaria para la protección de los consumidores, podrá regirse, en principio, por la ley elegida por las partes –una ley nacional que, en todo caso, cuenta ya con un importante grado de armonización–, en cambio, la garantía real más importante y usual, la hipoteca, se regirá por la ley del lugar donde se encuentre el bien hipotecado. Ley en absoluto armonizada en el contexto europeo. De ahí que el Comisario europeo de sanidad y protección de los consumidores, David Byrne, haya destacado recientemente que «la Comisión ha propuesto la inclusión de los créditos hipotecarios en el ámbito de la Directiva [nueva propuesta de Directiva de crédito al consumo] con

¹³ Desarrolla la idea PAU PEDRÓN, «The Register as...», cit., p. 89.

¹⁴ Artículos 4.3 y 9.6 del Convenio de Viena de 1980; artículo 4 del Convenio UNIDROIT sobre arrendamiento financiero internacional (Ottawa, 1988). Pueden consultarse en ZIMMERMAN, R.; SCHULZE, R. y ARROYO I AMAYUELAS, E., *Textos básicos de Derecho privado europeo. Recopilación*, Marcial Pons, Madrid, 2002.

la excepción de los préstamos para la compra de propiedad inmobiliaria»¹⁵. La razón aducida de que «la garantía de una hipoteca está siendo usada crecientemente en el contexto del crédito al consumo» parece que no será suficiente ni a los ojos del Parlamento europeo ni de la mayoría de los Estados miembros. Por lo tanto, si un banco estima necesario constituir un tipo especial de hipoteca que no existe en un país, no podrá emplear la técnica financiera ligada a dicha garantía en ese país¹⁶.

Bajo las coordenadas expuestas, no resulta sorprendente que el Tribunal de Justicia de Luxemburgo se haya ocupado en algún célebre caso de contratos sobre propiedad inmobiliaria y, más en concreto, sobre la hipoteca. En el caso *Trummer*, de 1997¹⁷, el TJCE entendió que la prohibición existente en Austria –también en otros países como Finlandia o Suecia– de inscribir en el Registro de la Propiedad hipotecas establecidas en moneda extranjera suponía una violación de la libertad de circulación de capitales¹⁸. Sin duda, la implantación del euro ha atajado en buena medida problemas como éstos, pero aún cabe pensar en el argumento como contrapeso a la prohibición de inscribir ciertos derechos reales al amparo de la cláusula de orden público. Desde un punto de vista más adjetivo o instrumental, existe también jurisprudencia del TJCE relativa a que las cantidades abonadas por los particulares en la consulta del Registro sólo pueden ir destinados a cubrir la instalación y funcionamiento de éste, incluida la remuneración, pero no otras funciones del Estado u otros gastos públicos¹⁹.

¹⁵ BYRNE, D., «Consumer Aspects of Mortgage Lending», en *European Mortgage Federation Conference*, Brussels, 28 de noviembre de 2003, speech/03/581, p. 4 (disponible en «<http://www.europa.eu.int>» y en «<http://www.hypo.org/>»). La razón dada para no incluir préstamos para adquirir inmuebles es que éstos están cubiertos por el «Voluntary Code of Conduct on home loans», firmado en marzo de 2001 por el sector hipotecario y representantes de los consumidores.

¹⁶ Otmar STÖCKER («La Eurohipoteca: un medio para unificar el Derecho hipotecario en Europa», en HERNÁNDEZ MORENO, A., [dir.], *Anales [I] 1996/1997, Centro para la Investigación y Desarrollo del Derecho Registral Inmobiliario y Mercantil [CIDDRIM]*, Cedecs, Barcelona, 1998, pp. 20-21) expresa así el problema de la regla *lex rei sitae*, relacionado también con la dificultad de importar instrumentos financieros e hipotecas extranjeras, debido a la excepción de orden público del Derecho internacional privado. Esa es una de las explicaciones del escaso (incluso hoy) tráfico transfronterizo de créditos hipotecarios dentro de la UE.

¹⁷ Asunto C-222/97, *Trummer and Mayer*, [1999], ECR I-1661; confirmado en el asunto C-464/98, *Stefan*.

¹⁸ Para sostener esto, el TJCE afirmó (en el núm. 26) que estas reglas nacionales debilitan la relación entre la deuda asegurada, pagable en moneda de otro Estado miembro, y la hipoteca, y esto sólo puede reducir la eficacia de esa garantía, y por tanto, su atractivo.

¹⁹ Asunto *Carni v. Amministrazione delle Finanze dello Stato*, de 24 de abril de 1993; Asunto *Fantask v. Industriministeriet*, de 2 de diciembre de 1997; Asunto *Tecnologia de Informação SA v. Direcção Geral dos Registos e Notariado*, de 21 de junio de 2001, según cita de PAU PEDRÓN, A., *La convergencia de los sistemas registrales en Europa*, Colegio de Registradores de la Propiedad, Madrid, 2004, p. 80, núm. 88.

Ahora bien, para las hipótesis bien de una armonización, bien de una uniformización de los sistemas registrales inmobiliarios en la Unión Europea se deben tener presentes, al menos, tres factores: en primer lugar, la profunda divergencia actual de los Registros de la Propiedad y, en particular, del valor de la publicidad que ofrecen, dentro de los Estados miembros, pese a algunos rasgos homogéneos (*vid. infra*, ap. VI). En segundo lugar, cabe adoptar una perspectiva optimista con vistas a una armonización o uniformización, pese a la gran disparidad reseñada, debido al carácter eminentemente técnico de las reglas registrales²⁰, por el carácter «artificial» o «intelectual» del Registro de la Propiedad, más desligado de las consideraciones de la tradición histórica o de la formación consuetudinaria²¹ que la mayoría de las disciplinas del Derecho privado. Una larga experiencia en este campo viene demostrando los beneficios del Derecho comparado en este ámbito y el éxito de las soluciones transplantadas de un sistema a otro o incluso el cambio total de sistema registral en un ordenamiento jurídico²². En tercer lugar, se ha propuesto recientemente que la regulación de la publicidad registral inmobiliaria en el hipotético Código civil europeo «tendría hoy base suficiente en las competencias de la Unión para regular el Mercado interior –art. 95 (el antiguo 100 bis)– y la protección de los consumidores –art. 153–. Las normas registrales –en general, y no sólo las inmobiliarias– son normas de protección de los consumidores»²³. La afirmación, con ser sugerente,

²⁰ El Derecho inmobiliario registral ha sido descrito como «la más técnica de todas las ramas del Derecho» por RUOFF, SIMPSON o DEKKER (según cita de ZEVENBERGEN, J., *Systems of Land Registration. Aspects and Effects*, Netherlands Geodetic Commission, Delft, 2002, p. 8).

²¹ Señala PAU (*La convergencia...*, cit., pp. 42-43) que «los diversos sistemas registrales no han sido creados sobre un sustrato consuetudinario (...). A ello hay que añadir que no existió en el Derecho romano que late detrás de los Ordenamientos europeos, un sistema de publicidad inmobiliaria. De manera que en el estudio de las posibles raíces comunes de los sistemas registrales europeos hay que excluir esos dos factores –costumbre y Derecho romano– que están presentes en los estudios históricos del Derecho privado europeo». Por ello, el escepticismo de V. RENARD («L'improbable convergence des systèmes fonciers: de la difficulté de transférer des outils de politiques foncières d'un pays à un autre», en *Études Foncières*, marzo-abril 2003, núm. 100; también disponible en <<http://ceco.polytechnique.fr/CHERCHEURS/RENARD/Efn-100.pdf>>, fecha de consulta: 20 de junio de 2004) debe someterse a cierta revisión, cuando se funda (para el contexto mundial, y no sólo europeo) en que «un système foncier est toujours une alchimie complexe entre mécanismes économiques, systèmes juridiques, tradition et coutumes, attitudes vis à vis de la propriété».

²² *Vid.* PAU PEDRÓN, A., «La comparación en Derecho registral» (en *Estudios jurídicos en homenaje a Tirso Carretero*, Madrid, 1985, hoy) en *Id.*, *La publicidad registral*, CER, Madrid, 2001, pp. 11-35; *Id.*, *La convergencia...*, cit., pp. 43-44 y 95 (el Derecho registral resuelve «problemas técnicos que poco tienen que ver con idiosincrasias nacionales»).

²³ PAU PEDRÓN, *La convergencia...*, cit., p. 21; también, pp. 25 y 94-95. Por su parte, DÍAZ FRAILE, J. M., «La inclusión de los préstamos hipotecarios en el Proyecto de Directiva sobre contratación de servicios financieros a distancia (la “hipoteca electrónica”）」, en *Actualidad Civil*, 1999, III, pp. 994, rechaza que exista fundamento para la armonización

debe acogerse con cierta cautela a la luz del actual diseño competencial de la Unión Europea²⁴.

III. EL PAPEL DE LA INSCRIPCIÓN EN LA EFICACIA JURÍDICA DEL CONTRATO

1. FORMA, FORMALIDAD, EFICACIA CONTRACTUAL Y PUBLICIDAD REGISTRAL: BASES CONCEPTUALES

Volviendo al núcleo de la primera idea de esta exposición, es preciso resaltar cómo suelen citarse en el entorno comparado como formas propias de los contratos la constancia escrita, la firma –incluida la firma electrónica–, la presencia de testigos, el empleo de un idioma o incluso la escritura notarial o documentación judicial para algunos casos²⁵, pero es usual eludir la mención de la inscripción registral como una formalidad necesaria en los contratos inmobiliarios²⁶. Dado que los contratos no son relaciones jurídicas que afectan sólo a las partes, sino también a terceros, como un autor ha señalado recientemente, los deberes de información contractual, impuestos a veces (particularmente en la protección de los consumidores) como forma necesaria del contrato, pueden tener sentido no sólo en relación con la otra parte sino con el público en general (las terceras partes), y es preciso tener presente este concepto de información o publicidad, característica del Derecho de cosas, también en el Derecho de obligaciones²⁷.

de los sistemas registrales europeos, aduciendo no sólo el antiguo artículo 222 TCE (actual art. 295), el «respeto a las tradiciones y culturas de los diversos Estados miembros» y el hecho de la coexistencia aporoblemática de sistemas registrales diferentes dentro de varios territorios nacionales (Francia, Italia y el Reino Unido con Escocia).

²⁴ Merece una detenida consideración con los siguientes parámetros: el artículo 295 TCE; los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, y la STJCE de 5 de octubre de 2000; el contenido de la publicidad registral y su incidencia en la eficacia de los derechos reales; el empleo del Registro por cualquier interesado (incluidos organismos públicos y privados) y no sólo por y para los consumidores: los terceros y adquirentes a los que protege el Registro no coinciden siempre con el concepto comunitario de consumidor (que no excluye al adquirente de inmuebles).

²⁵ Vid. BYLDINSKY, P., «Formgebote für Rechtsgeschäfte und die folgen ihrer Verletzung», en SCHULZE, R.; EBERS, M., y GRIGOLEIT, H. C. (dirs.), *Informationspflichten und Vertragsschluss im Acquis communautaire*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2003, pp. 141-154, especialmente, pp. 142-143.

²⁶ Analiza esto, como una excepción en el panorama doctrinal, WHITTAKER, «The Reformulation...», cit., pp. 207 ss.

²⁷ VAN ERP, S. «Information in Contract and Property Law: Some Cross-Border Remarks (A Brief Contribution to the Discussion)», en SCHULZE/EBERS/GRIGOLEIT, *Informationspflichten...*, cit., pp. 190-192 y 197-198.

En efecto, la conclusión de un contrato despliega toda su eficacia *inter partes* desde el momento del acuerdo, pero para que los terceros no puedan obviar su deber de respeto de la relación jurídica creada, cuando dicho contrato tiene por objeto la transferencia de la propiedad o de derechos reales sobre un bien, es preciso revestir a ese pacto de una exteriorización, que el tronco histórico común procedente del Derecho romano clásico ha diferenciado según la naturaleza del bien²⁸: la posesión para los bienes muebles y la inscripción registral para los bienes inmuebles. Por estas vías de pública demostración de la transferencia, los terceros pueden obtener la información de quién es el nuevo titular del derecho sobre el bien y, por tanto, no pueden ampararse en el desconocimiento de un pacto oculto (*res inter alios acta, nec nocet nec prodest*) para no respetar el derecho ostentado por el nuevo titular. El adquirente queda protegido no ya sólo contra el transmitente, ligado por el *vinculum iuris*, sino también contra los terceros. En términos técnicos, este desdoblamiento de los rasgos del contrato, se ha descrito de dos maneras:

- bien aludiendo a que en la transmisión de derechos reales existe un «elemento contractual» y un «elemento real»,
- o bien, con empleo de la terminología al uso en la mayoría de la doctrina continental y recogida también en textos como el Convenio de Viena (art. 4 CISG) o la Directiva sobre comercio electrónico (art. 9.1)²⁹, distinguiendo entre la «validez» y la «eficacia jurídica» del contrato. La «eficacia» puede ser *inter partes* o *erga omnes*.

Precisamente la plena eficacia frente a todos en las transferencias de derechos sobre inmuebles se consigue, en todos los sistemas, mediante la inscripción en el Registro de la Propiedad. Y esto sucede incluso en los sistemas en que esta inscripción es voluntaria³⁰: el principio de «inoponibilidad», es decir, que lo no inscrito no perju-

²⁸ Con lo cual no quiere significarse, por supuesto, que el Derecho romano clásico contuviese ya el germen de la publicidad registral, pues es sabido que la publicidad se conseguía por otras vías formales (*mancipatio, in iure cesio, traditio*, etc.): *vid.*, por todos, ZAMORA, J. L., *La publicidad de las transmisiones inmobiliarias en el Derecho romano*, Colegio de Registradores, Madrid, 2004.

²⁹ De forma paralela, el *Uniform Commercial Code* estadounidense, en su sección 9.203, distingue el *attachment* de la *enforceability* en relación con los derechos de garantía.

³⁰ Así, en España, los artículos 606 CC y artículo 32 LH (*vid.* también art. 13.1) declaran: «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 terceros». Conocidas son, por lo demás, las palabras de la exposición de motivos de la reforma de 1944 de la Ley Hipotecaria: «si no se concede a la inscripción carácter constitutivo, se le da, en cambio, tan singular sustantividad en los aspectos civil y procesal, que sólo las relaciones inscritas surtirán plena eficacia legal» (cursiva mía).

dica a tercero, impone indirectamente esta formalidad adicional al contrato para que tenga plena eficacia, sin merma de su validez.

Si bien las ideas anteriores son perfectamente sostenibles desde la perspectiva del Derecho comparado, conviene acercarse ahora algo más al dominio conceptual español para perfilar con más precisión técnica las nociones sobre las que se construye este ensayo. Aunque ello no despejará absolutamente los riesgos inherentes a toda «macrocomparación jurídica»³¹, puede ayudar a clarificar el punto de partida. Dos cuestiones conexas deben ser abordadas: ¿qué se entiende por forma y qué por formalidad? ¿Cuál es la virtualidad de la inscripción en el proceso contractual? O lo que es lo mismo, ¿es la inscripción una forma contractual, una formalidad contractual o ninguna de las dos?

Entre las múltiples acepciones de *forma* del contrato destaca la idea de constituir el cauce para la exteriorización o manifestación de la voluntad de los contratantes. La forma contractual es el conjunto de solemnidades exteriores consideradas como un vehículo necesario de expresión de la voluntad contractual, la cual debe quedar exteriormente revestida con ellas para alcanzar plena validez y eficacia jurídica³². El concepto de *formalidad* resulta mucho más desvaído en nuestro sistema jurídico y menos perfilado doctrinalmente y, si bien podría ser usado en relación de género (forma) a especie (formalidad), en estas páginas se empleará en un sentido amplio, como aquel requisito suplementario que debe acompañar a un contrato para obtener efectos adicionales reconocidos por el ordenamiento jurídico³³.

³¹ Sobre los valores didácticos y referenciales de esta «macrocomparación» en el Derecho registral y su utilidad para la convergencia de los sistemas jurídicos, *vid.* PAU PEDRÓN, «La comparación en Derecho registral», *cit.*, pp. 27-31 y 33-35, sobre sus beneficios en materia registral.

³² DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, 4.ª ed., Civitas, Madrid, 1993, I, p. 249.

³³ En un sentido próximo, WHITTAKER, «The Reformulation of Contractual Formality», *cit.*, pp. 200-201), distingue entre «forms which are required by the law of a contract and those forms which, though not required, are commonly adopted by parties to contracts or to particular types of contracts; a distinction between contractual formalities and contractual forms». [...] «I consciously adopt a very broad approach to “formalities” and include any legal requirement which concerns the form in which the contract is to be expressed or the procedure by which it is to be made or by which it is to be accompanied and which goes to the validity, enforceability or more general effectiveness of a contract to achieve its purpose». E incluye la inscripción registral entre estas formalidades precisas para la eficacia del contrato (pp. 209-210). También SANTOS MORÓN, M. J., *La forma de los contratos en el Código civil*, Universidad Carlos III, «BOE», Madrid, 1996, p. 232, con cita de GUERRERO, GIORGIANNI, GALGANO y ALBALADEJO, define formalidad como «aquellos requisitos exigidos por la ley como elementos añadidos a la propia declaración de voluntad y externos al negocio jurídico mismo pero necesarios para la producción de un determinado efecto jurídico». E incluye la inscripción registral como «formalidad o forma de publicidad», pero sólo en relación con la hipoteca.

¿Puede calificarse la inscripción registral como *forma* del contrato? En puridad, la respuesta debe ser negativa³⁴. Diversas razones lo avalan: *a)* la forma es anterior a la publicidad registral, que sólo implicará exteriorización del derecho real cuando ya se haya producido la forma del negocio jurídico; *b)* la forma afecta esencialmente a las partes, mientras que la inscripción busca obtener la cognoscibilidad general del contenido negocial; *c)* aquélla sirve para probar, ésta para que los terceros no puedan ignorar la situación jurídico-real (oponibilidad); *d)* la forma la realizan las propias partes, pues se refiere al acto jurídico, al revestimiento de su voluntad en el momento de declararse, mientras que la inscripción comporta la exteriorización del acto en los libros registrales, poniendo lo publicado (publicidad) al alcance de cualquiera.

¿Puede calificarse la inscripción registral como una *formalidad* de la plena eficacia del contrato? Y, en caso afirmativo, como entendemos que puede defenderse, ¿qué consecuencias tiene el cumplimiento o incumplimiento de tal formalidad para la eficacia contractual? Ciertamente, no es esta explicación de la publicidad registral —que permite abordar ésta desde el existente acervo comunitario sobre los contratos— una explicación al uso o paladinamente manifestada por la doctrina española. Sin embargo, puede afirmarse que es la concepción existente en la Ley Hipotecaria de 1861³⁵. Y, amén

³⁴ Así, rotundamente lo afirman GARCÍA GARCÍA, J. M., *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, Civitas, Madrid, 1988, I, pp. 41-42 (quien cita *en contra* a F. DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1967, p. 278, para quien la publicidad había de concebirse como un supuesto especial de «forma»); PAU PEDRÓN, A., «Efectos de la inscripción en la constitución de los derechos reales», en ID., *La publicidad registral*, CER, Madrid, 2001 pp. 384-385; GORDILLO CAÑAS, A., «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)», en *ADC*, 2001, I, pp. 124-125; autores en los que pueden verse desarrollados los argumentos que siguen. En cambio, DE CASTRO Y BRAVO (*El negocio jurídico*, Madrid, 1971, reed. Civitas, Madrid, 1985, p. 278) concibe la publicidad como una forma, en los siguientes términos: «se denomina forma: a) *El medio de expresión* (...). b) *Las formalidades*. Se refiere a la observancia de ciertas formas admitidas como únicas aptas para la declaración de la voluntad. (...). De las formalidades se distinguen: a) La llamada *forma intrínseca* o estructural (...). b) Las denominadas *formas habilitantes* (...). c) *Las formas de publicidad*, que sirven para dar eficacia general al negocio (inscripción en Registros, puesta a disposición).» Y continúa afirmando: «Conforme al valor de las formalidades, se distingue: a) *Valor constitutivo* (“ad substantiam”) (...). b) *Valor integrativo* (“ad solemnitatem”) (...). c) *Valor de publicidad*, que implica su eficacia general o respecto de terceros (no cabe alegar ignorancia). d) *Valor probatorio* (“ad probationem”) (...).» [cursivas del autor].

³⁵ En su exposición de motivos puede leerse: «Necesario es no confundir los derechos adquiridos con las *formalidades* que se establecen *para conservarlos* (...) sujetar a ciertas *formalidades* la declaración y conservación de derechos preexistentes no es anularlos, *es más bien hacer que sean eficaces*» (cursiva mía). Como explica GORDILLO CAÑAS («La inscripción en el Registro...», cit., pp. 49-70), en la LH de 1861 la inscripción se configura como voluntaria y no constitutiva «pero cuya práctica se impone a modo de *carga* para la expedita oponibilidad *erga omnes* de los derechos reales»; la inscripción es

de ser defendida expresamente por algún jurista de la máxima autoridad³⁶, acaba subyaciendo, de forma intuitiva en algunos otros, bien con empleo expreso del término *formalidad*³⁷, bien mediante el recurso al concepto de «carga formal»³⁸ o de *conditio iuris* o presu-

voluntaria pero está muy estimulada (positiva y negativamente) por el cúmulo de sus provechosos efectos. También el *exposé de motifs* de la Ley de Transcripción francesa de 23 de marzo de 1855 (según cita de TROPLONG, tomada de GORDILLO, «La inscripción en el Registro...», cit., p. 126, núm. 299) señala que: «La transcription est l'accomplissement d'une formalité destinée aux tiers...». Como explica este autor —que, por lo demás, mantiene una tesis algo divergente o matizada al respecto—, en relación con los orígenes de la Ley Hipotecaria española, «tres van a ser las bases desde las que se levante nuestro sistema: la teoría del título y el modo, la consideración de la inscripción registral como cuestión de forma —externa de suyo y ajena al proceso transmisivo— y (...) la buena fe de quien confió en el Registro» (GORDILLO CAÑAS, A., «La peculiaridad de nuestro sistema hipotecario frente a los modelos latino y germánico: la publicidad registral como apariencia jurídica», en *ADC*, 1994, II, pp. 70-71).

³⁶ Señaladamente, LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F. A., *Derecho inmobiliario registral*, Bosch, Barcelona, 1968, pp. 11 y 135-136, donde puede leerse: «La inscripción queda reducida, así, a ser un requisito concomitante con el contrato (...) que no forma parte de él, y que tampoco supone un segundo momento de voluntad en el *iter* constitutivo (...) y sí una formalidad externa (...). Esta *formalidad* es un requisito que, normalmente, no se ha producido todavía al tiempo de concluirse el negocio, pero que puede producirse, desde entonces, en cualquier momento; es, en definitiva, una *conditio iuris*, presuuesto de eficacia, cuya falta no hace al supuesto de hecho incompleto, sino que impide sus efectos propios; por tanto, no es causa de inexistencia, como la falta de un elemento esencial, ni de nulidad, como la falta de forma, sino de ineficacia». Aunque estas frases han desaparecido de la 2.ª edición, de 1984 (*Elementos de Derecho civil, IIIbis*, 2.ª ed., Librería Bosch, Barcelona, 1984), todavía pueden constatarse en ella, al hilo de la relación entre inscripción, tradición y causa, al explicar la doctrina mayoritaria acerca de que la inscripción no altera el título y el modo: «la inscripción es una formalidad independiente de la tradición, y cumple una función distinta de prueba y defensa del derecho, haciendo además inatacable la adquisición por defecto en la titularidad del transmitente» (2.ª ed., p. 117); y también está en el trasfondo de las últimas ediciones de LACRUZ BERDEJO, J. L. (*et al.*), *Elementos de Derecho civil. II. Derecho de obligaciones*, ed. revisada por F. Rivero Hernández, Dykinson, Madrid, 1999, vol. 1, p. 413, al hilo de la hipoteca: «A veces, incluso, la ley no se conforma con la exigencia de una determinada forma de expresión de la voluntad para que el contrato desenvuelva su completa eficacia, sino que requiere la integración de la forma exigida con ciertas formalidades: tal ocurre, por ejemplo, con el contrato de hipoteca, que no da lugar a la constitución del derecho real si la escritura pública en que se establece no se inscribe en el Registro de la Propiedad» (todas las cursivas de esta nota son mías). Asimismo, Federico de CASTRO (*El negocio jurídico*, cit., p. 278, *vid. supra* nota penúltima) entiende que las «formalidades» pueden tener «valor de publicidad, que implica su eficacia general o respecto de terceros». También defiende la inscripción como formalidad del negocio, pero respecto a la hipoteca, SANTOS MORÓN, *op. cit.*, pp. 232-233. Por lo demás, la idea de la inscripción como formalidad para la plena eficacia contractual guarda estrecho parentesco con la «tesis del carácter cuasiconstitutivo de la inscripción», sobre cuya exposición y cita bibliográfica me remito al apartado III.2.3 de este trabajo.

³⁷ Así, GORDILLO CAÑAS («La inscripción en el Registro...», cit., pp. 65 y 121): «La sobrevaloración de esta formalidad que es la inscripción registral no siempre se ha producido desde un mismo talante ni respondiendo a las mismas razones». Este autor, tras negar firmemente que la inscripción sea forma, parece admitir, concesivamente, la posibilidad de «recoger velas y rebajar de “forma” a “formalidad”. La inscripción, sin ser forma en sentido propio, es formalidad por la que artificialmente se obtiene la publicidad de los derechos reales (...). Formalidad, pues, mejor que forma» (pp. 126-127), para seguir preguntándose por su carácter constitutivo (lo niega, tanto desde el punto de vista intrínseco como extrínseco) y por su carácter de *conditio iuris* (que también niega).

³⁸ Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., I, pp. 252 (y p. 403): «(...) se observa en el Derecho moderno una cierta tendencia en favor del negocio formal, aunque limitada a

puesto de eficacia³⁹. Quienes específicamente han manifestado reparos al entendimiento de la inscripción como formalidad lo han hecho desde planteamientos más apegados a ponderar la importancia de la inscripción registral (que, se alega, podría minusvalorarse por el carácter «secundario» o acaso «peyorativo» que el término «formalidad» pudiera tener)⁴⁰ que a objeciones propiamente técnicas.

Ante todo, dejemos sentado que el negocio jurídico que pretende la constitución o transmisión de derechos reales inmobiliarios, en Derecho español, es válido y eficaz aunque no se cumpla este «requisito suplementario que debe acompañar al contrato para obtener ciertos efectos adicionales», tal como hemos definido el término «formalidad». El derecho real habrá surgido válidamente con sus rasgos de inmediatividad y absolutividad (y, por ende, de eficacia *erga omnes*) al margen del Registro. Por tanto, ¿qué le añade al contrato y al derecho real la publicación de la titularidad constituida válida y eficazmente? Es posible formular de varias maneras la relación entre esta formalidad y la eficacia del contrato frente a terceros: en primer lugar, la manera más cruda es aludir a que la formalidad contractual que es la inscripción registral es precisa para obtener la plena eficacia del contrato frente a los terceros; un contrato, cuyo derecho real ya desplegaba su eficacia *erga omnes*, sólo quedará «blindado» en esa eficacia frente a terceros cuando acceda al Registro de la Propiedad. Por lo tanto, más que aludir a que el Registro dote de «más eficacia» a los derechos reales⁴¹, podría decirse que

ámbitos muy concretos de la contratación y limitada también al tráfico de los bienes inmuebles mediante la certidumbre en las relaciones jurídicas establecidas sobre ellos. Este formalismo no exige con carácter absoluto la utilización de las formas solemnes, pero requiere de parte de los que pretenden obtener ciertos beneficios en el tráfico el que cumplan ciertas cargas formales» (cursiva mía).

³⁹ LACRUZ-SANCHO, *Derecho inmobiliario registral*, cit., ed. 1968, pp. 135-136, antes transcrito (respecto a toda inscripción); ed. 1984 (sólo respecto a la inscripción constitutiva), pp. 111-112.

⁴⁰ Ha sido GARCÍA GARCÍA (*Derecho inmobiliario...*, cit., p. 42) quien tras negar que la inscripción sea «forma» ha tratado de apartar también el concepto de «formalidad» (pese a no cohonestar mal con su tesis de la eficacia cuasiconstitutiva de la inscripción, *vid. infra* n. 63), sin rechazarlo frontalmente, aduciendo que «puede inducir a confusión, pues la palabra “formalidad” o “formalidades” tiene un cierto sentido secundario en relación con la situación formalizada, que si bien puede referirse a determinados requisitos meramente adjetivos, no concuerda bien con el valor y efecto de la publicidad registral. Esto sin contar con que la palabra “formalidad” tiene un sentido peyorativo en ocasiones, lo que contradice la esencia e importancia de la publicidad para la situaciones jurídicas de eficacia *erga omnes*». Por su parte, MORALES MORENO (voz «Forma [Derecho Civil]», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid, 1995, II, p. 3144) entiende como una de las acepciones de forma «una exigencia impuesta por el ordenamiento a los negocios jurídicos para su perfección o para que produzcan determinados efectos. En este sentido, la forma (formalidad) se diferencia del tipo o estructura intrínseca del negocio y de la publicidad (inscripción del negocio en un registro)» (cursiva mía).

⁴¹ En palabras de Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, 4.ª ed., Civitas, Madrid, 1995, III, p. 425: «El Registro dota a los derechos reales de una mayor

esta formalidad consigue proteger la eficacia *erga omnes* del derecho real. En segundo lugar, la inscripción como formalidad contractual garantiza la *oponibilidad* del contrato frente a terceros, lo cual lleva ínsita su necesidad cuando se quiere asegurar la eficacia *erga omnes* del derecho real transferido en el contrato. Esta idea puede insertarse en la visión de la oponibilidad como «una eficacia indirecta» del contrato frente a los terceros⁴². Ahora bien, quizás sea más preciso con el concepto de formalidad como requisito suplementario para obtener efectos adicionales tutelados por el ordenamiento plantear esta segunda formulación desde la pregunta en negativo antes realizada: ¿qué consecuencias tiene el incumplimiento de la formalidad para la eficacia contractual y, por ende, para la eficacia *erga omnes* del derecho real? La respuesta está en la *inoponibilidad* (arts. 606 CC español y art. 32 LH). La omisión de la inscripción impide el despliegue, con todo su alcance, de la eficacia frente a todos los terceros del derecho real válidamente constituido⁴³, pues «los derechos reales sobre bienes inmuebles, que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad, no perjudican a tercero». El «efecto adicional» que produce la inscripción registral como formalidad contractual es que los terceros no puedan alegar desconocimiento del derecho real constituido o transmitido conforme al contrato que no sólo se adornó de la forma necesaria, sino también de la formalidad suplementaria que dota de publicidad a su contenido real. En conclusión, calificar a la inscripción como formalidad contractual supone llevar las ideas de oponibilidad y publicidad a la esfera contractual, pero a un momento posterior (formalidad adicional) a la validez y eficacia del negocio jurídico.

2. PRINCIPIOS ESTRUCTURALES AFECTADOS

Las anteriores ideas deben ser matizadas con tres principios estructurales bien conocidos en el Derecho comparado, que refle-

eficacia y de una más vigorosa protección, pero la inscripción no es necesaria para que se produzca la modificación jurídico-real».

⁴² Por todos, *vid.* Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., I, pp. 258 y 398 ss.; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., en MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.; DE PABLO CONTRERAS, P., *et al.*, *Curso de Derecho civil. II. Derecho de obligaciones*, Colex, Madrid, 2000, p. 404. En cambio, una revisión crítica de esa interpretación puede verse en VAQUER ALOY, A., «Inoponibilidad y acción pauliana (la protección de los acreedores del donante en el artículo 340.3 de la Compilación del Derecho Civil de Cataluña)», en *ADC*, 1999, IV, pp. 1491 ss., especialmente pp. 1541-1562.

⁴³ Según la interpretación de GORDILLO («La inscripción en el Registro...», cit., pp. 66, 128-129 y 220-221) la inscripción no es la fuente de la oponibilidad del derecho real, sino que es la omisión de la inscripción la que impide el juego de la oponibilidad connatural al derecho real, y esa privación no es *erga omnes* sino sólo frente a terceros de buena fe.

jan las arraigadas diferencias entre los sistemas jurídicos respecto a la eficacia real de los contratos sobre inmuebles y sobre la creación misma de los derechos reales por esta vía:

2.1 Los sistemas de transmisión de la propiedad y los derechos reales

Siquiera expuestos de manera muy sencilla y algo superficial, puede aludirse a la existencia de tres sistemas⁴⁴: en primer lugar, el *sistema consensual*, cuyo paradigma es el Derecho francés⁴⁵, por el cual el contrato, por sí solo, transmitirá la propiedad entre las partes, sin necesidad de entrega física de la cosa (*traditio*) ni de otros requisitos. La inscripción del derecho sobre el inmueble, en este caso, sirve únicamente para poder invocar la transferencia frente a terceros. En segundo lugar, en el *sistema de la tradición*, cuyo ejemplo más notorio es Alemania (§ 925 BGB), la transmisión de la propiedad se produce, habiendo acuerdo abstracto sobre la transmisión, en el caso de los bienes muebles con la entrega y en el de los inmuebles con la inscripción en el Registro. El contrato tan sólo genera la obligación personal del transferente de entregar la propiedad o el derecho real. Las partes manifiestan su «consentimiento material» a que se produzca la transferencia de la propiedad mediante el llamado «acuerdo real» (*Einigung* o *Auflassung*)⁴⁶, pero la efectiva transmisión sólo se producirá con la inscripción, para cuya práctica es necesario un nuevo «consentimiento formal» (*Eintragungsbewilligung*), el consentimiento –en documento público, § 29 GBO– de la parte perjudicada por la inscripción (§ 19 GBO; previa solicitud de la inscripción, *Eintra-*

⁴⁴ Vid. en detalle DROBNIG, U., «Transfer of Property», en HARTKAMP, A., *et al* (dirs.), *Towards a European Civil Code*, Ars Aequi Libri/Kluwer, Nijmegen/The Hague/London/Boston, 2.ª ed., 1998, pp. 495-510; DE PABLO CONTRERAS, P., «La propiedad y la transmisión de los derechos reales», en CÁMARA LAPUENTE (COORD.), *Derecho privado europeo*, cit., pp. 951-966; CAREY MILLER, D. L., «Passing of Property: Finding the Fundamentals», en ESPIAU, S. y VAQUER, A., *Bases of a European Contract Law. II International Congress Lleida 9-10 May 2002*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 471-485; GALGANO, F., «La transmisión de la propiedad en *Civil Law* y en *Common Law*», en GALGANO, F. (dir.), *Atlas de Derecho privado comparado*, FC Notariado, Madrid, 2000, pp. 187-195.

⁴⁵ Artículos 711, 1138, 1583, 2113.2, 2127 y 2134 del CC francés. También es el sistema en Bélgica (mismos preceptos citados), Italia (art. 1376), Portugal (art. 408.1) y Eslovaquia (desde 1993).

⁴⁶ *Einigung* es el término general del «acuerdo real abstracto», *Auflassung* para el acuerdo sobre la transmisión de inmuebles: §§ 925 y 873 BGB. Debe realizarse en este caso en documento público (notarial o judicial), según el § 311b BGB (cfr. también el § 127.ª).

gungsantrag, § 13 GBO)⁴⁷. En último lugar, cabe mencionar como tercer *sistema* el del «*título y el modo*» español (art. 609), que supone una solución intermedia, al requerir tanto el contrato dotado de causa como la entrega del bien (o en el caso de los inmuebles, es posible en su lugar el otorgamiento de una escritura pública) para entender transmitida la propiedad o el derecho real. A diferencia del sistema alemán, en el español la transferencia del derecho se produce al margen del registro: el comprador es propietario desde que se le entrega la finca o desde que se otorga la escritura pública (art. 1462.2 CC). La inscripción no consuma la adquisición, sino que sirve para protegerla frente a terceros.

2.2 Los sistemas causalistas y los sistemas abstractos

En los primeros, vigentes por ejemplo en Francia, Italia, España, Países Bajos, Croacia o Hungría⁴⁸, la validez de la transferencia de la propiedad dependerá de la validez del contrato (que generó la obligación de transmitir, en unos casos, como en España, o la transmisión en otros, como en Francia). En los sistemas abstractos, representados por Alemania, la transmisión del derecho real será válida incluso aunque el contrato fuese nulo; no hay conexión directa entre el contrato y la transmisión; si existía el acuerdo real, el nuevo propietario no dejará de serlo por la nulidad del contrato que le sirve de base, aunque existe el derecho del vendedor a reclamar la retransmisión (§ 812 BGB), en virtud de una acción personal.

En síntesis, mientras en sistemas causalistas de título y modo —como el español o el austríaco⁴⁹— se exigen tres requisitos para la transmisión de la propiedad (consentimiento, causa y entrega), en los sistemas causalistas consensualistas sólo se exigen dos requisitos (consentimiento y causa; la entrega es superflua: se entrega una cosa que ya es propiedad del adquirente por el contrato) y en los sistemas abstractos de tradición también se exigen dos requisitos (consentimiento y entrega, en realidad, inscripción para los inmuebles). Algunas de las propuestas de armonización

⁴⁷ Sobre el sistema alemán, por todos, MARTÍNEZ VELENCOSO, M. L., *La transmisión de la propiedad de bienes inmuebles en el Derecho alemán. Aspectos registrales*, Colegio de Registradores de la Propiedad, Madrid, 2004.

⁴⁸ Sobre estos dos últimos, además de la bibliografía citada en la nota 54 de este trabajo, puede verse un resumen del sistema registral en PAU PEDRÓN, *La convergencia...*, cit., pp. 65-68.

⁴⁹ Artículos 609, 1258 y 1462 CC español; §§ 425-426 ABGB austríaco.

de esta materia en el contexto de un eventual Código civil europeo abogan por la solución del primer sistema (causalista de título y modo)⁵⁰. Ahora bien, cabe decir que este sistema es razonable si el modo sirve efectivamente para dar a conocer el derecho real⁵¹, para que el derecho real no siga oculto o clandestino. La evolución social ha ido desmaterializando en toda Europa el antiguo concepto posesorio de la tradición⁵², de tal forma que en el estadio actual, en el sistema del título y el modo, la tradición instrumental (art. 1462.2 CC español) simplifica el proceso de forma suficiente como para erigirse en factor de convergencia entre los diversos sistemas: en efecto, si la propia escritura pública en que consta la transformación jurídico-real equivale a tradición y al Registro sólo acceden documentos públicos (en la mayoría de los sistemas), erigiéndose *en la práctica* la tradición instrumental como requisito previo a la práctica de la inscripción⁵³, cabe concluir que el papel de la entrega física puede quedar orillado para el hipotético sistema común europeo de transferencia de derechos reales inmobiliarios, pues no es requerible para producir esa (*sensu stricto*, publicidad) plena eficacia frente a terceros que añade la inscripción ni en los sistemas consensualistas (sólo título), ni en el sistema de tradición germánico (inscripción), ni en el sistema del título y modo (tradición instrumental para acceder a la publicidad registral).

⁵⁰ Así, DROBNIG, *op. cit.*, p. 510; DE PABLO CONTRERAS, *op. cit.*, p. 965. La mayor fidelidad de este sistema a las fuentes históricas comunes es también enfatizado, contra la solución «ahistórica» de los puros sistemas consensualistas (GALGANO, *op. cit.*, pp. 187 y 190). Por lo demás, es sabido que el Convenio de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías menciona [art. 4.b)] la cuestión de la transmisión de la propiedad, pero rehuye definir cómo se produce ésta.

⁵¹ PAU PEDRÓN, «Efectos de la inscripción...», cit., p. 369. Como apunta este autor, «si la eficacia de los derechos reales se produce frente a todos, es un corolario de estricta lógica que todos deban conocer –o, al menos, puedan conocer– la existencia de los derechos reales», lo cual no se produce por el puro negocio, ni siquiera por su forma (escrita, pública), sino por la inscripción registral.

⁵² Vid. GARCÍA GARCÍA, *Derecho inmobiliario...*, cit., I, pp. 670-671; PAU PEDRÓN, «Efectos...», cit., pp. 369-370 y 376.

⁵³ Por supuesto, soy consciente del carácter polémico de esta afirmación, habida cuenta del conocido debate en la doctrina española acerca del valor de la tradición instrumental y su posible carácter de mera presunción *iuris tantum* de transmisión de la posesión (tesis abandonada hoy por el Tribunal Supremo). La afirmación del texto –que, por supuesto, no significa en absoluto que la inscripción sustituya a la tradición, ni que interfiera en el proceso adquisitivo, ni que el derecho no haya nacido extrarregistralmente– requeriría mayores matices que alejarían al lector del hilo comparativo que persigue este trabajo. Me remito para su fundamentación (y exposición de las tesis contrarias) a LACRUZ BERDEJO/SANCHO REBULLIDA, *Derecho inmobiliario registral*, cit. (ed. 1984), pp. 115-121, y más en detalle ya en LACRUZ BERDEJO, *Lecciones de Derecho inmobiliario*, 2.ª ed., Zaragoza, 1957, pp. 168 ss., y a GARCÍA GARCÍA, *Derecho inmobiliario...*, cit., pp. 670-671 y 640-667.

2.3 Los sistemas de inscripción obligatoria, constitutiva o voluntaria

La tercera pieza en este complejo engranaje de sistemas que toman rasgos de una u otra clasificación, sin componer un patrón puro y uniforme en ningún caso, se basa en los efectos de la inscripción registral⁵⁴. Existen tres posibilidades:

– *Inscripción obligatoria, pero declarativa.* La transferencia de derechos sobre la propiedad inmobiliaria se produce fuera del Registro, pero la Ley impone a determinadas personas, bajo la amenaza de multas y de responsabilidad por daños, la obligación de inscribir. Así sucede en Francia (también en Bélgica, Luxemburgo, Italia o Suecia), donde, desde 1955, los Notarios, Procuradores y titulares de oficios públicos deben cumplir con ese deber en el plazo de tres meses desde la fecha de otorgamiento del documento⁵⁵. Se busca que el Registro sea lo más completo posible, también a través del principio de inoponibilidad, de forma que lo no publicado por el Registro no puede alegarse frente a terceros.

– *Inscripción constitutiva.* La constitución, modificación y transmisión de derechos reales sobre inmuebles sólo se produce tras la necesaria inscripción (§ 873 BGB). Antes no ha nacido el derecho real a partir del puro contrato. Es el sistema existente prácticamente en Alemania, Austria, Países Bajos, Finlandia o Grecia⁵⁶. También en Inglaterra desde la nueva *Land Registration Act 2002* (LRA), que establece un Registro de inscripción constitutiva y electrónica, como se examinará después; con anterioridad, el Derecho inglés ya había establecido la inscripción obligatoria para toda finca enajenada desde el 1 de diciembre de 1990; pero mientras antes de la LRA de 2002 el contrato ya creaba un

⁵⁴ Aunque a lo largo de este trabajo se tomarán en consideración también los sistemas registrales de los nuevos Estados miembros de la UE desde mayo de 2004, la mayoría de las referencias se focalizan en los Estados anteriores a la ampliación. Para mayor información sobre la normativa registral en Croacia, Polonia, Eslovaquia, Eslovenia y Hungría, pueden consultarse los ensayos contenidos el número 01 de 2003 de *Eastlex* (disponible en «http://eastlex.juris.de/ausgabe_01/html/EASTLEX.2003.01.inh.htm»; fecha de consulta: 15 de junio de 2004).

⁵⁵ Artículo 33 del Decreto de 4 de enero de 1955. En Suecia lo impone el artículo 3, capítulo 20 del *Land Code* de 2000 (si no se presenta en el registro en tres meses se podrá imponer una multa, aunque la compraventa produce sus efectos y la propiedad se transmite).

⁵⁶ Respecto los dos últimos países, véase la información ofrecida por la *Verein für rechtsvergleichendes Grundbuch- und Hypothekenrecht* en la página web: «<http://www.eurojurislawjournal.net/Hypothekenrecht/Uebersicht-Grundstuecksregister-fr.htm>» (fecha de consulta: 29 de diciembre de 2003), y allí, los trabajos, presentados a *The Third Real Estate Forum: Mortgage Lending in Europe*, Bruxelles, 27 de febrero de 2001, por VUORENPÄÄ, E., «Law of Land Registration and Mortgages in Finland», y COTSAKI, C., «Law of Land Registration and Mortgages in Greece», y otras contribuciones sobre la materia.

derecho real, defendible sólo en Equidad (*property interest in Equity*), la nueva legislación requiere para el surgimiento del derecho la «inscripción electrónica». Debe repararse en que *el sistema de inscripción constitutiva es compatible con el sistema causalista*, como demuestra la coexistencia de ambos en países como Austria, Países Bajos o Suiza, por lo que su implantación no supone asumir el negocio real abstracto de Alemania⁵⁷. Las nuevas técnicas de comunicación, además, facilitan la inscripción constitutiva, cuya clave radica en buscar la máxima adecuación del Registro con la realidad, como ha puesto de manifiesto la *Law Commission* inglesa⁵⁸. Y este objetivo de tendencial exhaustividad se traduce en el principio positivo de que lo que publica el Registro es la única realidad jurídica existente y en el negativo de que lo que no consta allí se entiende inexistente. Debe tenerse presente, no obstante, que en estos sistemas la inscripción constitutiva sólo se requiere para las modificaciones jurídicas mediante negocios *inter vivos* sobre inmuebles, por lo que existen mecanismos de corrección de la inexactitud, por ejemplo para transmisiones *mortis causa*.

– *Inscripción voluntaria y declarativa*. En sistemas como el español, conectado en este punto con su tradición histórica desde el siglo XVI⁵⁹, o el polaco (*ex* Ley de 25 de octubre de 1991), el principio de inoponibilidad de lo no inscrito se formula sin introducir la inscripción obligatoria ni la constitutiva⁶⁰, *salvo respecto a las hipotecas*. Cabe resaltar, en este sentido, la tendencia generalizada en los países europeos de exigir inscripción constitutiva para la hipoteca, cualquiera que sea el sistema de inscripción vigente

⁵⁷ JEREZ DELGADO, C., *Hacia la inscripción constitutiva*, CER, Madrid, 2001, pp. 117 y 200 ss., quien propone la incorporación de ese sistema en España; PAU PEDRÓN, «Efectos de la inscripción...», cit., p. 388., *vid.*, *ad exemplum*, § 4 de la *Grundbuchgesetz* austríaca (inscripción constitutiva) y §§ 424 y 425 GBG y 421, 451 y 481 ABGB (causalidad); artículos 657 y 665 del ZGB suizo (contrato causal traslativo).

⁵⁸ «(...) under the system of electronic dealing with land it seeks to create, the register should be a complete and accurate reflection of the state of the title of the land at any given time, so that it is possible to investigate title to land on line, with the absolute minimum of additional enquiries and inspections» (LAW COMMISSION AND H.M. LAND REGISTRY, *Land Registration for the Twenty-First Century. A Conveyancing Revolution* [Law Com núm. 271], London, 2001, § 1.5).

⁵⁹ Así, la Real Pragmática de 1539 y la Pragmática-Sanción de 1768 sobre los Oficios o Contadurías de Hipotecas» (*vid.* MANZANO SOLANO, A., «Las instituciones registrales en los países occidentales», en DÍAZ FRAILE, J. M. [dir.], *Estudios de Derecho privado europeo*, CER, Madrid, 1994, p. 615).

⁶⁰ Precisamente en este rasgo, esto es, compaginar la eficacia plenamente aseguradora de la inscripción con su carácter declarativo y voluntario, se cifra lo realmente original y genuino del sistema registral español en el espectro comparado: así, por todos, GORDILLO CAÑAS, «La inscripción en el Registro...», cit., pp. 11 ss. Desarrollando los rasgos de esta originalidad, *vid.* GORDILLO CAÑAS, «La peculiaridad de nuestro sistema...», cit., pp. 21-81, esp. pp. 64 ss.

(con excepción de Francia y Bélgica)⁶¹. En el sistema español nadie está obligado a inscribir los derechos reales transmitidos sobre inmuebles (ni las partes, ni el Notario); sin embargo, esta inscripción resulta imprescindible para obtener la plena eficacia frente a terceros. Esto explica el elevado número de inscripciones practicadas y la eficiencia del Registro en este país, recomendado desde 1996 por el Banco Mundial como un buen modelo para países que pretenden implantar un Registro de la Propiedad⁶², dados los serios efectos que la inscripción procura para la seguridad jurídica, a causa de la depuración de titularidades practicada *ex ante* por el Registrador.

En conclusión, pese a las importantes disparidades de estructura y funcionamiento, cabe concluir que el papel de la inscripción registral como formalidad adicional necesaria para la plena eficacia del contrato traslativo de derechos reales inmobiliarios es crucial en todos los sistemas: si el contrato tiene por objeto la creación de una hipoteca, la inscripción se erige en la mayoría de los sistemas como necesaria para el nacimiento del derecho (constitutiva); si el contrato busca la transmisión de la propiedad o de otros derechos reales, en los sistemas de inscripción constitutiva, la inscripción es el requisito formal que da efectos plenos al contrato incluso entre las partes; si la inscripción es declarativa (sea obligatoria o voluntaria), sólo al hacerla el contrato despliega plenos efectos frente a terceros –aunque la transmisión del derecho ya se haya

⁶¹ § 873 BGB alemán; §§ 431 y 451 ABGB austríaco (y §§ 13-18 de la Ley del Registro de la Propiedad); artículo 1875 CC español (y art. 145 LH); artículo 2808 CC italiano; artículo 687 CC portugués (y art. 6 de la Ley del Registro de la Propiedad); seccs. 4.1.g y 93.2 LRA inglesa de 2002; Países Bajos (arts. 3:89, 3:98 y 3:260 NBW); artículo 16.1 de la Ley de Propiedad finlandesa (*Code of Real Estate* de 12 de abril de 1955/540). También en el artículo 799 ZGB suizo.

⁶² Informe del Banco Mundial, *From Plan to Market*, Oxford University Press, World Bank, Oxford, 1996, p. 3. Resaltan el dato y el modelo español, exportado en parte a diversos países de Europa Oriental DE ANGULO, L.; CAMACHO, J., y CASTILLA, M., *Garantías de los derechos reales mediante el sistema de registro y el sistema de seguro. Estudio comparativo del sistema de Registro de la Propiedad español y del sistema norteamericano de seguro de títulos*, Servicio de Estudios del Colegio de Registradores, Madrid, 2003, p. 13. Resalta ARNAIZ EGUREN, R., «La publicidad registral en el panorama mundial actual», en HERNÁNDEZ MORENO, *Anales [1] 1996/1997*, cit., p. 60, los convenios al respecto de España con Armenia, Letonia y otros países del Este europeo. Sobre los diversos informes internacionales en relación con los sistemas registrales, *vid. infra*, apartado VI.1. Crítico con las alabanzas de los organismos internacionales respecto al sistema de Registro de titularidades como modelo de exportación a países en vías de desarrollo, cuando éstos no tienen implantado ningún sistema registral (*vid. infra ibid.*), se muestra ZEVENBERGEN, J., «Is Title Registration really the Panacea for defective land administration in developing countries?», en *Proceedings International Conference on Land Tenure in Developing World*, Cape Town, 1998, pp. 579-580 (disponible en <<http://www.gtz.de/orboden/capetown/cape60.htm>>; fecha de consulta: 28 de junio de 2004).

producido—, con lo que ha podido incluso hablarse de su carácter «constitutivo» o «cuasiconstitutivo» hacia los terceros⁶³.

3. LA FORMA CONTRACTUAL QUE ACCEDE AL REGISTRO

Si bien es principio extendido respecto a los contratos en general la libertad de forma⁶⁴, cuando éstos versan sobre constitución o transferencia de derechos sobre inmuebles los ordenamientos legales oscilan entre requerir la forma escrita⁶⁵ y exigir que ese documento sea además una escritura pública, bien como requisito de validez del contrato, bien como requisito para la subsiguiente inscripción en el Registro de la Propiedad⁶⁶. En la mayoría de los Derechos continentales (quizás con la aislada excepción de Italia⁶⁷) al Registro de la Propiedad sólo acceden documentos públicos (notariales, judiciales o administrativos), mientras que en Gran Bretaña, Irlanda y los países escandinavos

⁶³ Vid. GARCÍA GARCÍA, *Derecho inmobiliario...*, cit., I, pp. 330-331 y, en detalle, pp. 583-607 (quien defiende —con cita de apoyo de hipotecaristas clásicos como Jerónimo GONZÁLEZ, Bienvenido OLIVER, Ramón DE LA RICA, Manuel VILLARES, Manuel GÓMEZ GÓMEZ, etc.— la llamada «tesis de la inscripción conformadora, configuradora o cuasiconstitutiva»: la inscripción no es meramente declarativa, sino «conformadora de la plenitud de eficacia del derecho real», por lo que podría hablarse, según GARCÍA GARCÍA —p. 584— de «inscripciones constitutivas propiamente dichas», que determinan el nacimiento o existencia del derecho real, y de «inscripciones cuasiconstitutivas», que no determinan ese nacimiento, sino que configuran el derecho real como «pleno en sus efectos *erga omnes*»); también, ARNAIZ EGUREN, R., «La publicidad registral...», cit., p. 41. Vid. la exposición de motivos de la reforma de 1944 de la LH (*supra*, nota 30) y la explicación de la inscripción como *formalidad* contractual en el apartado III.1. Para la crítica de la tesis de la inscripción cuasiconstitutiva, GORDILLO CAÑAS, «La inscripción en el Registro...», cit., pp. 66, 128-129 y especialmente pp. 213-225. A juicio de PAU PEDRÓN (*La convergencia...*, cit., p. 56), «los Derechos europeos convergerán en el futuro en un sistema de inscripción constitutiva».

⁶⁴ Reflejada en los artículos 11 y 29.1 del Convenio de Viena de 1980 (pero cfr. art. 12); art. 2.101 (2) PECL (*Principles of European Contract Law*); arts. 1.2 y 3.2 de los Principios sobre contratos comerciales internacionales de UNIDROIT, y art. 5.4 del Anteproyecto de Código europeo de contratos (GANDOLFI/Academy of European Private Lawyers, Giuffrè, Milano, 2001). Vid. FAJARDO FERNÁNDEZ, J., «Forma, objeto y causal/*consideration*», en CÁMARA LAPUENTE (coord.), *Derecho privado europeo*, cit., pp. 417 ss.

⁶⁵ Por ejemplo, el Derecho inglés: s. 53 (1) *Law of Property Act 1925*. Los requisitos de un documento o *deed* (estar firmado, emitido y entregado) se enuncian en la s. 1 (2), *Law of Property (Miscellaneous Provisions), Act 1989*. Los documentos electrónicos para la transmisión de la propiedad inmobiliaria tendrán el valor de un *deed* (s. 91 LRA 2002).

⁶⁶ Cfr. artículos 2146-2156 CC francés. El caso español es un poco peculiar y se encuentra en medio de estos extremos: existe libertad de forma contractual (arts. 1254, 1256 y 1278 CC). La creación y transmisión de derechos reales sobre inmuebles deben constar en escritura pública (art. 1280.1), pero esa obligación sólo significa que una parte contractual puede exigir a la otra la elevación a escritura pública del contrato que no tuviese esa forma (art. 1279), que es válido y eficaz *inter partes*. En cualquier caso, para inscribir los derechos en el Registro (y obtener así plena protección frente a terceros) es preciso presentar escritura pública del contrato o el documento público que acredite el derecho (art. 3 Ley Hipotecaria).

⁶⁷ MANZANO SOLANO, *op. cit.*, pp. 587 y 605.

se admiten también documentos privados. El Centro Internacional de Derecho Registral (CINDER), fundado en 1972 en Argentina y ubicado desde 1982 en España, en uno de sus últimos congresos internacionales sentó como conclusión para la armonización de los sistemas registrales la recomendación de que la ley exija que los derechos reales inmobiliarios que deseen registrarse consten en documento público⁶⁸. La razón fundamental de este extendido requisito para propiciar el acceso del derecho real al Registro estriba, entre otras, en la presunción de veracidad que adorna al documento público, así como sus eminentes funciones probatorias. Las consideraciones antes vistas sobre la tradición instrumental como factor de convergencia tampoco pueden ser obviadas.

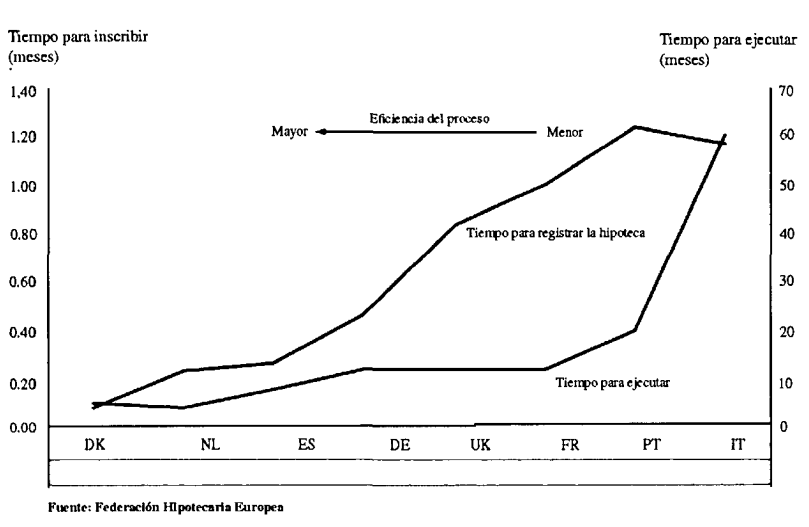
4. EL MOMENTO DE INGRESO EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD: EL «LAPSO REGISTRAL» O *REGISTRATION GAP*

Como se ha visto, la eficacia *erga omnes* de los contratos sobre derechos reales respecto a inmuebles se consigue a través de dos etapas, como son la celebración del contrato con su plasmación documental y la inscripción del contenido de ese documento contractual. El período de tiempo que media entre esas dos formalidades contractuales (la firma del documento y la entrada en el Registro), que la doctrina inglesa denomina *registration gap*⁶⁹, con los riesgos que existen mientras tanto, es la mejor prueba de la importancia de la inscripción en el proceso contractual. Ese interregno se produce en los tres sistemas de inscripción (voluntario, obligatorio o constitutivo). Su dilación varía mucho según los países, incluso respecto a los contratos de creación de una hipoteca, donde existe coincidencia en el carácter constitutivo de la inscripción, como ya se expuso. Así puede apreciarse en el siguiente cuadro, donde se aprecia que va de unos pocos días en Dinamarca (con sistemas automatizados), Países Bajos o España, a prácticamente un mes en Italia y Portugal.

⁶⁸ XII Congreso Internacional sobre Derecho Registral, Comité II, undécima conclusión. Una crítica a la exigencia de documentos públicos para la inscripción en el Registro puede verse en DE JUAN DE CASTRO, R., «El Registro de la Propiedad como institución abierta a la presentación de toda clase de documentos, privados y públicos», en *La Ley*, 2001, 5, pp. 1767-1770; el autor argumenta a partir de la admisión de documentos privados para otros asientos distintos del principal, como la «anotación preventiva» (o la *Vormerkung* en Alemania).

⁶⁹ Para la explicación histórica y económica del concepto dentro del proceso contractual, puede verse, entre otros, POTTAGE, A., «The Originality of Registration», en *Oxford Journal of Legal Studies*, 1995, 15, pp. 371-401.

Tiempo medios de inscripción registral y ejecución de la hipoteca



La cuestión, desde un punto de vista económico no es menor, pues uno de los factores, entre otros, que inciden en la variación de precios que existe entre los países para la constitución de una hipoteca se debe a costes derivados del tiempo que cuesta inscribir⁷⁰.

Desde el punto de vista jurídico y ya en relación con todos los contratos sobre inmuebles, los problemas que plantea el «lapso registral» o *registration gap* son múltiples, tanto por la creación de derechos por terceros como por el transmitente en ese tiempo, y van desde los plazos para la usucapión de terceros al establecimiento de la prioridad de derechos (v. gr., dos hipotecas sobre la misma finca)⁷¹: en concreto, actos fraudulentos transmisivos del transmitente, adquisición de derechos por terceros (usucapión, terceros hipotecarios), derechos que ganan prioridad en el intervalo, lapso entre el pago y la adquisición del derecho real, etc. Pero, sobre todo, donde más claramente se aprecia es en la *doble venta* del inmueble y en la venta por quien no es su titular, cuando el adquirente pretende la inscripción de un inmueble ya registrado en favor de otra persona.

⁷⁰ MERCER OLIVER WYNAM AND EUROPEAN MORTGAGE FEDERATION, *Study on the Financial Integration of European Mortgage*, octubre de 2003, disponible en «<http://www.hypo.org>», p. 56. La figura reproducida en el texto procede de ese estudio, p. 45.

⁷¹ Otros problemas en sistemas de inscripción constitutiva como el alemán son la pérdida o limitación de la capacidad de obrar en el interregno, la muerte del disponente, la limitación de su poder de disposición (v. gr., por una situación concursal), el cambio del régimen jurídico entre el acuerdo real y la inscripción, etc. Sobre ellos, BAUR, F.; BAUR, J. F., y STÜRNER, R., *Sachenrecht*, 17.^a ed., C. H. Beck'sche, München, 1999, § 19.32-39, pp. 209-212.

Un ejemplo⁷² comparando el Derecho alemán, el francés y el español, paradigmáticos de los diversos sistemas registrales, revelará los diferentes resultados sobre la eficacia del contrato.

Caso (Rasgos del sistema)	Alemania Sistema abstracto y de tradición, con inscripción constitutiva	Francia Sistema consensual y causalista, con inscripción declarativa pero obligatoria	España Sistema causalista y de tradición (título/modo), con inscripción declarativa y voluntaria
1. A vende el inmueble primero a B, que no inscribe su derecho. Después A lo vende a C, quien inscribe	La venta a B no tiene efectos. La venta a C será oponible frente a todos	<i>La venta a B será inoponible frente a C</i>	<i>La venta a B será inoponible frente a C. C es el propietario</i>
2. A vende el inmueble dos veces, a B y a C, que inscriben sus derechos	Es propietario el que inscribe primero. La segunda inscripción se rechazará o cancelará	La venta con fecha de inscripción más antigua será oponible al otro adquirente. Responsabilidad notarial. La segunda venta será inoponible a los terceros	Es propietario el que inscribe primero. La segunda inscripción se rechazará o cancelará
3. A vende el inmueble dos veces, a B y a C. Ninguno inscribe su derecho	Ni B ni C adquieren la propiedad	<i>El contrato de fecha más antigua prevalece</i>	Adquiere la propiedad quien primero posea el inmueble con buena fe. Si no hay posesión, es propietario quien presente <i>el contrato de fecha más antigua</i> , con buena fe
4. A, que no es propietario, pero figura como titular en el Registro, vende el inmueble a B	B adquiere el bien (si es de buena fe: no si conocía por otros medios la falta de titularidad de A) •	El acto será nulo	B adquiere el bien (si es de buena fe: no si conocía por otros medios la falta de titularidad de A) •

Como puede verse, en los casos 2 y 4 la coincidencia entre el Derecho alemán y el español proviene de la fuerte eficacia de la

⁷² Tomo la base de los casos y de la comparación entre Francia y Alemania de los resultados generales ofrecidos por la *Verein für rechtsvergleichendes Grundbuch- und Hypothekenrecht* en la página web antes citada («<http://www.eurojurislawjournal.net/>» [...]). Para mayor detalle de la comparación entre Alemania, Francia e Inglaterra (antes de la LRA 2002), WAGEMANN, S. T., *Funktion und Bedeutung von Grundstücksregistern. Eine Rechtsvergleichende Studie zum Liegenschaftsrecht von Deutschland, England un Frankreich*, C. F. Müller, Heidelberg, 2002, pp. 144-152.

publicidad registral (esa información se presume exacta, sanando las deficiencias del título en favor del tercero de buena fe). El Derecho francés da otra solución por los efectos más débiles de su Registro (un Registro de documentos, no de titularidades; *vid. infra*, VI), que no publica al titular actual de la finca, sino los contratos de todos los posibles titulares. En los *casos 1 y 3* la distinta solución del Derecho alemán respecto a la solución afín entre Derecho español y francés tiene su raíz en el carácter constitutivo de la inscripción (no necesariamente ligada al principio de abstracción, pues se da también en países causalistas distintos de España).

En la práctica, estos graves problemas de merma de la eficacia del contrato por falta de inscripción se tratan de resolver por distintas vías. En *Alemania* viene siendo práctica habitual formalizar al mismo tiempo e incluso ante el mismo Notario y en el mismo documento tanto el negocio abstracto de disposición como el consentimiento para la inscripción (consentimiento material y formal, *Auflassung* –§§ 925 y 873 BGB– y *Eintragungsbewilligung* –§§ 19, 20, 28 y 29 GBO)⁷³; para que el transmitente reciba el pago cuando el adquirente ya ha obtenido la inscripción se usan varios medios, como el mandato irrevocable de pago por el banco, el depósito del dinero ante el Notario o la reserva del consentimiento para inscribir hasta que se produzca el pago; la protección del adquirente se puede obtener al menos por tres vías: mediante la irrevocabilidad del consentimiento para inscribir (§ 19 GBO), el derecho a que se otorguen las escrituras necesarias para consumir el proceso de inscripción en el Registro de la Propiedad (§ 51 BeurkG) y, sobre todo, la *Vormerkung* (§ 883 ss. BGB), que impide la vulneración unilateral de la expectativa real del adquirente⁷⁴. En *Francia* el desfase temporal entre el pago y la plena efectividad de adquisición suele ligarse a la responsabilidad del Notario, encargado de esta gestión, en caso de que la adquisición se frustre por deficiente investigación de las titu-

⁷³ Más precisamente, es muy usual reunir en una misma escritura pública el negocio obligacional (§ 313 BGB), el acuerdo real de transmisión formal de la propiedad o *Auflassung* (§ 925 BGB), el consentimiento a la inscripción o *Eintragungsbewilligung* (§ 19 GBO) y la solicitud misma de inscripción o *Eintragungsantrag* (§ 13 GBO): BAUR/BAUR/STÜRNER, *Sachenrecht*, cit., p. 250 (§ 22.II.2). Anota también lo recomendable de esta unidad documental MARTÍNEZ VELENCOSO, *op. cit.*, p. 37.

⁷⁴ Sobre estas medidas de protección del enajenante y el adquirente durante lapso registral en Alemania, MARTÍNEZ VELENCOSO, *op. cit.*, pp. 158-162, y, específicamente sobre la *Vormerkung*, pp. 163-191; sobre ésta, desde un punto de vista comparado, ARROYO I AMAYUELAS, E., «Sicherungsrechte im Immobilienrecht. Ein rechtsvergleichender Überblick über die spanische «Anotación Preventiva» und die deutschen Institute der Vormerkung und des Widerspruchs», en SCHULZE, R. y AJANI, G. (dirs.), *Gemeinsame Prinzipien des Europäischen Privatrechts. Studien eines Forschungsnetzwerks*, Nomos, Baden-Baden, 2003, pp. 179-208

laridades; la práctica contractual trata de hacer coincidir el acceso del contrato al Registro con la entrega del precio al disponente. En los *Países Bajos* incluso se prevé en el Código civil que el precio debe pagarse al vendedor una vez obtenida la inscripción de la escritura, asumiendo así la práctica notarial usual⁷⁵. En *España* el remedio se busca desde 1994 a través de la íntima conexión por vía telemática y fax entre el Notario y el Registro en los momentos o días previos a la formalización de la escritura de transmisión, para evitar la aparición de cargas inesperadas⁷⁶. En *Inglaterra y Gales* se pretende poner remedio a los problemas del *registration gap* con la inscripción obligatoria y constitutiva de las transmisiones a través de un Registro completamente electrónico⁷⁷. En otros países extracomunitarios, donde el lapso registral es muy amplio, más que atajarse el problema se trata de paliar mediante el recurso al aseguramiento de los riesgos de este período, con compañías aseguradoras especializadas o instituciones crediticias⁷⁸.

IV. INFORMATIZACIÓN DE LOS REGISTROS COMO POSIBLE CAMINO HACIA LA ARMONIZACIÓN

1. REGISTROS ELECTRÓNICOS Y DOCUMENTOS PÚBLICOS ELECTRÓNICOS EN RELACIÓN CON LAS DIRECTIVAS DE COMERCIO ELECTRÓNICO Y FIRMA ELECTRÓNICA

La mayoría de los países de la Unión Europea aún no cuenta con un Registro de la Propiedad plenamente informatizado y

⁷⁵ Algunas de estas reflexiones prácticas pueden verse en BLANQUER, «La realidad del tráfico inmobiliario...», cit., pp. 3-4.

⁷⁶ Artículos 175 y 249 del Reglamento Notarial, según reforma por RD 2537/1994, de 29 de diciembre (cfr. arts. 418 y 353 RH).

⁷⁷ En otros países estos problemas tratan de atajarse mediante el llamado certificado de reserva de prioridad o de cierre (así, en Argentina, o en Australia los *caveats*), que se intentaron implantar en España en la reforma hipotecaria de 1909, sin incorporarse finalmente. Sobre los mecanismos de la «retroprioridad» y las variantes de la «reserva de prioridad» (certificado argentino o anglosajón, *Vormerkung* alemana, *trascrizione del contratto preliminare* italiana, etc.), así como sobre el sistema español de información continuada y coordinación entre Notarios y Registradores, así como algunos recursos negociales, vid. el completo estudio de DE REINA TARTIÈRE, G., *La prioridad en el Registro de la Propiedad inmobiliaria*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002, pp. 48-85.

⁷⁸ Es el caso de algunas regiones de Alaska (Alberta, Saskatchewan y Manitoba), Puerto Rico (que con un Registro similar al español padece grandes retrasos en la calificación registral, por lo que gran número de documentos presentados e inscritos en el libro diario, con lo que ya han ganado prioridad, deben esperar la calificación y fijación en el libro de inscripciones; la validez del asiento de presentación es de cuatro años y las aseguradoras suelen cubrir ese período): ARRUÑADA, B., «El seguro de títulos de propiedad», en *RCDI*, 2004, núm. 681, p. 104.

menos aún consultable por Internet⁷⁹. Pasar la información del papel a los ordenadores es una labor lenta y costosa; en Suecia, por ejemplo, costó 22 años⁸⁰. Para conseguir esa implantación de Registros de la Propiedad puramente electrónicos es prerequisite imprescindible que, dado que la mayor parte de los Estados miembros requieren documentos públicos para que el contrato y los derechos accedan al Registro, el ordenamiento legal admita la válida emisión de documentos públicos electrónicos⁸¹. *La Directiva sobre firma electrónica (Directiva 1999/33/CE)* nada dice sobre el tipo de documentos (públicos o privados) que pueden ser acreditados por este medio, y rehúsa a armonizar «aspectos relacionados con la celebración y validez de los contratos u otras obligaciones legales cuando existan requisitos de forma establecidos en las legislaciones nacionales o comunitaria, ni afecta a las normas y límites que rigen el uso de documentos»⁸². En esta línea, debe recordarse que la *Directiva sobre comercio electrónico (Directiva 2000/31/CE)* «no se aplicará a las actividades de los Notarios o profesiones equivalentes, en la medida en que impliquen una conexión directa y específica con el ejercicio de la autoridad pública» (art. 1.5.d). Ambas menciones normativas parecen dejar claro que, si los aspectos legales del documento público electrónico quedan fuera de los márgenes actuales de la armonización, más aún queda fuera lo relativo a la pura contratación electrónica de derechos reales sobre inmuebles y la inscripción registral electrónica.

Pero quizás suponga una valiosa muestra de la rapidez con que los diversos marcos legales se mueven en relación con los cambios tecnológicos que pueden afectar a la contratación el curioso caso de la transposición española de la Directiva sobre firma electrónica. España realizó una rápida y criticada «transposición anticipada» de esa Directiva (de 13 de diciembre de 1999) mediante el RDL 14/1999, de 17 de septiembre, que suponía una transposición bastante literal sin mención expresa de los documentos públicos elec-

⁷⁹ Según la EUROPEAN MORTGAGE FEDERATION, *Recommendations for the Improvement of the Efficiency of the Mortgage Collateral*, 2003, p. 6 (disponible en «<http://www.hypo.org>»), sólo Alemania, Austria, Dinamarca, Irlanda, Países Bajos y, en parte, Italia, tienen un Registro de la Propiedad consultable a través de Internet.

⁸⁰ JENSEN, U., «International Registers and the European Real Estate Market», en *Eulis Seminar on Conveyancing Practices*, Lund, 15-16 de mayo de 2003, p. 6 (disponible en «<http://www.eulis.org>»; fecha de consulta: 21 de enero de 2004).

⁸¹ De acuerdo con MOTEL («A European View on Notaries...», cit., pp. 4-5) una firma digital ha sido atribuida a cada Notario (para asegurar los documentos que envían) en Alemania, Austria, Bélgica, España, Francia, Italia y Países Bajos.

⁸² Artículo 1 de la Directiva 1999/93/CE; *vid.* considerando 17. Pero el considerando 12 indica que «los servicios de certificación pueden ser prestados tanto por *entidades públicas* como por personas físicas o jurídicas» (cfr. art. 2.11: el tenor literal es sólo «entidad o persona física o jurídica»).

trónicos (que durante un tiempo se han entendido excluidos del marco legal). En cambio, en la nueva Ley 59/2003, de 19 de diciembre (art. 3.6) expresamente se contempla que el documento electrónico avalado con firma electrónica será soporte de documentos públicos (notariales, judiciales o administrativos) o de documentos privados; lo cual vino posibilitado ya por la introducción del artículo 17 bis en la Ley del Notariado por efecto de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre (art. 115)⁸³. También en Francia se admite el documento público electrónico en la nueva redacción de los artículos 1316 y 1317 del propio CC (según la reforma operada por la Ley de 29 de febrero de 2000). En Derecho inglés ha sido la *Electronic Communications Act 2000* (s. 8) la norma cuyo desarrollo ha de permitir «la conclusión de contratos válidos y escrituras (*deeds*) en forma electrónica», como paso previo a la inscripción electrónica.

2. TRANSMISIÓN ELECTRÓNICA DE DERECHOS REALES SOBRE INMUEBLES E INSCRIPCIÓN REGISTRAL ELECTRÓNICA EN LA *LAND REGISTRATION ACT 2002* INGLESA

Precisamente la *Land Registration Act 2002* («Ley de inscripción registral de inmuebles»), de 22 de febrero de 2002 (LRA), en vigor en Inglaterra y Gales desde el 13 de octubre de 2003, supone una revolución pionera para eludir el ya analizado lapso registral o *registration gap* y permitir la máxima transparencia en la información del Registro, a través de medios electrónicos. Esta ley podría erigirse en un modelo para un eventual Registro de transmisiones de derechos reales sobre inmuebles en el contexto europeo⁸⁴, en relación con una negociación transfronteriza cada vez más frecuente, pese a su marginación, por el momento, de Directivas como la de comercio electrónico, firma electrónica o comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores.

Hasta la entrada en vigor de la LRA 2002, el sistema inglés y galés exigía rigurosamente el cumplimiento de varios requisitos formales para la transmisión de la propiedad⁸⁵. Todos los contratos

⁸³ Sobre esta modificación y sobre la incorporación al notariado de las nuevas tecnologías, por todos, RODRÍGUEZ ADRADOS, A., *Incidencias en la seguridad jurídica preventiva de la Ley 24/2001* (conferencia pronunciada el 14 de noviembre de 2002), «Escritura Pública», Colegios Notariales de España, Madrid, 2004, pp. 1-95 —con análisis comparado del documento electrónico en Italia (donde aún no existe la escritura pública notarial, p. 41), Francia y Alemania en pp. 38-43—. *Vid.* también la Instrucción de la DGRN de 18 de marzo de 2003, respecto al artículo 107 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre.

⁸⁴ *Vid.* NASARRE AZNAR, S., «La reforma del Derecho registral inglés. Un modelo de registro flexible para una Eurohipoteca», en *RCDI*, 2004, núm. 683, pp. 1285-1311.

⁸⁵ Un resumen en DE LA PUENTE ALFARO, F., «El Registro de la Propiedad en Inglaterra y Gales», en *RCDI*, 670, marzo-abril de 2002, pp. 605-638, esp. pp. 607 ss. Otro

con este contenido debían ser realizados en un *deed* (s. 52, *Law of Property Act 1925*, modificada en 1989), firmado por las partes y los testigos y emitido. Entonces el documento en papel debía ser remitido al Registro de la Propiedad; hasta su entrada en él no se constituía el derecho ni se transmitía la propiedad. La inscripción era obligatoria⁸⁶ en el plazo de dos meses para toda transmisión de la propiedad absoluta (*fee simple absolute in possession; freehold*) o de la propiedad a término (*lease; leasehold*) superior a veintiún años (con la LRA 2002, superior a siete años). Si el adquirente no inscribía, o mientras no lo hacía, no recibía la transmisión legal de la propiedad (*legal title*), aunque quedaba como beneficiario de una titularidad protegible por las reglas de la equidad (*equitable interest*) en el que el transmitente devenía fiduciario (*constructive trustee*).

La nueva LRA pretende reducir al máximo el número de derechos existentes fuera del Registro de la Propiedad a través de su polémico artículo 93, por el que la creación y transmisión de derechos sobre inmuebles «sólo tendrá eficacia» si han sido inscritos electrónicamente⁸⁷. Por lo tanto, la única forma posible de crear esos derechos reales (*proprietary rights*) es la inscripción electrónica. Ni siquiera existirá la alternativa, en cuanto se pongan los medios técnicos adecuados, de pretender registrar derechos documentados en papel. Como la doctrina ha señalado, «dejar de cumplir las formalidades electrónicas imperativas ni siquiera originará la creación de un derecho de equidad, y mucho menos uno reconocido por el Derecho estricto. No hay red de seguridad, ningún derecho capaz de vincular a las partes *inter se*, ninguna distinción entre los derechos legales y los de equidad»⁸⁸. Algunos autores proponen que los tribunales hagan uso de la medida del *proprietary estoppel* para dar validez al menos entre las partes al acuerdo carente de esas formalidades en los contratos inmobiliarios⁸⁹, como vía

estudio en español que repasa sumariamente este sistema desde sus hitos históricos más relevantes, en PRADA ÁLVAREZ BUYLLA, P., «Ideas en torno al sistema hipotecario de Inglaterra y Gales», *Boletín del Colegio de Registradores de España*, 77, noviembre de 2001, pp. 3074-3086.

⁸⁶ La obligatoriedad de inscribir se inició lentamente, por áreas territoriales en 1965 y devino general para toda Inglaterra y Gales desde el 1 de diciembre de 1990: *vid.* MEGARRY, R. y WADE, W., *The Law of Real Property*, 6.ª ed., Sweet & Maxwell, London, 2000, pp. 208 ss., § 6-013 ss., sobre los derechos de obligatoria inscripción.

⁸⁷ El número de *overriding interests* (derechos reales no inscritos que perjudican a los inscritos; *vid. infra*, ap. VI.2) ha sido también notoriamente reducido.

⁸⁸ DIXON, M., «The Reform of Property Law and the Land Registration Act 2002: A Risk Assessment», en *Conveyancer*, 2003, 67, p. 154.

⁸⁹ COOKE, E. (dir.), «Proprietary Estoppel and Formalities in Land Law and the Land Registration Act 2002: A Theory of Unconscionability», en *Modern Studies in Property Law*, 2003, 2; DIXON, *op. cit.*, pp. 154-155.

para eludir las claras consecuencias de la ley. Lo cierto es que, como afirma la *Law Commission* inglesa, «será el hecho de la inscripción y sólo la inscripción de la titularidad lo que confiera la titularidad»⁹⁰, de manera que, en una frase ya célebre entre los juristas ingleses, «la inscripción de la titularidad va a ser reemplazada por la titularidad a través de la inscripción»⁹¹. Es decir, un sistema de inscripción constitutiva y exclusivamente electrónica. Curiosamente, un nuevo formalismo —que siempre entraña cierta nueva rigidez— se implanta en busca de mayor agilidad del sistema. Si a los rasgos de la inscripción constitutiva y electrónica se añade el hecho de potenciar, como hace la ley, la inmatriculación obligatoria, el resultado es claro: una «inscripción universal»⁹², con un Registro en el que la coincidencia entre la realidad registral y la extrarregistral es sumamente alta y en el que se consigue la práctica eliminación del lapso registral.

Un dato más y muy importante. El acceso a este sistema electrónico, ubicado en una intranet segura, sólo se reserva a quienes tengan una licencia de acceso especial (*Network Access Agreements*) —abogados, agentes de la propiedad inmobiliaria, intermediarios inmobiliarios acreditados y concedentes de créditos hipotecarios— para preservar la seguridad y el nivel de la negociación inmobiliaria. Por ello, los particulares no podrán ni realizar una transmisión inmobiliaria mediante contrato en papel ni acudir por sí solos a los medios electrónicos, sino que necesariamente deben recurrir a los servicios de unos intermediarios profesionales⁹³, para la redacción del contrato electrónico, el envío al Registro, su cotejo allí y posible rectificación, la firma electrónica del documento y la definitiva transmisión de los derechos con la inscripción definitiva. El tiempo dirá si la experiencia inglesa y los costes de su implantación erigen a este ambicioso sistema en un modelo para evitar el «lapso registral» y para dar publicidad a derechos sobre inmuebles (incluida una eventual eurohipoteca)⁹⁴ en un mercado interior europeo.

⁹⁰ LAW COMMISSION, *Report No. 271*, cit., en § 1.10.

⁹¹ «Registration of title is to be replaced by title by registration»; COOKE, E., «The Land Registration Bill 2001», en *Conveyancer*, 2002, 66, p. 16.

⁹² COOKE, «The Land Registration...», cit., pp. 12-13.

⁹³ Algunas voces han calificado el cambio como una vulneración del derecho fundamental a disponer de la propiedad. En cualquier caso, tampoco esos profesionales están satisfechos con la reforma, al menos en su actual fase de implantación, debido a los costes de tiempo, aprendizaje, equipamiento y otros cambios. Un estado de la cuestión, con datos económicos, puede verse en CARTON, A., «E-Conveyancing - Is it going to Help the High Street Lawyer?», en *Computers and Law*, 2002, 13.3, pp. 3-5; también, sobre todo en relación con la implantación de las firmas electrónicas adecuadas y los costes, PERRY, R., «E-Conveyancing: Problems Ahead?», en *Conveyancer*, 2003, 67, pp. 215-224.

⁹⁴ Esto es defendido por NASARRE, «La reforma...», cit., *passim*.

3. EL PROYECTO COMUNITARIO EULIS

De momento, en el seno de la Unión Europea existe un programa más modesto, aunque igualmente audaz y valioso, denominado *European Land Information Service* (EULIS, enero 2002-junio 2004)⁹⁵ enmarcado en el programa *eContent* de la Unión Europea. Varios países con Registros de la Propiedad ya informatizados lo integran⁹⁶. Su objetivo es eliminar las barreras a un acceso internacional a la información contenida en los Registros inmobiliarios y los Catastros. Sus previsiones son que a este acceso unificado puedan acceder *on line* todos los usuarios interesados para obtener una información fiable para negociar en otro país. Por supuesto, un proyecto como éste, de creación de un registro *on line* paneuropeo, reclamado desde instancias como la Federación Hipotecaria Europea, cuenta con numerosos escollos de tipo jurídico, como los relativos a la normativa sobre la protección de la intimidad, y también de tipo práctico, como el problema del lenguaje: contar con completa información registral en otro idioma puede ser de escasa utilidad⁹⁷ y prestarla en un idioma uniforme no deja de ser problemático, máxime en un contexto como el del Derecho de cosas, con una terminología aún tan específica en cada sistema nacional. Este problema trae ecos de la propia desatención al idioma por parte de algunas Directivas de protección del consumidor en relación con ciertos deberes de información.

Repárese, por comparación, que el Proyecto EULIS tan sólo pretende permitir la consulta del estado jurídico de una finca o inmueble por Internet, pero no, como ocurre en la LRA 2002 inglesa, la completa negociación con inmuebles por medios telemáticos⁹⁸.

4. EL CONVENIO (UNIDROIT) DE CIUDAD DEL CABO RELATIVO A GARANTÍAS INTERNACIONALES SOBRE EQUIPO MÓVIL DE 2001 Y SU SISTEMA REGISTRAL

4.1 Planteamiento

La Conferencia diplomática de Ciudad del Cabo, celebrada entre los días 29 de octubre y 16 de noviembre de 2001 bajo los

⁹⁵ Más información en «<http://www.eulis.org>».

⁹⁶ Austria, España, Finlandia, Inglaterra y Gales, Noruega, Lituania, Países Bajos y Suecia.

⁹⁷ JENSEN, «International Registers...», cit., p. 8.

⁹⁸ NASARRE, «La reforma...», cit., p. 1307.

auspicios de UNIDROIT y de la Organización de Aviación Civil Internacional (OACI), alumbró un exitoso y ambicioso «Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil», en vigor desde el 1 de abril de 2004⁹⁹. El principal objetivo del Convenio y los Protocolos correlativos es facilitar la financiación de la adquisición y uso de equipamiento mobiliario de gran valor, en particular aeronaves y material aeronáutico, material rodante ferroviario y bienes de equipo espacial (satélites); para ello, el Convenio rehuye la regulación de un derecho de conflicto uniforme y, en cambio, regula a lo largo de 62 detallados artículos el régimen sustantivo de una serie de derechos reales y garantías internacionales para asegurar los derechos de los acreedores de tales operaciones financieras; derechos y garantías que encuentran su clave de protección frente a cualesquiera terceros, tanto en relación con procedimientos de insolvencia como con otras preclusiones crediticias, a través de un novedoso Registro internacional absolutamente electrónico, con los rasgos propios de cualquier Registro jurídico de titularidades reales.

Ciertamente, por dos razones, podría parecer que este nuevo Registro internacional diseñado por UNIDROIT excede de los márgenes trazados para el presente ensayo, pues se trata de un Registro de garantías sobre bienes muebles y además es internacional, supracomunitario. Sin embargo, conviene prestarle una especial atención por su triple interés para los objetivos de este estudio:

– Por un lado, este Registro constituye un intento internacional de homogeneización y uniformización de sistemas registrales sobre derechos reales (de garantía); si se tiene en cuenta que en materia de suministro de información pública mediante inscripción registral los principios que rigen la fe pública registral pueden ser

⁹⁹ Sesenta y ocho Estados y 14 organizaciones internacionales asistieron a la Conferencia diplomática; 53 Estados firmaron el acta final, entre ellos España (que por el momento no se cuenta entre los 28 Estados que han firmado el Convenio). Para un análisis detallado del Convenio cabe recomendar cuatro fuentes: el comentario oficial –a cargo de su ponente–, GOODE, R., *Official Commentary on the Convention on International Interests in Mobile Equipment and the Protocol thereto on Matters Specific to Aircraft Equipment*, UNIDROIT, Roma, 2002; también, GOODE, R., «The Cape Town Convention on International Interests in Mobile Equipment: a Driving Force for International Asset-Based Financing», en *Uniform Law Review*, 2002, 4, pp. 3 ss.; el *Explanatory Report and Commentary on the draft Convention on International Interests in Mobile Equipment and the draft Aircraft Protocol*, documento DCME-IP/2 de 11 de mayo de 2001, disponible en <<http://www.unidroit.org/english/conventions/mobile-equipment/conference2001/conferencedocuments/ip-2-e.pdf>> (fecha de consulta: 16 de junio de 2004); y también DAVIES, I. (dir.), *Security Interests in Mobile Equipment*, Dartmouth/Ashgate Publ. Ltd., Aldershot, 2002, y el número especial dedicado al Convenio por la *ERPL*, 2004, 1. Para una relación bibliográfica detallada, <<http://www.unidroit.org/english/conventions/mobile-equipment/bibliography/bibliography1.htm>>, en cuyo sitio puede encontrarse también el texto del Convenio y los Protocolos.

muy similares entre los Registros de muebles y de inmuebles¹⁰⁰, cabe concluir que el nuevo sistema registral internacional merece atención como hipotético modelo para la armonización registral europea.

– Por otro lado, se trata de un Registro completamente electrónico, con unas características de organización y publicidad muy destacables (folio real, de titularidades y no de documentos, etc.) para su examen en el marco armonizador comunitario como contrapunto al recién examinado sistema registral electrónico de Inglaterra.

– Por último, con bastante probabilidad, la Unión Europea entrará a formar parte del Convenio de Ciudad del Cabo en breve, al amparo de la posibilidad de firmarlo, aceptarlo o aprobarlo como «organización regional de integración económica» *ex* artículo 48 del Convenio. La Comisión Europea, dirimidas algunas críticas competenciales realizadas por varios Estados miembros, lo tiene en su agenda más próxima¹⁰¹.

4.2 Causas, estructura, fines y régimen sustantivo del Convenio

Para situar el funcionamiento y principios del sistema registral internacional creado, y sin ánimo de examinar el Convenio en su integridad, procede realizar unas sumarias consideraciones sobre las causas, estructura, fines y régimen sustantivo de las garantías de este Convenio. Los *motivos* de su aprobación son de índole económica y legal: de una parte, se pretende potenciar la financiación para poder adquirir o usar equipos móviles costosos; para ello se refuerzan las garantías de los prestamistas en tales operaciones de adquisición de material aeronáutico, ferroviario o espacial, de forma que se reduzcan los riesgos de esos acreedores, lo cual redundará en beneficio de todos, con un abaratamiento de costes y, particularmente, propiciará la adquisición de tal material tecnológico de carácter mobiliario mediante créditos a países en vías de

¹⁰⁰ Así, VAN ERP, S., «The Cape Town Convention: a Model for a European System of Security Interests Registration?», en *ERPL*, 2004, 1, pp. 92-93 y 109. En España, como subrayan GARCÍA SOLÉ, F y GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., *Derecho de los bienes muebles. Financiación y garantías en la contratación mobiliaria*, Marcial Pons, Madrid, 2002, p. 160, la Ley 28/1998 (ventas a plazos de muebles) «introduce principios propios de los Registros inmobiliarios en el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles (hoy ya Registro de Bienes Muebles)»; amén del consabido trasvase de los principios hipotecarios del Registro de la Propiedad a los Registros mobiliarios regulados (Ordenanza de 19 de julio de 1999 sobre el citado Registro –para ventas a plazos y *leasing* mobiliario–, *ibid.*, p. 120; Ley de hipoteca mobiliaria de 1954, etc.).

¹⁰¹ POULAIN, B., «La Communauté européenne et la Convention du Cap», en *Uniform Law Review*, 2003, 8, pp. 377-386; HONNENBIER, B. P. y MILO, J. M., «The Convention of Cape Town: The Creation of International Interests in Mobile Equipment», en *ERPL*, 2004, 1, pp. 4-5.

desarrollo¹⁰². De otra parte, desde el punto de vista legal, la *lex rei sitae* que viene aplicándose a los derechos reales sobre bienes muebles se ha manifestado inadecuada para los derechos de los acreedores en los equipos móviles cuya actividad es claramente tranfronteriza, en particular por las profundas diferencias del Derecho de cosas en los distintos países (con importantes restricciones a la creación y reconocimiento de derechos reales atípicos en algunos). Por ello, desde el grupo de trabajo de UNIDROIT se trabajó en la creación, publicidad y prioridad de una titularidad internacional –autónoma respecto de cualquier normativa nacional– que ha sido acogida como garantía internacional por el Convenio de Ciudad del Cabo.

En cuanto a la *estructura y aplicación* de este Convenio, debe precisarse que sus 62 artículos comprenden la definición de su ámbito material y espacial, los requisitos de constitución de las garantías internacionales (art. 7), las medidas ante el incumplimiento de las obligaciones (arts. 8-15), el sistema de inscripción internacional (arts. 16-26), la organización registral y su responsabilidad (arts. 27-28), los efectos contra terceros de las garantías internacionales (arts. 29-30), la cesión y subrogación de derechos y garantías (arts. 31-38), la eficacia de algunos derechos no inscritos (cfr. arts. 39-41), cuestiones de jurisdicción (arts. 42-45) y una serie de normas relativas a relaciones con otros convenios, firmas, declaraciones estatales, protocolos y otra serie de disposiciones finales. De ahí se aprecia que prácticamente una cuarta parte del Convenio (al menos, puramente los arts. 16 a 30) se dedica a regular el Registro internacional, el cual, en palabras del Informe Explicativo oficial, «yace en el corazón del sistema de prioridades del Convenio», y «ocupa un papel central» en él¹⁰³. El Convenio es genérico en cuanto a los equipos móviles que comprende, dentro de los tres antes mencionados (art. 2). En la Conferencia diplomática se estimó que algunas reglas debían ser modificadas para adaptarlas a concretos sectores industriales, por los que se han redactado *Protocolos* a medida. Y también está previsto que bajo cada

¹⁰² Aparte de los documentos oficiales, enfatizan esta idea GOODE, R., «The International Interest as an Autonomous Property Interest», en *ERPL*, 2004, 1, p. 20; STANFORD, M. J., «The New Regimen: its History and Future after South Africa», en *ERPL*, 2004, 1, p. 9. Evidentemente, también los países productores de estos equipos y los países financiadores salen beneficiados, de forma que el administrador de la *Federal Aviation Administration* de los Estados Unidos (M. C. BLAKEY) ha declarado, el 18 de mayo de 2004, ante la correspondiente comisión del Senado estadounidense, que «this Treaty is a “win-win-win” proposition. It is a fine example of how international legal cooperation can benefit all parties» («<http://testimony.ost.dot.gov/test/Blakey2.htm>», fecha de consulta: 16 de junio de 2004).

¹⁰³ *Explanatory Report...*, cit., p. 6, § 22; p. 33 § 1.

Protocolo se desarrollen las reglas reglamentarias específicas para la creación y funcionamiento de *Registros Internacionales específicos para cada tipo de bienes móviles*. Por lo que, propiamente, no habrá un sólo Registro internacional para las garantías reales sobre equipos móviles, sino tantos Registros internacionales como categorías de bienes. Está previsto que sean tres: Protocolo [y Registro internacional] «sobre cuestiones específicas de los elementos de equipo aeronáutico», Protocolo [y Registro internacional] sobre material rodante ferroviario, y Protocolo [y Registro internacional] sobre bienes de equipo espacial. Por el momento, tan sólo se ha puesto a firma el primero ¹⁰⁴ y se trabaja en el Reglamento del Registro internacional sobre titularidades internacionales relativas a equipos aeronáuticos ¹⁰⁵. Por ello, aunque el Convenio ha entrado en vigor el 1 de abril de 2004, tras la ratificación de tres Estados ¹⁰⁶, sólo es válido respecto a las categorías de objetos a las que se aplica un Protocolo que entre en vigor (art. 49.1 Convenio). En consecuencia, el Convenio no puede operar con independencia de un Protocolo y el aeronáutico será el primero tras la ratificación de ocho Estados (art. XXVI.5 Protocolo), por lo que se espera que Convenio y Protocolo entren en vigor a mediados de 2004 ¹⁰⁷. En definitiva, en lo que atañe a los Registros internacionales, el Convenio fija el marco de principios registrales y cada Protocolo y ulteriores Reglamentos adaptan esos principios a los bienes muebles sobre los que recaen los derechos inscritos en sus respectivos Registros. Convenio y Protocolo deben interpretarse como un solo instrumento, pero en caso de discordancia prevalece el Protocolo (art. 6 Convenio).

¹⁰⁴ Ha sido firmado por 28 Estados, ratificado por tres y aprobado por uno. Su texto y estado de firmas, ratificaciones y aprobaciones, puede verse en «<http://www.unidroit.org/english/implement/i-2001-aircraftprotocol.html>». Se prevé celebrar una Conferencia diplomática en 2005 para aprobar el Protocolo sobre material rodante ferroviario (según K. BHATIA, secretario adjunto para aviación y asuntos internacionales del Gobierno de los Estados Unidos de América, en comparecencia ante la Comisión de transportes del Congreso estadounidense el 28 de abril de 2004; fuente: «<http://testimony.ost.dot.gov/test/Bhatia1.htm>»; fecha de consulta: 16 de junio de 2004). Se prevé que el Registro internacional de garantías sobre equipos aeronáuticos esté operativo a finales de 2004 (BHATIA, *ibid.*).

¹⁰⁵ Su borrador puede verse como anexo en el *Third Report of the International Registry Task Force*, DCME-IP/4, de 19 de octubre de 2001, agrupación constituida en marzo de 2000 para elaborar el desarrollo normativo del Registro internacional sobre la materia, disponible en «<http://www.unidroit.org/english/conventions/mobile-equipment/conference2001/conferencedocuments/ip-4-e.pdf>» (fecha de consulta: 16 de junio de 2004).

¹⁰⁶ Panamá, Etiopía y Nigeria (los mismos que han ratificado el Protocolo), más la aprobación por Paquistán en enero de 2004 (que también ha aprobado el Protocolo). La entrada en vigor del Protocolo se ha producido «el primer día del mes siguiente a la expiración de un período de tres meses posterior a la fecha de depósito del tercer instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión» (art. 49.1 Convenio).

¹⁰⁷ HONNEBIER/MILO, *op. cit.*, p. 6.

Cabe resumir los *finés* del Convenio ¹⁰⁸ y su *régimen sustantivo* en las siguientes notas sucintas. El Convenio de UNIDROIT persigue:

a) *Crear una garantía internacional* sobre los elementos de equipo móvil mencionados (art. 2.3: células de aeronaves, motores de aeronaves, helicópteros, material rodante ferroviario y bienes de equipo espacial) sobre un objeto inequívocamente identificable, reconocible en todos los Estados contratantes en virtud de uno de estos tres contratos: un contrato constitutivo de garantía, una venta condicional con reserva de dominio o un arrendamiento (financiero) ¹⁰⁹. Para la aplicación del Convenio es preciso que el deudor esté situado en un Estado contratante en el momento de celebrar el contrato que contiene la garantía internacional (arts. 3 y 4). Para que la garantía se constituya con el carácter internacional que prevé el Convenio debe cumplir varios requisitos (art. 7): tener forma escrita el contrato, referirse a un objeto del que el otorgante, el vendedor condicional o el arrendador pueden disponer, ser identificable el objeto y que el contrato determine las obligaciones garantizadas.

b) *Establecer en favor del acreedor varios remedios básicos de carácter dispositivo en caso de incumplimiento contractual* y medidas provisionales rápidas (conservación, posesión o control, inmovilización del objeto, arrendamiento o gestión, etc.). Entre las medidas que tiene a su disposición el acreedor garantizado, que deben aplicarse de forma comercialmente razonable (art. 8.3), cabe citar la recuperación de la posesión o el control del objeto gravado, su venta o alquiler y el derecho a percibir todo beneficio proveniente de la gestión o explotación de dicho objeto (art. 8.1); incluso se permite la validez de una suerte de pacto comisorio, bien previamente acordado, bien establecido por resolución judicial (art. 9; según el art. 54.2 los Estados parte pueden declarar la necesidad de resolución judicial para esta transferencia de propiedad como satisfacción de la deuda).

c) *Asegurar con cada Protocolo* que las necesidades concretas de cada sector industrial se cumplen.

d) *Dar a los posibles acreedores más seguridad jurídica* a la hora de otorgar créditos para las operaciones relativas a estos equipamientos móviles, reduciendo así los costes de los préstamos en beneficio de los intervinientes y los usuarios finales. A tal efecto, se regulan también de forma detallada las cesiones de las garantías

¹⁰⁸ Enunciados en el *Explanatory Report* (cit., p. 2).

¹⁰⁹ El artículo 2.2 del Convenio enuncia esos tres contratos y en la versión oficial española se alude sólo al «arrendamiento», mientras la versión, también oficial, inglesa emplea el término *leasing*. El *Explanatory Report* (cit., p. 20) aclara que el *leasing agreement* cubre *leases* y *sub-leases*, con o sin opción de compra.

internacionales, de los derechos accesorios y las subrogaciones (arts. 31-38).

e) Crear un *Registro electrónico internacional*¹¹⁰ para dar noticia a los terceros de la existencia de las garantías internacionales y permitir a los acreedores preservar su prioridad frente titularidades no registradas en él, o registradas posteriormente y frente a la masa de acreedores en caso de procedimiento de insolvencia.

3. EL REGISTRO INTERNACIONAL DE GARANTÍAS INTERNACIONALES SOBRE EQUIPO MÓVIL

Si hubiese que sintetizar los *rasgos esenciales* de este nuevo Registro internacional, de acuerdo con la tradición terminológica del Derecho registral, cabría decir que es *un registro electrónico de carácter jurídico, de cargas, y, eventualmente, de titularidades, sin aporte documental, de inscripción no constitutiva para la que rige el principio del consentimiento, que sigue el sistema de folio real sobre ciertos bienes muebles identificables, con preferencia de rango ordenada por prioridad cronológica de inscripción, de carácter internacional y accesible universalmente on line sin restricciones subjetivas, con eficacia para terceros con independencia de la buena fe (oponibilidad, que fija la prioridad frente a derechos concurrentes y situaciones de insolvencia posteriores), a cargo de un Registrador «pasivo» e independiente.*

Para desglosar estas líneas maestras del Registro internacional será oportuno analizar fundamentalmente las reglas, en vigor, contenidas en el Convenio de Ciudad del Cabo de 16 de noviembre de 2001¹¹¹, pero teniendo a la vista, donde sea procedente, el régimen proyectado en el Protocolo de la misma fecha sobre garantías internacionales sobre equipos aeronáuticos o las especialidades más relevantes de los futuros Protocolos sobre material rodante ferroviario y equipos espaciales. Debe recordarse (*vid.* apartado anterior) que está prevista la creación de tantos Registros interna-

¹¹⁰ Específicamente sobre el Registro internacional, puede consultarse: CUMING, R. C. C., «Considerations in the Design of an International Registry for Interests in Mobile Equipment», en *Uniform Law Review*, 1999, 4-2, pp. 275 ss.; ID., «The registry system of the (draft) Convention on International Interests in Mobile Equipment and the (draft) Aircraft Equipment Protocol», en *Revue du Notariat*, 2001, 103, pp. 33-50; MOONEY, C. W., «Relationship between the Prospective UNIDROIT International Registry, Revised Uniform Commercial Code Article 9 and National Civil Aviation Registries», en *Uniform Law Review*, 1999, pp. 335-346; VAN ERP, «The Cape Town Convention...», cit.

¹¹¹ Los números de los artículos que a continuación se citan corresponden al texto consolidado del Convenio; en el caso de referencias a Protocolos o borradores normativos distintos, se hará constar expresamente.

cionales como categorías de bienes sometidos a garantías internacionales (art. 16.2). En consecuencia, cabe distinguir las siguientes reglas de tal(es) Registro(s) internacional(es):

a) *Objeto de la inscripción.* Se inscriben (art. 16.1) garantías internacionales, garantías internacionales futuras y derechos y garantías no contractuales susceptibles de inscripción [cfr. arts. 23, 39.1.a) y 40: garantías o privilegios crediticios legales declarados prioritarios, con o sin inscripción internacional, por un Estado contratante; *v. gr.*, créditos refaccionarios, garantías salariales o por impago de impuestos]; cesiones y cesiones futuras de garantías internacionales (cfr. arts. 31 ss.); subrogaciones legales o contractuales en éstas; avisos de garantías nacionales (*v. gr.*, cuando todas las partes están en un Estado contratante y éste ha declarado que no se registrarán por el Convenio; el aviso también ganará prioridad registral), y acuerdos de subordinación de rango de todas las garantías citadas. En cambio, el Convenio, en principio, no se aplica a las titularidades derivadas de compraventas perfectas y consumadas normales (no condicionales ni sometidas a reserva de dominio) «porque éstas no implican el otorgamiento de ninguna garantía o titularidad real frente al deudor»¹¹², por lo que no pueden aplicárseles algunas reglas del Convenio (como el capítulo III, sobre las medidas ante el incumplimiento). Sin embargo, el artículo 41 deja abierta la puerta a que el Protocolo permita su inscripción, como efectivamente lo ha hecho el Protocolo sobre equipos aeronáuticos¹¹³.

b) *Requisitos de la inscripción.* El artículo 18 se remite al Protocolo y al Reglamento para especificar estos requisitos, entre los que cabe subrayar dos: la identificación y el consentimiento para inscribir de los interesados. En cuanto a la *identificación*, el proyecto de Reglamento para el Registro internacional para equipo aeronáutico (en adelante, Reglamento), siguiendo el sistema de folio real¹¹⁴ prevé un folio separado para cada aeronave, fuselaje,

¹¹² *Explanatory Report*, cit., p. 8, § 30. *Vid.* también p. 58 y p. 7 § 25.

¹¹³ Artículo V del Protocolo en aplicación del artículo 41 del Convenio («El presente Convenio se aplicará a la venta o a la venta futura de un objeto de conformidad con lo previsto en el Protocolo y sus modificaciones», sin que conste en el artículo 2 la venta normal como punto de partida de una inscripción). Así, el *Explanatory Report* (cit., p. 58) aclara que con esa redacción del artículo 41 se busca autorizar que el Protocolo permita a los compradores definitivos obtener el beneficio de un sistema de inscripción y de prioridad asegurado por el Registro internacional. En cambio, respecto a los trabajos que se están llevando a cabo para regular el Registro internacional relativo a materiales ferroviarios, existen serias dudas en la comisión de expertos a cerca de la posibilidad de inscribir ventas normales, que parece que les inclinarán a mantener tan sólo la inscribibilidad de garantías internacionales y no de compraventas (así, *vid.* ROSEN, H., «The Regimen of the Railway Rolling Stock Protocol», en *ERPL*, 2004, 1, p. 32).

¹¹⁴ No obstante, se prevé que el Registro estará compuesto por *archivos de datos personales* (personas y entidades, con nombre, dirección física y electrónica, etc.; caps. 2

helicóptero o motor con su identificación, en la que se contengan estos datos: tipo de aeronave, nombre del fabricante, número de serie del fabricante, marca del registro y Estado del Registro (cap. 4 del Reglamento). Respecto al *consentimiento*, se requiere transmisión por vía electrónica del consentimiento escrito de las partes implicadas en la garantía internacional, tanto acreedor como deudor [arts. 18.1.a) y 20: con reglas sobre quién debe emitir el consentimiento en caso de subordinación, cancelación, subrogación, avisos, etc.]; sin embargo, «el Registrador no estará obligado a verificar si efectivamente el consentimiento para la inscripción en virtud del artículo 20 ha sido dado o si es válido» (art. 18.2). Dado que también puede suponer mayores requisitos adicionales para la inscripción, cabe mencionar que tanto el Convenio (art. 18.5) como el Protocolo aeronáutico (art. XIX; y cap. 15 Reglamento) prevén la posibilidad de que un Estado contratante pueda designar en su territorio una o varias entidades como *puntos de acceso* o puertas de entrada al Registro internacional, a través de las cuales se transmitirá a éste la información necesaria para la inscripción. Cabe pensar que, de esta forma, cada Estado podría mantener sus propios requisitos de calificación, legalidad, identificación, etc., mientras se respetasen los mínimos del Convenio y el Protocolo. Con esta ingeniosa solución —que genera, no obstante, asimetría en los requisitos de acceso y de depuración de la información— se conseguiría que con la inscripción de una garantía o titularidad nacional, de forma automática y prácticamente simultánea, al operarse desde el Registro o punto de entrada nacional la solicitud de inscripción en el Registro internacional, dicha garantía o titularidad alcanzase también la reforzada protección internacional del Convenio de Ciudad del Cabo¹¹⁵. En España se ha sugerido que el punto de acceso habría de ser el Registro Central de Bienes Muebles¹¹⁶. En cualquier caso, estas entidades que actúan como puntos de entrada no son parte del Registro internacional, sus operaciones se gobiernan en exclusiva por el Derecho nacional y, si bien el Estado contratante puede imponer que sean puntos de acceso para inscribir en el Registro internacional (con previa inscripción en el nacional), no puede imponer que sean el único punto para la consulta del Registro diseñado por el Convenio y el Protocolo; la consulta, esto es, la solicitud de información registral debe

y 3 Reglamento), que deben mantenerse siempre confidenciales por no estar en los folios de los objetos registrados (cap. 11 del Reglamento y art. 18.1.c del Convenio) y *archivos de objetos aeronáuticos* (caps. 2, 4 y 5), que son propiamente los que constituyen el objeto de la publicidad registral.

¹¹⁵ Vid. *Explanatory Report*, cit., pp. 6-7 § 23, p. 36 §4 y p. 84.

¹¹⁶ GARCÍA SOLÉ/GÓMEZ GÁLLIGO, *op. cit.*, p. 224.

ser posible *on line* desde cualquier punto conectado con el Registro internacional disponible para el solicitante ¹¹⁷.

c) *Validez y fecha de la inscripción.* El Convenio distingue entre el momento en que la inscripción es válida, cuando cumple los requisitos anteriores y en particular el de la emisión del consentimiento para la inscripción del artículo 20, y el momento en que «si es válida, quedará completa, al incorporarse la información requerida en la base de datos del Registro internacional de forma que pueda ser consultada» (art. 19.2). Por lo tanto, la eficacia de la inscripción, esto es, la fecha en que se entiende producida a todos los efectos, no sigue ni la teoría de la emisión ni la de la recepción del consentimiento/solicitud emitidos, sino que es el momento en que la información registral de ese objeto está accesible al público. Dado el carácter enteramente electrónico y automatizado del Registro, que se pretende que funcione sin intervención humana (*vid. infra*), los lapsos que se prevén son muy breves, tras la asignación de un número de expediente en orden secuencial y la conservación de la información de forma duradera. Una regla muy importante para el funcionamiento del Registro internacional y el efecto de prioridad que produce es la *inscripción de «garantías internacionales futuras»*; cuando se inician las negociaciones para crear sobre un objeto una garantía internacional en el futuro, supeditada a que ocurra un hecho cierto o incierto, es posible inscribir esa garantía proyectada, por supuesto con consentimiento del futuro y eventual deudor; en caso de que la garantía internacional futura llegue a convertirse en una efectiva garantía internacional, el Convenio establece que no es preciso realizar ninguna inscripción adicional y ésta se considerará inscrita desde el momento de la inscripción de la garantía futura (arts. 18.3, 19.4 y 22.3). Este curioso mecanismo, trasvasado a las categorías registrales españolas, funciona como una suerte de anotación preventiva de un derecho real aún no nacido, que se transforma en inscripción registral plena, de forma automática y retroactiva, a partir de la constitución del derecho real. Por lo tanto, los terceros deberán prestar igual atención a la inscripción, a efectos de rango y prioridad, bien de una garantía internacional en sentido estricto bien de una futura, pues el certificado de consulta no discriminará sobre si el acreedor ha adquirido o tiene el propósito de adquirir dicha garantía (art. 22.3). Por lo demás, la *duración* de la inscripción de cualquier garantía internacional tiene lugar hasta su cancelación o hasta la expiración del período especificado en ella (art. 21). La *cancelación* debe hacerse por el titular registral, «sin demora injustificada ante la

¹¹⁷ *Vid. Explanatory Report, ibid.*; y *vid.* artículo XIX.2 del Protocolo.

petición escrita del deudor» cuando las obligaciones garantizadas se hayan extinguido; la misma cancelación a petición del futuro deudor que no llegó a serlo debe realizarse por el titular registral, si éste no llegó a adelantar fondos o se comprometió a hacerlo (art. 25.1-2)¹¹⁸.

d) *Publicidad formal.* (i) Desde el punto de vista del *sujeto activo* que busca información en el Registro internacional, no existe ninguna restricción ni necesidad de aportar interés legítimo alguno. El Convenio es tajante: «cualquier persona puede» consultarlo (art. 22) y «no se negará a nadie el acceso a las oficinas de inscripción y de consulta del Registro internacional por ningún motivo, salvo la falta de cumplimiento de los procedimientos prescritos» (art. 26)¹¹⁹. Es posible intuir como razones para no exigir alegación de interés legítimo en la información: que impediría el acceso electrónico automático de las búsquedas, que la información registral es limitada en su naturaleza y que, de imponerse tal requisito, el Registrador debería ser más activo y podría verse sometido a litigios en caso de denegar el acceso¹²⁰. (ii) Desde el punto de vista del *objeto* de la información, la publicidad sí está restringida a ciertos datos. De entrada, el Registro internacional no da necesariamente información completa de la propiedad de los bienes ni de todos los derechos reales que recaen sobre ellos, sino sólo de las garantías internacionales. Los datos de carácter personal permanecen confidenciales (cfr. cap. 11.1 Reglamento). De hecho, los criterios de consulta sobre un objeto aeronáutico que fija el Protocolo son el nombre de su fabricante, el número de serie del fabricante y su designación de modelo (art. XX.1 Protocolo y cap. 9.4 Reglamento)¹²¹. (iii) La *forma* en que la información se suministra a quien consulta es mediante un *certificado de consulta*. Se expide por el Registro a través de medios electrónicos, de forma automatizada. Tiene valor probatorio de los hechos de los que da fe (art. 24); en concreto, en él consta bien toda la información inscrita sobre el objeto, fecha y hora de inscripción de esa información o bien que en el Registro internacional no existe ninguna información relativa al objeto (art. 22.2). (iv) La emisión de los certificados *no es gratuita*, sino que se cobran unas tasas (art. 16.2 Reglamento) con las

¹¹⁸ En todo caso, como indica el *Explanatory Report* (cit., p. 42), la cancelación no implica eliminación de ninguna entrada en el Registro, sino una anotación acerca de que la titularidad registrada ya no existe.

¹¹⁹ Con fórmula asaz terminante lo establece también el (proyecto de) Reglamento del Registro: «el acceso al Registro para búsquedas está abierto a cualquier persona y no requiere el establecimiento de un interés específico» (cap. 9.1).

¹²⁰ VAN ERP, «The Cape Town Convention...», cit., p. 101.

¹²¹ Incluso en el sector ferroviario es insistente la manifestación del temor de los empresarios a que cualquier competidor, sin alegación de interés legítimo, pueda conocer quién les financia recabando el nombre del acreedor del Registro (*vid. ROSEN, op. cit.*, p. 33).

que, principalmente, se pretenden sufragar los costes del seguro de responsabilidad civil que debe suscribir el Registrador ¹²².

e) *Publicidad material*. Como se ha indicado, el Registro internacional no da información completa positiva del estado legal del equipo móvil (aunque al permitir el Protocolo la inscripción de las ventas –*vid. supra* ap. a)– puede conseguir un contenido más completo), pero si no existe una garantía o titularidad internacional inscrita da una información negativa limitada de que el bien no está gravado con ese derecho real ¹²³. El Convenio ha pretendido «trazar un pequeño número de reglas simples, objetivas y completas, y evitar algunas de las complejidades que se encuentran en los sistemas legales nacionales» ¹²⁴. La publicidad material o fe pública registral (distinta de la del ordenamiento español y otros sistemas, sin exigencia de buena fe) se recoge en el capítulo VIII del Convenio con el rótulo de «efectos contra terceros de las garantías internacionales» y comprende los dos artículos capitales para explicar la fuerte protección que comporta la inscripción en este Registro internacional: por un lado, el «rango de las garantías concurrentes» (art. 29) o prioridad y, por otro lado, los «efectos de la insolvencia» (art. 30). (i) La regla es que una garantía inscrita tiene *prioridad* sobre cualquier otra inscrita con posterioridad y sobre una garantía no inscrita (sea o no inscribible) ¹²⁵, según el artículo 29.1. Además, *esta prioridad se aplica «aun cuando la garantía mencionada primeramente haya sido constituida o inscrita teniendo en cuenta el conocimiento de la otra garantía»* y aun respecto a todo adelanto de fondos que haya efectuado el titular de la garantía primeramente registrada teniendo en cuenta dicho conocimiento (art. 29.2). El mismo precepto aplica el principio al comprador de un objeto, al comprador condicional o al arrendatario, que lo adquieren gravado con las garantías inscritas al adquirir sus derechos y libres de toda garantía no inscrita, aun cuando tuvieran conocimiento de la misma (art. 29.2-3). Por lo demás, el rango de todas las garantías o derechos concurrentes puede modificarse mediante acuerdo de sus titulares (art. 29.5). Lo más llamativo de estas reglas es la *eliminación del principio de*

¹²² *Third Report of the International Registry Task Force*, cit., §§ 18, 19 y 24, donde se ponen de manifiesto los problemas habidos para poder cuantificar cuánto costará poner en funcionamiento el Registro, principalmente por la indefinición de las compañías aseguradoras, más que por el material informático.

¹²³ VAN ERP, «The Cape Town Convention...», cit., p. 100, abundando en la diferencia entre registros positivos y negativos.

¹²⁴ *Explanatory Report*, cit., p. 45 § 1.

¹²⁵ Ténganse presentes los artículos 23 y 39.1 del Convenio en cuanto a las únicas garantías no inscritas (pero declaradas por los Estados y consultables en el Registro internacional como lista), que son los llamados «derechos o garantías no contractuales» [*vid. supra* apartado a)] que pueden tener prioridad sobre las internacionales inscritas.

buena fe (extrarregistral) para que opere la oponibilidad del Registro internacional, que constituye un pilar básico de muchos sistemas registrales nacionales, incluido el español¹²⁶. La principal razón para arrumbar el principio de buena fe, erigiendo así al Registro en la única realidad jurídica atendible para el principio de prioridad, ha sido evitar disputas fácticas acerca de si el segundo acreedor conocía o no la titularidad anterior¹²⁷. (ii) En relación con los *procedimientos de insolvencia contra el deudor*, una garantía internacional tiene efecto si la garantía fue inscrita antes del conocimiento de dichos procedimientos (art. 30, y cfr. art. 37); sin embargo, las reglas del Convenio y la eficacia del Registro internacional no afectan a las normas que se apliquen a los procedimientos de insolvencia sobre transferencias en fraude de los derechos de los acreedores, ni a la invalidación de una transacción mediante un arreglo preferencial ni a la supervisión del administrador de la insolvencia.

f) *Organización registral*. El establecimiento, gestión y responsabilidad en relación con este Registro internacional absolutamente electrónico corresponde a una estructura de dos entidades con competencias deslindadas según el artículo 17 y concordantes del Convenio: la autoridad supervisora y el Registrador. Entre las diez funciones establecidas para la *autoridad supervisora* [art. 17.2.a-j)] cabe destacar que establecerá el Registro, nombrará al Registrador, asegurará el funcionamiento efectivo y continuo del Registro en caso de cambio de Registrador, aprobará los reglamentos de funcionamiento del Registro internacional, establecerá los procedimientos administrativos para que se le presenten las quejas de funcionamiento, fijará la estructura tarifaria, etc. La autoridad supervisora tiene personalidad jurídica internacional, goza de inmunidad y de exención de impuestos en el Estado anfitrión donde se instale (art. 27). Cabe destacar que, si bien la autoridad supervisora vigila el funcionamiento del Registro y da orientación al Registrador cuando éste lo solicite, el *Registrador* goza de autonomía en su gestión. Su misión es asegurar el funcionamiento eficiente del Registro (art. 17.5), del que se ocupará durante un período de cinco años desde la entrada en vigor del Protocolo (art. XVII.5 Protocolo). El Registrador, en cambio, no goza de inmunidad y está *sujeto a responsabilidad civil* indemnizatoria

¹²⁶ Para el Registro de venta a plazos de bienes muebles, artículo 29 de la Ordenanza de 19 de julio de 1999; para inmuebles, el artículo 34 LH.

¹²⁷ *Explanatory Report*, cit., p. 45 § 3 y p. 7 § 25, que aduce también que esta regla, acogida por su simplicidad, refleja el principio de que se presume que todos los acreedores conocen una titularidad registrada.

por la pérdida que sufra una persona como resultado directo de un error u omisión suyo o de sus funcionarios o empleados, o del mal funcionamiento del sistema de inscripción internacional, excepto cuando éste se deba a un hecho inevitable e irresistible. Dado que en el diseño del Convenio se pretende que la responsabilidad del Registrador sea objetiva, sin dependencia alguna de su culpa, a salvo casos muy excepcionales de fuerza mayor que quedan por delimitarse con mayor exactitud¹²⁸, el artículo 28.4 impone la obligación de que el Registrador cuente con un seguro o una garantía financiera que cubra su responsabilidad. Ciertamente, las copias de seguridad de los archivos y mecanismos de sistemas de red subsidiarios para casos de emergencia se contemplan como medidas preventivas para evitar los perjuicios. En cambio, dado el sistema de inscripción voluntaria, sin calificación previa por el Registrador, se establece que el Registrador no será responsable por la inexactitud fáctica de la información que recibió o transmitió en la forma en que fue recibida (art. 28.2). Un punto vital para la continuidad del Registro internacional, como es la propiedad (especialmente la intelectual) de los archivos y bases de datos – que se declaran inviolables, no susceptibles de secuestro ni de procedimientos judiciales o administrativos– se ubica sin ambages por el Convenio en la autoridad supervisora (arts. 17.4 y 27.4). Como autoridad supervisora del Registro internacional sobre garantías internacionales respecto a equipos aeronáuticos se ha designado a la Organización de Aviación Civil Internacional (OACI)¹²⁹, con sede en Montreal, y ésta ha seleccionado como Registrador a *Aviareto*, una entidad con sede en Dublín¹³⁰. Determinar que la sede del Registrador es Irlanda tiene su importancia de cara a fijar que sólo los Tribunales de Dublín tendrán jurisdicción exclusiva para otorgar indemnizaciones o dictar órdenes contra el Registrador (art. 44 Convenio).

¹²⁸ *Explanatory Report*, cit., p. 44 § 1.

¹²⁹ Más dificultades está planteando la designación de la Autoridad Supervisora para el Registro internacional sobre garantías internacionales sobre bienes de equipo espacial, pues aunque se ha propuesto al COPUOS existe un gran debate sobre si debería tratarse de otra agencia internacional o de Naciones Unidas. Asimismo se discute la posibilidad de emplear la analogía con el Protocolo y los Reglamentos relativos a equipos aeronáuticos. Sobre todo ello, DE FARAMINÁN GILBERT, J. M. y CAPARRÓS DEL MORAL, R., «Análisis general del Convenio de Unidroit relativo a las garantías internacionales sobre bienes de equipo móvil: especial referencia al proyecto preliminar de protocolo conexo sobre cuestiones concretas relacionadas con la propiedad espacial», en *REDI*, LV, 2003, 1, pp. 501-505, esp. pp. 502-503.

¹³⁰ Según anuncio de 2 de junio de 2004 de la OACI (disponible en «http://www.icao.int/cgi/goto_m.pl?icao/en/nr/2004/pio200406_e.pdf»; fecha de consulta: 16 de junio de 2004).

4. BALANCE CRÍTICO

Desde el punto de vista de la armonización del Derecho privado europeo y de la posibilidad de que el Registro internacional de garantías internacionales sobre bienes de equipo móvil pueda servir como modelo para la armonización de los sistemas registrales inmobiliarios de la Unión Europea¹³¹, como acto necesario para una eventual armonización sustantiva del Derecho de propiedad y de hipotecas, cabe hacer las siguientes apreciaciones críticas, aparte de las reflexiones ya vertidas al exponer el régimen de este nuevo Registro internacional.

Primera: el *carácter absolutamente informatizado y electrónico de este Registro reúne* en este solo rasgo *tanto su grandeza y posibilidades como sus carencias y limitaciones*, al menos tal y como está diseñado. Ciertamente se consigue con él mantener a un bajo coste un Registro internacional que puede afrontar gran volumen de información con importantes efectos hacia terceros. Pero el objetivo del carácter económico del Registro se consigue a través de tres factores que, si bien pueden verse positivamente, pueden entrañar, a mi modo de ver, deficiencias sobre la calidad de la publicidad registral, esto es, relativa fiabilidad de la información contenida en el Registro; un Registro con importantes efectos frente a terceros (incluso pese a la mala fe extrarregistral del titular registral), que, sin embargo, decaen si los datos inscritos no fuesen en realidad ciertos. Esos tres factores de eficiencia y reducción de costes son¹³²: (i) En este sistema electrónico y *on line* la inscripción y las búsquedas serán «automáticas por ordenador y no supondrán intervención humana». Por ello el «Registro es accesible 24 horas al día, 7 días a la semana excepto para mantenimiento (realizado fuera de períodos punta) o problemas técnicos» (art. 1.2 Reglamento y art. XX.4 Protocolo). (ii) Los datos contenidos en el Registro provienen de declaraciones formuladas electrónicamente por el titular registral solicitante, pero *no se archivan ni se presentan en él documentos contractuales ni copias* de éstos. Quien quiera más información deberá acudir al titular registral. (iii) El sistema registral no se preocupa por datos externos a los datos transmitidos; así, no es preciso dar pruebas de que el consentimiento para inscribir se ha dado efectiva y válidamente (ni el Registrador lo comprueba), ni tampoco se tiene en cuenta la buena fe del titular

¹³¹ Como algún autor, como VAN ERP («The Cape Town Convention...», cit., pp. 93 y 108-110), ha sugerido con entusiasmo.

¹³² Según se derivan de diversos pasajes del *Explanatory Report* (cit., p. 6 § 23, p. 33, p. 36 § 2 y p. 85).

registral (su conocimiento de la existencia de garantías constituidas con anterioridad a la suya).

Segunda: en consecuencia, *la publicidad material* del Registro internacional no queda plenamente garantizada, pues el principio de legitimación (cfr. art. 38 LH española) y su presunción de exactitud no pueden ser tan firmes como en un sistema en el que exista una *calificación registral* seria que compruebe, en los documentos –normalmente públicos– aportados por el solicitante de la inscripción, que las titularidades reales que acceden al Registro existen en la realidad como manifiesta quien pretende erigirse en titular registral. Y esta calificación registral, que sin duda encarecería el sistema con grave riesgo de hacerlo inviable a nivel internacional, técnica y jurídicamente resulta posible hoy en día con los documentos públicos electrónicos y la firma electrónica (*vid. supra*, ap. IV.1). El principio de legalidad (cfr. art. 18 LH), que en los sistemas germánicos y español, los sistemas de inscripción de titularidades (*vid. infra*, ap. VI.1), se verifica *ex ante* por el Registrador, justificando los vigorosos efectos frente a terceros de la información registral, en el Registro internacional se trata de respetar y verificar *ex post*: la inscripción es válida sólo si cumple los requisitos del artículo 20 (art. 19.1), por lo que si se hizo por persona sin derecho a ello es inválida y no puede afectar a tercero (*v. gr.*, inscripción sin consentimiento escrito del deudor, o sin poder de disposición). La seguridad jurídica preventiva del sistema registral internacional, aunque salvaguardada con estas reglas, puede ser menor que en los sistemas de inscripción de titularidades con «control de entrada de la información», generadores de menor conflictividad. Ello explica también –junto con su carácter de Registro fundamentalmente de cargas– que su publicidad no sirva para fundar adquisiciones *a non domino* de terceros de buena fe, como en los citados sistemas de titularidades con fe pública registral.

Tercera: el *sistema de «puntos de acceso» nacionales* para practicar la inscripción (no para consultar el Registro, ubicado en Internet) es un sistema muy digno de consideración de cara a la eventual armonización de los Registros inmobiliarios europeos. Con ello se aprovecharían, al menos en una primera fase, las estructuras registrales existentes y los requisitos del Derecho nacional, siempre que quedasen cubiertos los mínimos de la inscripción internacional (o europea). Sin embargo, tal como está diseñado por el Convenio y el Protocolo cuenta con dos inconvenientes: por una parte, en los sistemas de registro de documentos, como el francés, por ejemplo, este sistema obligaría a una absoluta reestructuración, bien de lo que se presenta al Registro por el soli-

citante, bien de las funciones del Registrador, que habría de extraer de los documentos sólo los datos y titularidades que se publicarían en el Registro internacional. Por otra parte, los diferentes requisitos de inscripción según los Estados miembros a través de la criba de legalidad más rígida o más flexible producida desde sus puntos de acceso nacionales al Registro internacional produce una asimetría en la calidad de la información transmitida según los Estados. Ciertamente, constituye una buena red de seguridad la regla que establece que las inscripciones practicadas impropia-mente en el Registro internacional (por carecer de los requisitos legales) no perjudican a terceros; en especial para paliar los problemas de la información proveniente de los sistemas con un control de entrada menos exigente.

Cuarta: el Registro internacional es un *registro fundamentalmente de cargas*, aunque el diseño del Protocolo permite que se inscriban también otras *titularidades* reales (procedentes de ventas). Sin embargo, su finalidad no es ser tendencialmente completo (como ocurre con los Registros inmobiliarios), sino tan sólo dar la máxima seguridad a las garantías internacionales, de forma que quien va a financiar sepa si alguien ya ha financiado antes. No obstante, su carácter de Registro de ordenación de cargas no elimina de suyo la posibilidad de servir de modelo por este aspecto para un Registro de la Propiedad europeo, pues también las «Contadurías de Hipotecas» establecidas en España en 1768 eran registros de gravámenes –salvando todas las distancias con el Registro internacional– y fueron el embrión del registro de titularidades que hoy es el Registro de la Propiedad español¹³³. Para evitar errores, conviene constatar que el Registro internacional, en la tradicional clasificación de los sistemas registrales (*vid. infra*, apartado VI.1), propiamente *no es ni un registro de documentos ni de titularidades*. Lo más discordante con el primer sistema registral (*registration of deeds*) ha sido puesto de relieve en el párrafo anterior. Y aunque en el Registro internacional se inscriben titularidades y no documentos, tampoco coincide con el sistema de Registro de titularidades (*registration of titles*), pues algunos rasgos importantes de éste, como el sistema de calificación, el principio de buena fe, la necesidad de presentar documentos para avalar las inscripciones pretendidas, no se requieren en el Registro

¹³³ Más aun: igual que los Registros surgieron a partir del siglo XVI con el florecimiento de la actividad bancaria y la liberalización de la propiedad, de forma que el crédito territorial necesitó libros registrales para proteger no sólo a los prestamistas sino también a los adquirentes (PAU PEDRÓN, *La convergencia...*, cit., pp. 17-18), nada obsta a que el Registro internacional como eventual modelo para un registro inmobiliario europeo se le imprimiese este giro en beneficio de la protección de terceros (*vid. conclusión quinta, a continuación*).

internacional. Es, por tanto, un sistema con principios propios (de un sistema de *notice filing*) que busca la máxima sencillez y economía para permitir su carácter electrónico y *on line* sin renunciar a los importantes efectos de la inoponibilidad y la prioridad, pero sin acoger el principio de fe pública registral.

Quinta: el Registro internacional *acomoda sus fines a la protección de los acreedores, más que a la protección de los terceros*. Aunque éstos también obtienen seguridad con la inoponibilidad de lo que no conste inscrito, los realmente beneficiados son los acreedores previsores que inscriben voluntariamente con base en su sola declaración y en el presunto consentimiento del deudor. El principio de rogación resulta tan potenciado que en realidad erige a los pretendidos titulares registrales en los protagonistas de toda la tramitación registral¹³⁴ (ellos practican la inscripción electrónicamente en formulario oficial tal y como después ésta es publicada), dejando relegado al Registrador a un papel puramente pasivo. El Registrador sólo velará por el funcionamiento del sistema, pero no tendrá un papel activo de verificar, en beneficio de terceros, la exactitud o legalidad de lo publicado.

Sexta: los mayores incentivos para potenciar la inscripción voluntaria en el Registro internacional radican en sus fuertes efectos de prioridad fundados exclusivamente en la realidad registral y también, muy particularmente, en la *primacía* que el Convenio internacional da a las *garantías inscritas en este Registro internacional, frente a las garantías inscritas en cualesquiera Registros nacionales* y, por supuesto, frente a garantías no inscritas, sean o no inscribibles. La protección del Registro internacional es mayor, por lo tanto, que la protección registral nacional¹³⁵.

Séptima: el esquema de superposición de un Registro internacional, con sus propios principios formales y materiales, sobre los Registros nacionales relativos a los mismos derechos y objetos, sin eliminación de tales Registros domésticos, constituye un punto de partida interesante para la eventual armonización comunitaria¹³⁶. La *coordinación de ambas estructuras registrales*,

¹³⁴ A la inversa que el sistema propuesto por algunos autores para el ámbito comunitario, basado en la inscripción voluntaria por parte de los deudores que buscan obtener financiación y para ello se adhieren a un sistema de archivo que publique su oferta: *vid.* DOLAN, J. F y VEGTER, J. B., «A voluntary filing system for secured financing transactions in the European Union», en *ERPL*, 1998, 6, pp. 195-224.

¹³⁵ *Explanatory Report*, cit., p. 5 § 17.

¹³⁶ En cambio, GARCÍA SOLÉ/GÓMEZ GÁLLIGO (*op. cit.*, p. 224) defienden que «el Registro debería haberse configurado como una mera conexión informática o telemática entre los Registros de Bienes Muebles de los Estados miembros (...); «(...) no se estructura el Registro como un mero centro coordinador de los Registros nacionales, sino como un Registro específico al que deben remitirse las garantías internacionales desde cualquier Estado miembro».

internacional y nacional, con prelación de sus eficacias y flujo de información mediante puntos de acceso, tal y como se propone en el Convenio y el Protocolo, si bien no resulta fácil aplicada a los Registros inmobiliarios, puede resultar más factible y pragmática que la pretensión de constituir un único Registro paneuropeo que sustituyese a los Registros nacionales o que la hipótesis de una armonización legal mediante Directivas de los sistemas registrales existentes.

5. UNA BREVE CONCLUSIÓN

A la vista de las Directivas sobre comercio y firma electrónica, la reforma registral inglesa, el proyecto Eulis y el Registro internacional de garantías sobre bienes de equipo móvil, cabe concluir que la armonización del *acceso a la información* facilitada por los Registros de la Propiedad de los Estados miembros («publicidad formal») podría ser un objetivo realizable a medio plazo pese a sus dificultades e inconvenientes y puede prestar un importante servicio al afianzamiento del mercado interior. En cambio, la *armonización de los efectos de los Registros de la Propiedad* (en definitiva, la armonización de su esencia: el valor de la inscripción) parece algo por el momento lejano y prematuro, por su enraizamiento en la médula del Derecho de cosas de cada ordenamiento jurídico, con muchos conceptos técnicos muy dispares entre ellos; aunque, precisamente, por su carácter técnico y no ideológico o emotivo permite albergar cierta esperanza para la convergencia futura. Sólo el diseño de un nuevo Registro comunitario, con reglas propias, superpuesto y coordinado con los Registros nacionales –para lo cual puede suponer un valioso, aunque no único, primer modelo el Registro internacional del Convenio de Ciudad del Cabo de 2001– podría llegar a alcanzar también a la armonización de la publicidad material garantizada, más allá de la oferta de una mera información útil sin fuerza vinculante para terceros.

V. DIRECTIVAS COMUNITARIAS, DERECHO UNIFORME Y SISTEMAS REGISTRALES: UN CABALLO DE TROYA

¿Cuál es la incidencia real del requisito formalista de la inscripción registral en el *acquis communautaire* y viceversa? Ya se comprobó (epígrafe II) que el Derecho primario comunitario, a través de varias de las libertades fundamentales, permite cierta contem-

plación, desde este ángulo, de los contratos sobre derechos inmobiliarios, incluso con alguna sentencia aislada del TJCE –como el caso *Trummer*– sobre la inscripción. Sin embargo, la atención de las Directivas comunitarias hacia este fenómeno ha sido muy escasa. Sólo por vía negativa suele encontrarse su alusión, para excluirlo del ámbito de la armonización. Esta postergación, si bien obedece a razones perfectamente atendibles, oculta un auténtico caballo de Troya para el proceso armonizador: como se verá en el último apartado (VI), el grado de divergencia de los sistemas registrales es tan grande en lo relativo tanto a los efectos jurídicos de lo publicado por cada Registro de la Propiedad como a lo que accede al mismo (contratos o derechos depurados), que tal fenómeno no unificado pone en riesgo cualquier intento de armonización de contratos relativos a derechos sobre inmuebles. Sin embargo, la desatención de los contratos que recogen estos derechos en el *acquis communautaire*, parece estar empezando a cambiar, a tenor de las últimas Directivas, como enseguida se verá.

Para responder a la pregunta planteada sobre la incidencia de las Directivas en la inscripción y de ésta en aquéllas es útil dividir las normas comunitarias entre las que regulan derechos registrables, las que excluyen expresamente los contratos sobre derechos sobre inmuebles y, desde el punto de vista inverso, las que inciden en la práctica registral. También cabe trasladar la misma pregunta al *Soft Law* y al Derecho uniforme.

1. DIRECTIVAS QUE REGULAN DERECHOS REALES SUSCEPTIBLES DE INSCRIPCIÓN

Son fundamentalmente tres Directivas: la *Directiva 2000/35/CE*, de 29 junio 2000, de medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, y la *Directiva 94/47/CE*, de 26 octubre de 1994, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles (multipropiedad) y la *Directiva 2002/65/CE* sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores. La primera admite la *reserva de dominio* pactada por las partes (art. 4), como «la estipulación contractual en virtud de la cual el vendedor conserva la propiedad de los bienes en cuestión hasta el pago total del precio» (art. 2.3). Como se puede apreciar, ni esta regla ni la que define las «operaciones comerciales» (art. 2.1) hablan de otra cosa que de «bienes», sin excluir los inmuebles. Y, sin duda, pocos derechos reales sobre inmuebles andan tan necesitados de inscripción como los que suponen retener la propiedad del bien hasta que se produzca el pago total; sin esa información a terceros, para

evitar que se consume la adquisición de una transmisión fraudulenta realizada por el comprador que aún no es titular, el derecho del vendedor queda demasiado desprotegido frente a algunos terceros: ante tal incumplimiento sólo una regla de responsabilidad (indemnización) le ampara, pero no una regla de propiedad frente a los terceros de buena fe que consiguen inscribir su derecho. Parecidas consideraciones cabe hacer respecto a la «reserva de dominio» en la venta de bienes muebles a plazos, para las cuales también existen Registros *ad hoc*. Si bien esta Directiva ya supone en sí un paso revolucionario al regular un derecho real en la normativa comunitaria, la forma de las reglas adoptadas es muy débil a efectos de armonización; ni siquiera recoge, respecto a la protección de terceros –como sí hacía la propuesta de Directiva–, que «[l]os Estados miembros deberán prever una oponibilidad a terceros de la cláusula de reserva de dominio incluso en caso de quiebra del deudor»¹³⁷.

En cuanto a la *Directiva sobre multipropiedad*, sólo se refiere a «ciertos aspectos de los contratos relativos, directa o indirectamente, a la adquisición de un derecho de utilización de uno o más inmuebles en régimen de tiempo compartido» (esto es, información contractual y «derecho de resolución»), como indica su título. Sin embargo, la posibilidad de que ese derecho quede configurado como un derecho real o incluso de que pueda establecerse su inscripción sin ese carácter en algunos países implica la aparición de la importante desarmonización registral en un ámbito armonizado. El artículo 1 deja a los Estados miembros la competencia para «determinar la naturaleza jurídica de los derechos», que debe indicarse en el contrato [anexo de la Directiva, punto *b*)]. En la transposición de la Directiva al Derecho español, a diferencia de lo que se ha hecho en la mayoría de los demás países, se ha optado por determinar una estructura jurídica concreta al derecho de aprovechamiento por turno de inmuebles: se configura o bien como un derecho real limitado o como un arrendamiento de temporada. Uno de los motivos fundamentales para esa decisión fue la garantía que ofrece el Registro de la Propiedad, que acoge ambos derechos; la falta de posesión continua por el titular del derecho de uso avala el recurso a la publicidad del Registro¹³⁸. En la ley española de trans-

¹³⁷ Artículo 4.3 de la Propuesta modificada de la Directiva contra la morosidad, COM (1998), 615 final («DOCE», C 374/4, de 3 de diciembre de 1998). Véase 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», en *ERPL*, 2003, 3, pp. 379-393, esp. p. 392.

¹³⁸ MUNAR BERNAT, P., «Publicidad comercial y publicidad registral del aprovechamiento por turno de bienes inmuebles en la Ley 42/1998, de 15 de diciembre», en *Presente y Futuro del aprovechamiento por turno de bienes inmuebles*, CER, Madrid, 2000, pp. 72-73.

posición (Ley 42/1998, de 15 diciembre) se incluyen reglas muy detalladas para la correcta inscripción de este nuevo derecho (arts. 4 y 6). Lo más destacable para esta exposición es que en España la escritura pública en que consta el régimen del aprovechamiento debe ser inscrita *obligatoriamente* en el Registro de la Propiedad y su comercialización no puede empezar hasta que no haya realizado la inscripción. Sin embargo, en todos los proyectos de ley figuraba que la inscripción tuviese carácter constitutivo, es decir, que hasta que no hubiera accedido al Registro de la Propiedad, el régimen no existía legalmente ni tenía eficacia. La ley finalmente aprobada sólo deja claro el carácter obligatorio de la inscripción, pero no su carácter constitutivo, que es objeto de debate en la doctrina ¹³⁹.

Aparte de estas dos Directivas ¹⁴⁰, la *Directiva 2002/65/CE, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores*, permite contratar, entre estos servicios, «los créditos garantizados ya sea por una hipoteca sobre un bien inmueble o por un derecho sobre un inmueble» o los créditos para «la adquisición o conservación de derechos de propiedad en terrenos o en inmuebles», con la única particularidad de que se admite que los Estados miembros puedan excluir el derecho de «rescisión» de este tipo de créditos o préstamos [art. 6.3.a-b)]. Muchas delegaciones nacionales preferían que el derecho de desistimiento nunca se aplicase a estos contratos y apostaron, sin éxito, por eliminar el carácter facultativo de esa regla para los Estados miembros ¹⁴¹. La razón de la eliminación del derecho de desistimiento, en lo que respecta a los Registros de la Propiedad objeto de esta exposición es clara: permitir la eficacia inmediata del desistimiento del consumidor cuando el derecho real (*v. gr.* hipoteca) ya ha ingresado en el Registro y, por tanto, debe cancelarse, comporta una grave inseguridad jurídica en

¹³⁹ Según MUNAR BERNAT, *op. cit.*, pp. 73-74, la nueva ley, desgraciadamente, sólo impone inscripción obligatoria. En contra, COSTAS RODAL, L., *Los derechos de aprovechamiento por turno*, Comares, Granada, 2000, pp. 219-238, defiende la naturaleza constitutiva de la inscripción en el tenor literal de la ley. Contraargumenta frente a dicha tesis del carácter constitutivo de la inscripción, CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., «De nuevo, sobre la multipropiedad: la exigencia constitutiva de escritura pública y su obligatoria inscripción registral en el nuevo régimen de aprovechamiento por turno (una réplica cordial)», en *RCDI*, 2003, núm. 680, pp. 3145-3169.

¹⁴⁰ Aún podría mencionarse como Directiva con incidencia en el ámbito de la propiedad y los derechos reales la Directiva 1993/7/CE, *relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro*, en la que se regula el derecho a la restitución de bienes culturales robados y exportados ilegalmente (art. 1.2), incluso frente a quien pueda ya ser considerado propietario en el lugar donde se encuentre el bien.

¹⁴¹ Así, Alemania, Austria, Bélgica, España, Francia y Luxemburgo. *Vid.* FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, A., «Comercialización a distancia de servicios financieros», en *La Ley*, núm. 5623. 1 de octubre de 2002. nota 20.

relación con terceros que contratan confiados en las cargas que publica el Registro. En cualquier caso, esta Directiva puede suponer un importante paso hacia la contratación electrónica de hipotecas¹⁴² y otros derechos reales sobre inmuebles¹⁴³.

De hecho, tanto la segunda Directiva bancaria (Directiva 89/646/CEE del Consejo, de 15 de diciembre de 1989, anexo, núm. 2), como la Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de marzo de 2000, sobre acceso a la actividad de las entidades de crédito y su ejercicio, ya permitían la concesión de créditos hipotecarios por entidades de crédito en cualquier país comunitario usando las técnicas financieras de su propia legislación nacional¹⁴⁴; esta habilitación, imprescindible para poder regular la contratación electrónica de créditos hipotecarios, se estableció en estas dos normas a través del expediente del mutuo reconocimiento de las técnicas financieras, como ya se planteaba en la abandonada Propuesta de Directiva sobre prestación de servicios en el ámbito del crédito hipotecario de 1987¹⁴⁵, rehusando,

¹⁴² Particularmente contrario a la regulación comunitaria de la hipoteca electrónica (así como de los créditos hipotecarios) se muestra DÍAZ FRAILE, «La inclusión de los préstamos hipotecarios en el Proyecto de Directiva sobre contratación de servicios financieros a distancia (la “hipoteca electrónica”)», cit., pp. 985 y *passim*, que fue miembro de la Delegación española en la elaboración de la Directiva. Para dicho Registrador la hipoteca electrónica (y la constitución electrónica del conjunto de derechos reales sobre bienes inmuebles, p. 998) presenta numerosas contraindicaciones jurídicas y vulneraría, a su juicio, muchas normas y principios tanto comunitarios como nacionales que enumera en siete, de los cuales, al objeto de este estudio, cabe destacar dos: «el régimen de publicidad registral de los derechos reales inmobiliarios, incluida la hipoteca, en los Estados Miembros de la Unión Europea» (pp. 993-994) y «el orden público inmobiliario y la cláusula de mínimos en las Directivas sobre protección de consumidores» (p. 995). Por lo demás, DÍAZ FRAILE (*op. cit.* pp. 999 y 1000) propone que, de admitirse en España el derecho de desistimiento en la transposición, se permita el reflejo del derecho claudicante mediante nota marginal a imagen de las hipotecas unilaterales (art. 141 LH).

¹⁴³ Para la descripción y crítica de la formalización electrónica de operaciones de crédito con garantía real y, en especial, créditos hipotecarios en España, bien a través de la plataforma «e-notario», bien al amparo de las previsiones de la Ley 24/2001 (en la que la escritura pública requerirá no una, sino dos escrituras debido a la falta de presencia coetánea de las partes), *vid.* MARTÍNEZ-SIMANCAS SÁNCHEZ, J., «La contratación por vía electrónica en el mercado de crédito», en MATEU DE ROS, R. y LÓPEZ-MONÍS GALLEGU, M. (coords.), *Derecho de Internet*, Aranzadi, Cizur Menor, 2003, pp. 437-439; además, *vid.* RODRÍGUEZ ADRADOS, *op. cit.*, pp. 93-95, y MORENO DE LA SANTA GARCÍA, E., «Contratación electrónica de operaciones crediticias», en *La Ley*, núm. 5204, 13 de diciembre de 2000, pp. 1-6, esp. pp. 4-5.

¹⁴⁴ Pese a lo cual todavía pueden encontrarse en algunos Códigos nacionales reglas de dudosa legalidad de acuerdo con la normativa comunitaria, como el artículo 2128 del CC francés: «Les contrats passés en pays étranger ne peuvent donner d'hypothèque sur les biens en France», que, en principio, obstaculizan la idea de hipoteca electrónica.

¹⁴⁵ Esta propuesta de Directiva se entendió innecesaria por subsumida en la segunda Directiva bancaria citada. La Comisión Europea presentó la Propuesta de Directiva sobre «la libertad de establecimiento y la prestación libre de servicios en el ámbito del crédito hipotecario» el 24 de enero de 1985. Se convirtió en Propuesta Modificada de Directiva del Consejo en 1987 (COM/87/255 final - syn 39, «DOCE», C 161, de 19 de junio de 1987, pp. 4 ss.) y fue objeto de estudio por un grupo de expertos hasta que, con el inicio de la discusión de la citada segunda Directiva bancaria, se abandonó por entender que quedaba englobada en ésta.

por tanto, la armonización legislativa en este punto. No obstante, en estas dos Directivas bancarias se impone con claridad la diferencia entre el elemento obligacional del préstamo y el elemento del derecho real de garantía de la hipoteca, incluyendo el primero y excluyendo el segundo del principio de mutuo reconocimiento ¹⁴⁶; y lo mismo cabe decir de la técnica armonizadora del primero (el contrato) y la exclusión del segundo (la hipoteca) en la examinada Directiva sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores.

Finalmente, cabe hacer mención del *Reglamento 1346/2000/CE del Consejo, de 29 de mayo, sobre procedimientos de insolvencia*, en el cual se establecen normas de conflicto uniformes que sustituyen las reglas nacionales de Derecho internacional privado. Si bien el principio del que se parte es que la ley aplicable al procedimiento de insolvencia es la del Estado miembro en que se abra dicho procedimiento (art. 4), se establecen algunas excepciones, relativas precisamente a derechos reales de garantía (art. 5.1), a pactos de reserva de dominio (art. 7.1), a contratos sobre bienes inmuebles (art. 8) y a los «derechos del deudor sobre un inmueble, buque o aeronave que estén sujetos a inscripción en un registro público» (art. 11). En estos cuatro supuestos, que excepcionan la regla, tales derechos se regirán por la Ley del Estado donde se encuentre radicado el inmueble sobre el que recaen (o, en el caso del art. 11, por la Ley del Estado miembro bajo cuya autoridad se lleve el Registro). De esta forma, se prescinde de cualquier idea de armonización sobre los derechos reales o los sistemas registrales, pues el Reglamento busca proteger la posición jurídica que cada Estado miembro atribuye a los titulares de un derecho real o de una reserva de dominio ¹⁴⁷. A los efectos de esta exposición resulta interesante tener en cuenta cuatro reglas del Reglamento comunitario: a) Como lógica prolongación del respeto a la ley del Estado miembro donde radique el inmueble sobre el que recae el derecho real, el artículo 14 aborda la protección de los terceros adquirentes, en los siguientes términos: «cuando el deudor, por acto celebrado después de la apertura de un procedimiento de insolvencia, dispusiere a título oneroso de un bien inmueble, de un buque o de una aeronave sujetos a inscripción en un Registro público, o de valores negociables cuya existencia suponga una inscripción en un registro determinado por ley, la validez de dicho acto se regirá por la ley del Estado en cuyo territorio se encuentre el bien inmueble, o bajo

¹⁴⁶ Vid. DÍAZ FRAILE, *op. cit.*, p. 992.

¹⁴⁷ DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «Derechos de garantía sobre bienes muebles», en CÁMARA LAPUENTE (coord.), *Derecho privado europeo*, cit., p. 980.

cuya autoridad se lleve el registro». *b)* Tras enumerar los derechos reales (art. 5.2: el derecho a realizar el bien y ser pagado con el producto, «en particular, en virtud de prenda o hipoteca», el derecho exclusivo a cobrar un crédito, el derecho a reivindicar y el derecho real a percibir los frutos), que se registrarán por la ley del Estado miembro en el que radiquen, el artículo 5.3 establece que «se asimilará a un derecho real el derecho, inscrito en un Registro público y oponible frente a terceros, que permita obtener un derecho real en el sentido del apartado 1». *c)* Se consagra la facultad del síndico a publicar el contenido de la decisión por la que se abra el procedimiento de insolvencia (art. 21) y, en particular, se establece expresamente en el artículo 22 que el Síndico podrá solicitar que esa decisión se inscriba en el Registro de la Propiedad y en otros Registros; en la regla del artículo 22.2 planea la divergencia de los diversos sistemas registrales, al constatar que cualquier Estado miembro podrá prever la inscripción obligatoria. *d)* Por último, el Reglamento prevé que los gastos ocasionados por las medidas de publicación y de Registro se considerarán gastos del procedimiento de insolvencia (art. 23). Como se puede apreciar, *es probablemente este Reglamento la norma comunitaria que más presente ha tenido la trascendencia del Registro de la Propiedad en relación con los contratos inmobiliarios, si bien ha rehusado cualquier intento armonizador, aplicando escrupulosamente el principio de la lex rei sitae*¹⁴⁸.

2. DIRECTIVAS QUE EXCLUYEN LOS CONTRATOS SOBRE DERECHOS SOBRE BIENES INMUEBLES

Es posible distinguir tres grupos de Directivas, que permiten obtener conclusiones distintas sobre la exclusión de los contratos sobre derechos reales inmobiliarios:

a) Dos Directivas *excluyen directamente de su ámbito de aplicación* los «contratos relativos a la construcción, venta y alqui-

¹⁴⁸ Principio del que parte también la *Directiva 2002/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de junio de 2002, sobre acuerdos de garantía financiera*, para determinar como ley aplicable para decidir si el acuerdo de garantía financiera entre entidades financieras se ha concluido correctamente y es válido ante terceros la ley del país en que se encuentra dicha garantía (considerando 8). Pero en aras de la agilidad de tales garantías (definidas en el art. 2) sí realiza un labor armonizadora en el sentido de prohibir que la constitución, validez, perfección, ejecutabilidad o admisibilidad como prueba de un acuerdo de garantía financiera pueda ser sometido a la realización de acto formal alguno (arts. 3 y 4.4, considerando 9-12), incluido «el registro en un organismo oficial o público, o la inscripción en un registro público» (considerando décimo; cfr. art. 2.3: «toda referencia de la presente Directiva a la expresión “por escrito” incluye el registro por medios electrónicos y en cualquier otro soporte duradero»).

ler de bienes inmuebles, así como a los *contratos referentes a otros derechos relativos a bienes inmuebles*»: son la Directiva 85/577/CEE de 20 de diciembre de 1985, sobre *contratos negociados fuera de establecimientos comerciales* [art. 3.2.a)] y la Directiva 87/102/CEE de 22 de diciembre de 1986, sobre *crédito al consumo* [art. 2.1.a): contratos de crédito «destinados fundamentalmente a la adquisición o conservación de derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o en proyecto»]. Sin embargo, tan tajante exclusión debe moderarse (sólo un poco) a la luz de la jurisprudencia del TJCE, cuya amplia interpretación en el caso *Heininger* de 13 de diciembre de 2001 sobre la interrelación de ambas Directivas ha permitido aplicar el derecho de desistimiento de la primera también a un préstamo garantizado con hipoteca sobre un inmueble¹⁴⁹.

b) *La Directiva 99/44/CE, sobre venta y garantías de los bienes de consumo*, por su propia definición de «bienes de consumo» como «cualquier bien mueble corpóreo» [art. 2.b)] deja fuera del ámbito de los derechos de reparación o sustitución del objeto, reducción del precio o resolución del contrato a los supuestos de adquisición de una propiedad inmueble adquirida con «falta de conformidad con el contrato». De esta forma, en la actualidad está sucediendo que el consumidor, dentro de este mercado interior, está obteniendo una mayor protección en la compraventa de un bien mueble de escaso valor que en la que puede ser la mayor inversión de su vida, la compra de un inmueble. Pero dado que el artículo 8 de la Directiva establece que ésta contiene una protección mínima, por la que se permite a los Estados miembros adoptar o mantener disposiciones con una protección más elevada, también en este campo cabe detectar las diferencias nacionales en lo relativo a derechos sobre propiedad inmobiliaria, que, sin embargo, pueden llegar a una «armonización espontánea» según la transposición que se haga. Así, cabe mencionar como ejemplos los casos de Alemania, España y Por-

¹⁴⁹ La sentencia *Heininger* (asunto C-481/99, *Heininger* [2001], ECR, I-234) declara que cuando «el préstamo debe estar asegurado por una carga sobre propiedad inmobiliaria, ese rasgo no es suficiente para que el acuerdo sea considerado como un derecho concerniente a una propiedad inmobiliaria para los propósitos del artículo 3(2)(a) de la Directiva de contratos negociados fuera de establecimientos comerciales. (...) el objeto de un contrato de préstamo (...) es la concesión de fondos (...). El hecho de que el contrato de préstamo esté garantizado con una carga sobre propiedad inmobiliaria no hace menos necesaria la protección que se reconoce al consumidor cuando ha concluido ese contrato fuera de los establecimientos mercantiles del empresario» (trad. mfa). Sobre la argumentación, su impacto en el Derecho de cosas y las consecuencias en la sentencia del BGH alemán de 9 de abril de 2002 y los subsiguientes cambios del CC alemán, *vid.* SCHMID, «European influences...», cit., pp. 5-10.

tugal. En la reforma del BGB de 2001, el legislador alemán decidió aplicar las nuevas garantías de la Directiva a todas las compraventas, de muebles y de inmuebles, para evitar la división del Derecho contractual en varios regímenes (así, § 433, en relación con las excepciones del § 474 ss.)¹⁵⁰. El legislador español ha transpuesto la Directiva en una ley especial (Ley 23/2003, de 10 de julio) que sólo se aplica a los bienes muebles, pero no ha derogado la regla existente sobre garantías en las ventas de consumo «de bienes duraderos», contenida en el artículo 11.2 de la Ley 26/1984, de protección de los consumidores (y en el art. 12 de la Ley 7/1996). Esta regla, que permite la reparación, sustitución, resolución e indemnización, se aplica también a los inmuebles (al menos para uso de vivienda: RD 1507/2000, de 1 septiembre). En Portugal, el «Decreto-Lei núm. 67/2003, de 8 de abril», de transposición de la Directiva incluye en las compraventas de bienes de consumo no sólo los bienes muebles, sino también los inmuebles (cfr. art. 1), para los cuales, el plazo de garantía por falta de conformidad es de cinco años, en lugar de dos (arts. 3.2 y 5). Esta ampliación del ámbito de la Directiva tiene como efecto que estos países, de acuerdo con la jurisprudencia del TJCE, asumen la posibilidad de interpretación de tales disposiciones más amplias también por el TJCE, por lo que podemos asistir a un curioso cuerpo de jurisprudencia comunitaria sobre garantías en la venta de inmuebles ¿restringida a tales países? Parece que sí restringida a ellos en cuanto al supuesto de hecho (inmuebles), no en cuanto a la interpretación de los derechos (reparación, etc.) y otros extremos. Estas transposiciones permiten también repensar en la importancia de la inscripción en esta esquina del *acquis communautaire*, pues si el consumidor opta por la sustitución o la resolución en una compraventa no conforme de un inmueble, habrá de producirse como requisito para la plena eficacia del ejercicio del derecho la inscripción, en algunos casos con carácter obligatorio o incluso constitutivo; también la cancelación de la titularidad sobre el inmueble sustituido o devuelto habrá de tomarse en consideración.

¹⁵⁰ SCHMID, «European influences...», cit., p. 10; cfr. BÜDENBENDER, U., «Der Kaufvertrag», en DAUNER-LIEB, B.; HEIDEL, T.; LEPA, M., y RING, G. (dirs.), *Das neue Schuldrecht*, C. F. Müller, Heidelberg, 2002, pp. 225, 229 y 252. El § 433 ss. (con las nuevas garantías del § 437) se aplica tanto la compraventa de bienes muebles como de inmuebles, en tanto que se reservan algunas reglas especiales de la Directiva en el § 474 ss. a las ventas de consumo sobre muebles (plazos, prescripción, carga de la prueba, acción de regreso del empresario e información sobre la garantía).

c) Por último, existen otras tres Directivas de objetivos afines que también excluyen este tipo de contratos, si bien cabe indicar tres matices de interés.

– En primer lugar, la Directiva 97/7/CE, de 20 de mayo de 1997, sobre contratos a distancia descarta imperativamente su aplicación, según el artículo 3.1, a los contratos «celebrados para la construcción y venta de bienes inmuebles ni a los contratos que se refieran a otros derechos relativos a bienes inmuebles, con excepción del arriendo». En cambio, cabe detectar una flexibilización, que probablemente se incrementará en el futuro, primero en la Directiva 2000/31/CE, sobre comercio electrónico, en la que se establece que los Estados miembros *podrán no aplicar* la garantía de no poner obstáculos a la «eficacia y validez jurídica» de los contratos electrónicos (contenida en el art. 9.1 Directiva sobre comercio electrónico) cuando se trate de «contratos de creación o transferencia de derechos en materia inmobiliaria, con la excepción de los derechos de arrendamiento» (art. 9.2, y *vid.* art. 9.3 y anexo, 3.1-2); más allá va la Directiva 2002/65/CE, sobre comercialización a distancia de servicios financieros, ya mencionada, que permite a los Estados excluir el derecho de desistimiento en los créditos para adquirir inmuebles o en los garantizados por hipotecas (art. 6.3), a los que sí se aplica la Directiva. La evolución tecnológica y su mayor seguridad, probablemente, nos deparará futuros cambios admitiendo más abiertamente la inclusión de estos contratos (cfr. art. 9.3 Directiva sobre comercio electrónico).

– En segundo lugar, tanto en la Directiva sobre comercio electrónico [art. 9.2.a)] como sobre contratos celebrados a distancia (art. 3.1), permiten que se apliquen sus reglas a los *arrendamientos* de inmuebles. Sin buscar las usuales incoherencias entre Directivas [la Directiva de venta fuera de establecimiento mercantil de 1985 no se aplica a este supuesto: art. 3.2.a)], debe decirse que los arrendamientos, sí cubiertos por las Directivas sobre contratación electrónica y a distancia *también* son objeto de inscripción registral en bastantes Estados miembros ¹⁵¹.

– En tercer lugar, el anexo de la Directiva de comercio electrónico consagra una excepción a la aplicación del artículo 3.1-2, permitiendo la restricción a la libertad de prestación de servicios de la sociedad de la información en lo relativo a la «validez formal de

¹⁵¹ Así, en Inglaterra y Gales, todos los arrendamientos superiores a siete años, según la LRA 2002; también, todos los arrendamientos en Francia, Austria o España (art. 2.5 LH). *Vid.* POVEDA BERNAL, M. I., «La constancia en el Registro de la Propiedad del contrato de arrendamiento de bienes inmuebles en los derechos suizo y austríaco. Análisis comparado con referencia al ordenamiento español», en *ADC*, 1999, 3, pp. 999-1055.

los contratos por los que se crean o transfieren derechos en materia de propiedad inmobiliaria, en caso de que dichos contratos estén sujetos a requisitos formales obligatorios en virtud de la legislación del Estado miembro en el que esté situada la propiedad inmobiliaria». Lo cual se aplica claramente a la inscripción en el Registro de la Propiedad, en concordancia con las excepciones a la libre prestación de servicios consagradas en los artículos 48.4 y 55 del Tratado CE (Administración Pública y actividades relacionadas con el poder o autoridad pública).

3. DIRECTIVAS QUE INCIDEN EN LA PRÁCTICA REGISTRAL

Es posible mencionar cuatro directivas que, indirectamente, atienden al lado inverso al hasta ahora tratado. La que más claramente incide en la información que ofrecen los Registros de la Propiedad es la Directiva 95/46/CE, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al *tratamiento de datos personales* y a la libre circulación de estos datos, así como la Directiva 2002/58/CE, de 12 de julio de 2002 sobre privacidad y comunicaciones electrónicas. La información que pueden ofrecer los Registros a las personas con interés en consultarlos viene tamizada por este filtro. En segundo lugar, ya se vio cómo la Directiva sobre firma electrónica, pese a no mencionar la inscripción, podrá ser de aplicación cuando, en los países en que se permita, los documentos públicos electrónicos pretendan acceder al Registro de la Propiedad y, asimismo, podrá tener incidencia cuando los Registradores de la Propiedad suministren la información solicitada a través de correo electrónico. Por último, cabe plantearse la posibilidad de aplicar la Directiva sobre cláusulas abusivas a la práctica de la inscripción y la publicidad que da el Registro, cuando los Registros de la Propiedad establezcan por medio de condiciones generales restricciones abusivas sobre ambos aspectos.

4. DERECHO UNIFORME Y *SOFT LAW*: LOS EJEMPLOS DE LA «EUROHIPOTECA» Y EL *TRUST* Y LAS PREVISIONES PARA EL CÓDIGO CIVIL EUROPEO

Ya fuera del ámbito del acervo comunitario existente, cabe destacar la trascendencia que tiene la inscripción registral en algunos ámbitos sobre los que existen propuestas de armonización en forma

de reglas de *Soft Law*. En concreto, a partir de la solicitud en el «Informe Segré» (1966) de una hipoteca uniforme alemana, la Unión Internacional del Notariado Latino envió al Consejo Europeo el 22 de mayo de 1987 un informe con una propuesta de «Euro-Hipoteca» basada en la *Briefhypothek* suiza y en la *Briefgrundschuld* alemana, de naturaleza abstracta, no accesorio, al no depender del préstamo. Parte de la doctrina ha puesto de relieve la íntima dependencia del éxito de tal iniciativa a la forma en que se practique la inscripción registral. Más aún, algún autor ha llegado a proponer incluso que los países que participasen en tal armonización debían tener también un sistema registral uniforme¹⁵², a lo que parte de la doctrina responde con que basta con que los sistemas registrales existentes sean realmente efectivos en cada país¹⁵³.

Por otro lado, ante la propuesta en 1999 de unos *Principios de Derecho Europeo de Trust* (PDET)¹⁵⁴ cabe preguntarse por la posibilidad (y eficacia) de una inscripción de las diversas titularidades fiduciarias. La pregunta, que no contestan los *Principios*, es importante, puesto que mientras en algunos países se contempla legalmente esa posibilidad (Países Bajos, Liechtenstein), en otros es obligatorio y en otros el silencio claramente puede ser un obstáculo a la inscripción registral (España). En los sistemas en que se admite, la práctica rehuye en muchos casos la inscripción, en busca del secreto (Escocia), mientras que la garantía de la publicidad se busca en otros. Una regulación europea del *trust* debería aclarar este extremo y concretar (no lo han hecho los PDET) si el acceso al Registro debe hacerse a nombre del fiduciario o *trustee* en su calidad de tal, o «de cualquier otra forma en que se ponga de manifiesto la existencia del *trust*», como bien señala el Convenio de La Haya sobre el derecho aplicable al *trust* y a su reconocimiento, de 1 de julio de 1985 (art. 12). La subsistencia de la regla común sobre el adquirente de buena fe (*bona fides purchaser*) frente al beneficiario de un *trust* sólo puede resultar efectiva, cuando el *trust* recae sobre inmuebles, con la publicidad del Registro¹⁵⁵.

¹⁵² VAN ERP, «A comparative analysis...», cit., p. 86; ID., «The Cape Town Convention...», cit., pp. 108 ss.

¹⁵³ SÁNCHEZ JORDÁN, E., «La Eurohipoteca», en CÁMARA LAPUENTE (coord.), *Derecho privado europeo*, cit., p. 1005. STÖCKER, *op. cit.*, p. 22.

¹⁵⁴ HAYTON, D. J.; KORTMANN, S. C. J. J., y VERHAGEN, H. L. E. (dirs.), *Principles of European Trust Law*, Kluwer Law International, W. E. J. Tjeenk Willink, Deventer/The Hague, 1999.

¹⁵⁵ Sobre estas materias, en mayor detalle, CÁMARA LAPUENTE, S., «El trust y la fiducia: posibilidades para una armonización europea», en CÁMARA LAPUENTE (coord.), *Derecho privado europeo*, cit., pp. 1099 ss., esp. pp. 1164-1167.

En los trabajos académicos del «Grupo de estudio sobre un Código civil europeo» dirigidos por VON BAR, el diseño de la armonización registral aún no se ha incorporado a la estructura del borrador de CC europeo, en el que los contratos inmobiliarios tampoco han sido abordados por el momento¹⁵⁶. Los trabajos relativos a las garantías reales mobiliarias y a la transferencia de la propiedad sobre bienes muebles siguen, en cambio, su curso¹⁵⁷. Se prevé que, en el futuro, los equipos de trabajo integrados en este grupo puedan desarrollar reglas sobre los derechos reales inmobiliarios, por la inoperante escindibilidad del Derecho patrimonial¹⁵⁸. No en vano, la Comisión Europea constituyó el 12 de mayo de 2003 un equipo de trabajo sobre créditos hipotecarios, para examinar los obstáculos y hacer recomendaciones sobre un mercado interior efectivo en este ámbito¹⁵⁹.

¹⁵⁶ Aunque parece existir propósito de incorporar el Derecho de cosas en los libros posteriores que integran la estructura de tal Código, por el momento (según consta tal estructura, a fecha de 23 de junio de 2004 en la web del grupo: «http://www.sgecc.net/media/download/04_06structure.pdf») los últimos libros a los que se hace referencia somera en el índice de materias en desarrollo son precisamente la propiedad sobre bienes muebles y las garantías mobiliarias (libros VIII-IX) y los *trusts* (libro X). Entre los contratos que específicamente se regulan, cabe destacar, por el momento, la compraventa de bienes muebles corporales (libro IV.A), los préstamos (servicios financieros, libro IV.E) y los contratos de garantías reales mobiliarias (libro IV.H). Respecto a la compraventa de bienes muebles, en las reglas provisionales propuestas se incluyen como tales bienes los buques, aeronaves y satélites (art. 1:1001[2], cap. 1, libro IV.A).

¹⁵⁷ En cuanto a la transferencia de la propiedad sobre bienes muebles, el borrador preliminar del artículo 201 acordado en junio de 2004 (*vid.* en «http://www.sgecc.net/media/download/04_06transfer_of_movables_delivery.pdf») establece los requisitos de una obligación válida de transferir y la propiedad o poder de disposición del transmitente, de forma que la transmisión se producirá o por entrega de la cosa o por acuerdo sobre el momento en que la propiedad debe transferirse.

¹⁵⁸ Indicio de ello es el encargo de la Comisión europea («DOCE», S, 136, de 16 de julio de 2002, y S, 154, de 9 de agosto de 2002) de un «Estudio relativo a los derechos reales y al derecho de la responsabilidad extracontractual en su relación con el derecho contractual», adjudicado el 21 de enero de 2003 al director del Grupo citado, C. VON BAR y a U. DROBNIG («http://ted.publications.eu.int/official/call_one_detail.dfl?Query=ND:%2218434%202003%22&TableName=TED_ES&Template=TED/result_one_detail.xml»). El resultado ha sido publicado el 29 de junio de 2004 en forma de libro en VON BAR, C., DROBNIG, U. (dirs.), *The Interaction of Contract Law and Tort and Property Law in Europe. A Comparative Study*, Sellier, München, 2004, 541 pp. (*vid.* recensión de S. CÁMARA LAPUENTE, en *ADC*, 2005, en prensa). Las garantías reales inmobiliarias, en concreto las hipotecas, se tratan sucinta pero precisamente por A. GAMBARO en las pp. 349-362 (donde se resumen algunos factores obstaculizadores de una mayor contratación transfronteriza de créditos hipotecarios, como los distintos procesos de ejecución, los privilegios crediticios o el monopolio notarial –*vid.* núms. 551-552, pp. 361-362–, pero no toma en consideración la inscripción registral como problema dado el carácter constitutivo que ésta tiene para la hipoteca en casi todos los países). El estudio es de libre acceso en la dirección «http://europa.eu.int/comm/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/study.pdf» (fecha de consulta: 6 de julio de 2004). *Vid.* nota siguiente.

¹⁵⁹ Según dan noticia VON BAR/DROBNIG, *The interaction...*, cit., p. 10; estos autores concluyen que la armonización del Derecho contractual no es suficiente –especialmente a la vista de la contratación electrónica–, pues diversos factores de interferencia con el Derecho de cosas avalan la necesidad de armonizar el Derecho patrimonial en su conjunto, aunque sea en fases (§ 624, p. 406 y §§ 730-736, pp. 467-469).

VI. LOS DIFERENTES SISTEMAS REGISTRALES EN LA UNIÓN EUROPEA: LÍNEAS DE CONVERGENCIA Y DIVERGENCIA

Si ya los Códigos Civiles de los países de la UE, cuyo Derecho contractual pretende armonizarse en los últimos años por la Comisión y el Parlamento europeos, proceden en su mayoría del siglo XIX, en el inicio de la era de las transacciones electrónicas sobre inmuebles debe tenerse presente que las normas nacionales sobre los Registros de la Propiedad son incluso más antiguas que algunos de esos Códigos Civiles. Así sucede, por ejemplo, en España, cuya Ley Hipotecaria es de 1861 (con claros orígenes en el siglo XVI), mientras que el Código civil es de 1889; o en Prusia (1783), o Austria (1784). En Alemania, la Ordenanza inmobiliaria («GBO») es de 1897 (siendo el BGB de 1896). El devenir histórico ha ido conformando fundamentalmente dos sistemas de Registros de la Propiedad¹⁶⁰, en función de los efectos de su publicidad, más un sistema que puede ser complementario del Registro de la Propiedad u operar en su ausencia o en caso de un Registro poco eficiente (el seguro de títulos):

1. REGISTROS DE DOCUMENTOS, REGISTROS DE TITULARIDADES Y EL SEGURO DE TÍTULOS

Los *sistemas de seguro de títulos o de transmisión privada (private conveyancing systems)*, propios del área anglosajona –así en Estados Unidos, pero no en Australia, Irlanda o Gran Bretaña, desde el primer tercio del siglo XX–, se basan en recoger datos sobre los pactos o contratos para facilitar el conocimiento acerca del titular de un inmueble y el alcance de sus derechos, pero no ga-

¹⁶⁰ Para la exposición de estos sistemas, pueden verse las siguientes obras, consultadas para la síntesis: ARNAIZ EGUREN, *op. cit.*, pp. 39 ss.; ARRUÑADA, B., «Property Enforcement as Organized Consent», en *The Journal of Law, Economics & Organization*, 2003, 19-2, pp. 401-444; BLANQUER UBEROS, *op. cit.*, pp. 3 ss.; DE ANGULO/CAMACHO/CASTILLA, *Garantías de los derechos reales mediante el sistema de registro y el sistema de seguro...*, cit.; GARCÍA GARCÍA, *Derecho inmobiliario...*, cit., I, en especial pp. 55 ss. y 340 ss.; GORDILLO CAÑAS, «La peculiaridad de nuestro sistema hipotecario...», cit., pp. 21-81; MANZANO SOLANO, *op. cit.*, pp. 571 ss.; MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P., «La función económica de la publicidad registral», en HERNÁNDEZ MORENO, *Anales...*, cit., pp. 115-148, en especial pp. 124-125; PARDO NÚÑEZ, C., «La organización del tráfico inmobiliario. El sistema español ante el Derecho comparado», en *Homenaje a José María Chico Ortiz*, Marcial Pons, Madrid, 1995, pp. 711-736, ahora también en GÓMEZ GÁLLIGO, F. G., *La calificación registral*, Civitas, Madrid, 1996, I, pp. 55-81; WAGEMANN, *Funktion und Bedeutung von Grundstücksregistern...*, cit., *passim*; ZEVENBERGEN, *Systems of Land Registration...*, cit., pp. 47-82.

rantizan en absoluto esa información. Por ello se complementan con un seguro de riesgo del adquirente, que le proteja frente a la posibilidad de evicción de la aparición de mejores derechos que los de su transmitente. Son conocidos también como «sistemas del seguro de títulos» por esa causa o *recording systems*. Los abogados estudian la situación jurídica que existe, usando la información del Registro tan sólo como un medio más. El particular se ve abocado a recurrir a terceros para la indagación privada de la situación jurídica del inmueble, tratando de reducir riesgos de aparición de derechos preferentes de terceros, sin que ese riesgo quede plenamente eliminado. Es un sistema prácticamente ausente de los Estados miembros de la UE (aunque en Francia, algunas compañías aseguradoras están comenzando a comercializar desde 1999 este tipo de seguros).

Los *sistemas de Registro de documentos (registration of deeds system)*, también conocidos como sistemas de «inoponibilidad», son una variante avanzada de los anteriores y están vigentes en países como Francia, Italia, Portugal, Bélgica, Países Bajos o Luxemburgo. Lo que ingresa en el Registro son documentos. La inscripción se hace por personas (sistema de folio personal), no por fincas (aunque en Francia desde 1955 se lleva un Registro complementario por inmuebles, el *Fichier Immobilier*, que sigue siendo puramente accesorio). El principal efecto es que sólo los titulares que ya han inscrito su derecho en el Registro pueden oponer su situación frente a quien pretende tener otra titularidad definitiva. Quien no ha registrado su contrato no puede oponer su derecho a terceros ¹⁶¹. Tal efecto se consigue mediante una regla de prioridad, por la cual quien deposita el título antes en el Registro puede alegarlo frente a los demás. Esta ventaja estimula a las partes a realizar la inscripción cuanto antes, sobre todo para evitar pérdidas del objeto a través de segundas ventas fraudulentas, como antes se examinó. Además, tanto las resoluciones judiciales que creen o transmitan derechos reales sobre inmuebles, las hipotecas, los privilegios inmobiliarios, los arrendamientos de más de doce años y los contratos celebrados ante Notario deben ser obligatoriamente registrados, por lo que se busca que el Registro de la Propiedad sea lo más completo posible. Sin embargo, el Registro no identifica al titular cierto y último, pues no se produce una depuración *ex ante* de los documentos que deben ingresar al Registro (se admiten todos los que cumplan los requisitos formales,

¹⁶¹ Artículo 30 del Decreto francés de 4 de enero de 1955; artículo 2644 CC italiano. Por supuesto es conocido que en ambos países existen ciertas regiones donde rige el sistema de fe pública de estilo germánico: el *Registre Foncier* en el Alsacia y Lorena, en Francia, y el *Libro Fondiario* en la región italiana del Trentino-Alto Adigio.

con independencia de su adecuación a la legalidad vigente), sino que tan sólo delimita el grupo de posibles titulares, ofreciendo en su integridad los documentos aportados para su inspección. Para obtener una titularidad definitiva y segura, sistemas como el francés acuden a un sistema de «purga», por la que es preciso obtener por sentencia judicial la impugnación de la validez o subsistencia de los otros derechos inscritos. Por reducir la incertidumbre, pero al no dar una seguridad jurídica plena, en estos sistemas tienen éxito los contratos de seguro complementarios para cubrir con una indemnización la posible pérdida del bien.

Los *sistemas de Registro de titularidades* (*registration of titles system*) o «sistemas de presunción de exactitud» (o «de fe pública»), aunque pertenecen a la tradición jurídica germánica, se practican no sólo en países de este entorno (como en Austria y también en Croacia, Hungría, Eslovaquia, Eslovenia, Polonia o la República checa), sino también en otros con diferente tradición, como Inglaterra, Gales, Suecia, Dinamarca o España. Lo que ingresa en el Registro y se publica son derechos, no los documentos en que constan éstos (que se presentan por los titulares y les son devueltos). El Registrador realiza un control de la legalidad de lo presentado y no permite la inscripción si existe una entrada en el Registro contradictoria con el pretendido nuevo derecho, sin consentimiento del titular que figura en el Registro (por ejemplo, venta por quien no figura como propietario en el Registro, aunque lo sea). El Registro se organiza por inmuebles (sistema de folio real). Su efecto esencial es que en el Registro sólo aparece una persona como propietaria en cada momento: los principios de presunción de exactitud –lo publicado por el Registro se considera la única realidad jurídica– y de prioridad –el primer derecho publicado prevalece– hacen que quien pretende contratar sobre un inmueble tan sólo necesite conocer, para su seguridad plena, el derecho publicado en el Registro. Debido a esa depuración previa de control de legalidad por el Registrador, los efectos jurídicos de este sistema son mucho más fuertes que en el sistema de Registro de documentos. Y por ello en el sistema de Registro de titularidades no existe en la práctica jurídica el complemento del «seguro de títulos», porque es absolutamente innecesario¹⁶²: quien contrata confiado en lo que

¹⁶² MÉNDEZ GONZÁLEZ, «La función económica...», cit., p. 123. DE ANGULO/CAMACHO/CASTILLA, *Garantías de los derechos reales...*, cit., p. 120 (califican de «absurdo» pretender introducir el sistema de aseguramiento de títulos en el sistema español; *vid.* argumentación en pp. 120-125). A la misma conclusión se llegó en el XII Congreso Internacional de Derecho Registral organizado por el CINDER, celebrado en Marrakech en 1998, conclusiones del tema II, novena (disponible en «http://cinder.registradores.org/es/congresos/imprimir/congreso_xii_2.htm», fecha de consulta, 21 de enero de 2004). Y tam-

publica el Registro tiene plena protección. Según el sistema civil de transmisión de los derechos reales, la inscripción producirá efectos plenos incluso entre las partes (Alemania, Inglaterra tras la LRA) o sólo respecto a terceros (España): si los derechos se crean sólo con la inscripción no puede haber situaciones contradictorias fuera del Registro (presunción siempre *iuris et de iure*), mientras que si la transmisión puede producirse fuera del Registro, la presunción de existencia de los derechos publicados en él sólo es *iuris et de iure* cuando el tercero contrata de buena fe y a título oneroso confiado en el contenido del Registro; en los demás casos es una presunción *iuris tantum*.

Por resumir en unos pocos rasgos las diferencias entre el sistema de Registro de documentos y el de derechos ¹⁶³, podemos decir que éste se basa en: (a) la organización por inmuebles («folio real»), (b) la inscripción (que es un resumen o extracto de las circunstancias esenciales del contrato o documento para su publicación), (c) la «calificación» (o control de legalidad del fondo y la forma del documento) y (d) la exactitud del contenido del Registro con plena protección a terceros. En cambio, el Registro de documentos se basa en: (a) la organización por personas («folio personal»), (b) la transcripción (copia o archivo del documento, publicado en bloque, sin alteración por el Registrador), (c) la inexistente o limitada calificación del Registrador y (d) el efecto limitado de la inoponibilidad del título no inscrito. Con estos datos, es un lugar común bastante demostrado –tanto por diversos organismos internacionales ¹⁶⁴ como por detallados análisis economí-

bién la Comisión Económica para Europa de la ONU (UNECE), a través de su *Working Party on Land Administration*, en el *Workshop on managing and developing effective land registration and cadastral services* de 7 diciembre de 1999, § 12, p. 3 (disponible en «<http://www.unece.org/env/hs/wpla/s-1999/p7-99-5e.pdf>»; fecha de consulta: 30 de junio de 2004): «title insurance is an alternative, but is generally more expensive and unnecessary once a title register is established and functioning well».

¹⁶³ MANZANO, *op. cit.*, pp. 586 y 589-590. Hemos partido de esta dicotomía, que no deja de ser algo simplista pese a ser la más extendida en el Derecho comparado, por los diversos aspectos que explica de los sistemas registrales a partir de un solo criterio. Sin embargo, esta pintura en «blanco y negro», como se la ha llamado en alguna ocasión (ZEVENBERGEN, *Systems of Land Registration...*, cit., pp. VII y 61-62), puede ser completada con otras clasificaciones de los sistemas registrales por sus efectos (los positivos y los negativos, si garantizan o no la corrección de lo publicado como realidad jurídica existente), por la forma de organizar la prioridad (*race* o *notice statutes*), por las características de la inmatriculación (sistemática, esporádica, bien obligatoria, bien voluntaria), por las relaciones entre Catastro y Registro, etc. (por todos, *vid.* ZEVENBERGEN, *ibid.*, pp. 63-75, quien alerta sobre la limitada importancia de las clasificaciones a la luz de la realidad registral que borra los conceptos abstractos: pp. 75-82).

¹⁶⁴ Así, WORLD BANK, *From Plan to the Market*, cit., p. 3. También, a través de los tres principios registrales que considera ideales (del espejo de la realidad, la cortina –basta la consulta del Registro para conocer titularidades y cargas– y el aseguramiento o garantía de legalidad y certeza; principios frecuentes en la doctrina anglosajona, normalmente atribuidos a RUOFF; así ya SIMPSON, S. R., *Land Law and Registration*, Surveyors Publications, Lon-

cos del derecho registral¹⁶⁵— que el Registro de documentos es menos costoso, pero el Registro de titularidades es más eficaz. Y el puro sistema de transmisión privada o de *recording* con su seguro de títulos suele ser desaconsejado por diversos organismos internacionales¹⁶⁶.

Si aplicamos estas líneas sintéticas al objeto de esta exposición, la inscripción como formalidad contractual, podemos concluir que existen: (1) sistemas que facilitan la búsqueda de las titularidades, en las cuales la inscripción no supone ninguna formalidad adicional para el contrato; (2) sistemas que acotan el área de búsqueda, en los que la inscripción sí es un formalismo para la eficacia del contrato por estar impuesta obligatoriamente para muchos casos, y (3) sistemas que ofrecen toda la información necesaria para negociar con seguridad sobre derechos sobre inmuebles, en los que la inscripción sí es formalismo necesario cuando se impone para el nacimiento del derecho (inscripción constitutiva) y también cuando sólo por vía de inscripción se consigue plena eficacia del contrato frente a terceros.

2. ÁREAS DE DESENCUENTRO

Todos los rasgos apuntados dejan bien clara la falta de homogeneidad de los diversos sistemas registrales, con las consecuencias

don, 1976, I, p. 22), la Comisión Económica para Europa de la ONU (UNECE), *Land Administration Guidelines*, doc. ECE/HBP/96, United Nations, New York/Geneve, 1996, pp. 25-28, al estimar que «it is difficult for a deeds registration system to conform with all these principles» avala el Registro de titularidades (disponible en «<http://www.unece.org/env/hs/wpla/docs/links/Land.zip>», fecha de consulta: 28 de junio de 2004).

¹⁶⁵ Desde la perspectiva analítica de que serán preferibles aquellos sistemas que disminuyan en mayor medida la incertidumbre con un menor coste relativo (costes de información, de vigilancia, de conservación, etc.), demuestran la conclusión citada: ARRUNADA, «Property Enforcement...», cit., pp. 433-437; MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P., «Seguridad del tráfico *versus* seguridad de los derechos: un falso dilema», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Civitas, Madrid, 2003, II, pp. 4037 ss., esp. pp. 4056-4061. También, PAU PEDRÓN, «The Register as...», cit., p. 88; ID., *La convergencia...*, cit., pp. 70-79, esp. pp. 75 y 78. Más escéptico con la prevalencia de un sistema sobre otro, ZEVENBERGEN, pp. 54-62.

¹⁶⁶ Además de las conclusiones del Noveno Congreso Internacional de Derecho Registral organizado por el CINDER y de los informes de UNECE («is generally regarded as inefficient and potentially dangerous», *ibid.*) y del Banco Mundial, citados *supra*, cabe mencionar la razón esgrimida también en las conclusiones del XIII Congreso Internacional de Derecho Registral, celebrado en Punta del Este en 2001 (disponible en «http://cinder.registradores.org/es/congresos/imprimir/congreso_xiii_2.htm»; fecha de consulta: 21 de enero de 2004), conclusiones del tema I, cuarta: la seguridad económica que da el seguro de títulos, por definición, no incorpora la seguridad jurídica, pues el adquirente desposeído recibe una compensación pero pierde el bien. Además, los seguros de títulos no cubren el valor del bien, sino tan sólo todo o una parte del precio de compra, sin las plusvalías y con numerosas excepciones en las pólizas. Y la conclusión quinta añade: «El mecanismo del seguro de títulos surge allí donde se produce un déficit de seguridad jurídica, ya sea por una quiebra en las garantías o por el deficiente funcionamiento del registro».

que esto comporta para el proceso de armonización del Derecho privado europeo. Aparte de aspectos capitales de divergencia ya apuntados, como los efectos de la inscripción o la organización del Registro (por personas o por inmuebles), existen otros factores en los que las disparidades son acusadas. A modo de ejemplo, cabe citar:

– *Derechos que acceden al Registro*: la mayoría de los sistemas cuentan con un *numerus clausus* de derechos reales que pueden ingresar en el Registro de la Propiedad, aunque no existe una regla armónica. Así, por ejemplo, en Inglaterra tan sólo las dos titularidades legales sobre inmuebles, el *freehold* (cercano a la propiedad continental) y el *leasehold* (derechos cuasipropietarios durante un plazo temporal), así como otros derechos legales o *legal interests* (servidumbres, hipotecas y algunas otras cargas reales legales) pueden ser inscritos. Los derechos de equidad o *equitable interests* no son inscribibles. En otros países la lista es más rígida (por ejemplo, Alemania cuenta con un estricto sistema de encasillado) o más flexible (por ejemplo en España, donde se acentúa la labor del Registrador para calificar el derecho como *in rem* y admitirlo). Además de los derechos reales, los sistemas admiten excepcionalmente la inscripción de algunos derechos considerados como obligacionales según jurisdicciones, como los arrendamientos. Pero incluso en este punto se dan diferencias, pues en algunos sistemas sólo se admite su inscripción cuando superen un número de años que también varía según las leyes nacionales. Por lo demás, existen estudios estadísticos y económicos que demuestran que el número estimado de derechos reales es mucho mayor en las jurisdicciones con Registro de documentos que en aquellas otras con Registro de derechos ¹⁶⁷.

– *Documentos que acceden al Registro*. Ya se vio que, si bien la pauta general es exigir el documento público (notarial, administrativo o judicial) para ese fin, unos pocos sistemas jurídicos admiten también la presentación de documentos privados. E incluso en el Registro internacional de garantías sobre bienes de equipo móvil creado por el Convenio de Ciudad del Cabo de 16 de noviembre de 2001 no se exige ningún tipo de documentos.

– *Prioridad de los derechos*. Este aspecto está muy ligado al sistema de organización del Registro, con importantes diferencias entre la estructura por personas y por inmuebles. Aunque existe la tendencia a declarar prioritario el derecho antes inscrito en el Registro, frente a los no inscritos o inscritos después, exis-

¹⁶⁷ ARRUAÑA, «Property enforcement...», cit., pp. 417-420.

ten algunas jurisdicciones que establecen determinadas excepciones entendiendo que la prioridad es por la fecha del título y no por la fecha de la inscripción. Ligado con ello está la *compatibilidad* entre derechos, que es poco importante en un sistema como el francés, donde no se determina esa compatibilidad antes de entrar en el Registro, sino *ex post*, por decisión judicial; en cambio es un aspecto muy importante en Registros como el alemán o el español.

– *Requisitos de la fe pública registral*. En los sistemas de Registro de documentos se desconoce la adquisición de buena fe de bienes inmuebles: sólo ciertos terceros pueden alegar la inoponibilidad de los actos no publicados¹⁶⁸. En cambio, en los sistemas de Registro de titularidades esta protección de los terceros de buena fe que contratan amparados en la publicidad registral es posible (así, Austria, Alemania, Suecia o Hungría¹⁶⁹), si bien los requisitos varían según los sistemas: en España el tercer adquirente no sólo debe haber inscrito su derecho y ser de buena fe (lo que significa haber confiado en que el titular que aparece en el Registro es el real y no tener conocimiento de que no lo sea), sino haber satisfecho una contraprestación por la transmisión; este requisito no existe en los otros países citados¹⁷⁰. Además, en Derecho inglés (también tras la LRA), a diferencia de los Derechos continentales basados en la buena fe como elemento de la protección del derecho, el conocimiento de la carga no inscrita no elimina la protección del nuevo titular que inscribió su derecho¹⁷¹. Aunque con otro alcance, tampoco la buena fe es requerida en el Registro internacional del Convenio de Ciudad del Cabo citado.

– *Derechos no inscritos que pueden perjudicar a terceros pese a no estar publicados en el Registro (overriding interests)*. Supo-

¹⁶⁸ VEREIN FÜR RECHTSVERGLEICHENDES GRUNDBUCH- UND HYPOTHEKENRECHT, *Übersicht über die Grundstücksregister in Europa*, en la página: «<http://www.eurojurislawjournal.net/>», cit., que añade que «la publicidad registral no es una condición de oponibilidad de los derechos a los terceros». Según GARCÍA GARCÍA (*Derecho inmobiliario...*, cit., pp. 589 y 597), en los sistemas latinos, en particular en Francia e Italia, el principio de inoponibilidad viene a ser equivalente a la idea de la «inscripción constitutiva respecto a terceros».

¹⁶⁹ Alemania, § 892 BGB; artículo 973 CC suizo; Hungría, § 5.6 de la Ley del Registro inmobiliario 141/1997, según redacción dada en la reforma de 2000; Suecia, secc. 8, cap. 19 y secc. 6, cap. 20 de la Ley del Registro de la Propiedad de 1 de julio de 2000 (*vid. SOLCHAGA LÓPEZ DE SILANES, A.*, «Unos breves apuntes sobre el sistema registral sueco», en *Boletín del Colegio de Registradores de España*, 99, enero de 2004, pp. 299-308, esp. pp. 302 ss.).

¹⁷⁰ Pero sí se da, también, en Suecia (secc. 1, cap. 18 del *Land Code* de 2000); y en Grecia, en cuyo nuevo sistema registral (Ley 2308/1995 y Ley 2664/1998), que abandona el sistema de corte francés de inoponibilidad para pasar a un sistema germánico de fe pública registral, se exige también título oneroso y buena fe en el tercero. Referencias en PAU PEDRÓN, *La convergencia...*, cit., pp. 82-83 y 86.

¹⁷¹ Cfr. seccs. 58 y 29-30 LRA 2002.

nen examinar lo anterior desde el punto de vista inverso. Son un problema (que, por ejemplo, se ha tratado de atajar en la LRA inglesa por su número e importancia) para la eficacia y fiabilidad de cualquier Registro.

– *El papel del Registrador*, con su *control de legalidad* o no, es muy diverso en ambos sistemas, pues mientras en el de Registro de titularidades califica los derechos y controla el cumplimiento de los requisitos y formas legales¹⁷², en el sistema de Registro de documentos su papel es menos activo, pivotando la responsabilidad para averiguar cuál es el derecho prioritario en el Notario y, en última instancia, en el Juez. Además, la formación y adscripción de los Registradores a diversas administraciones es muy diferente entre Estados. Por su parte, absolutamente pasivo es el papel del Registrador en el Registro internacional citado.

– *La consulta del Registro* entraña una enorme diversidad entre jurisdicciones, en atención a varias preguntas: ¿cuál es la información accesible? Documentos, contratos o información filtrada sobre los derechos. ¿Cómo se puede consultar la información del Registro? Bien mediante consulta directa (física en los libros o por Internet) o por las referencias elaboradas *ad hoc* por el Registrador (como certificados, en papel, por correo electrónico o como páginas web mediante bases de datos). ¿Quiénes pueden acceder a la publicidad registral? Todos los interesados o sólo determinados profesionales autorizados (v. gr., en Inglaterra los profesionales con permiso para consultar la intranet). Además existe un problema adicional, regulado muy diversamente, en relación con la duplicación de la información del Registro mediante bases de datos paralelas de empresas privadas, al estilo de las *title plants* de Estados Unidos de América¹⁷³. En este y otros aspectos mencionados debe tenerse muy presente la *Directiva* 2003/98/CE del Parlamento Europeo y el Consejo, de 17 de noviembre de 2003, sobre reutilización de la información del sector público¹⁷⁴.

¹⁷² Así en el área germánica (Austria, Suiza; en Alemania, algo más limitada por el carácter abstracto del sistema: cfr. §§ 925 y 873 BGB), también en España (art. 18 LH) y en los nuevos sistemas registrales de Croacia (desde su Ley de 1996, art. 55, y Reglamento de 1997), Eslovenia (desde la Ley 58/2003), Hungría (desde la Ley 141/1997, § 51) y Grecia (Leyes 2308/1995 y 2664/1998, art. 16, que ha introducido *ex novo* este control de legalidad, con el paso al sistema germánico).

¹⁷³ Sobre éstas, *vid.* ARRUÑADA, «El seguro de títulos de propiedad», cit., pp. 71 ss.

¹⁷⁴ «DOUE», L 345, de 31 de diciembre de 2003, pp. 90 ss. Sobre estas materias, *vid.* CÁMARA LAPUENTE, S., *Access to the Information of the Public Sector: Problems with Intellectual Property and Public Registers, regarding Consumer's Safeguard*, en WILHELMSSON, T. (dir.), «Consumer Law in the Information Society», Kluwer International, The Hague-London-Boston, 2000, pp. 307-327; y, en español, en *La Ley*, núm. 4880, 9 de septiembre de 1999, pp. 1-8.

VII. CONCLUSIONES

Los sistemas registrales existentes en las diversas jurisdicciones nacionales de la Unión Europea cuentan con muy importantes divergencias. Tanto sus efectos como su organización son muy distantes, bien se atienda a su clasificación como sistemas de Registro de titularidades o de Registro de documentos, bien a su establecimiento de la inscripción constitutiva, obligatoria o voluntaria. Al evaluar cualquier posibilidad de armonización de los sistemas registrales debe tenerse clara la distinción entre, por un lado, el acceso a la información del Registro de la Propiedad (*publicidad formal*), sobre el cual podrían alcanzarse a corto plazo algunos resultados paneuropeos, no exentos de dificultades, como demuestra el proyecto *Eulis*, enmarcado en el programa *eContent* de la Unión Europea, y, por otro lado, los efectos de la información registral (*publicidad material*), cuya posible convergencia resulta más utópica incluso a medio plazo. Las limitadas competencias de la Unión Europea sobre el derecho de propiedad y los derechos reales constituyen un límite importante, pese a la existencia de cierta jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que permite aventurar cierta mínima expansión por dos vías: a través de la interpretación de las libertades fundamentales del TCE y a través de la aplicación de los preceptos de algunas Directivas a contratos sobre derechos sobre bienes inmuebles. La armonización del Registro de la Propiedad a partir de la base competencial de la regulación del mercado interior (art. 95 TCE) y de la protección de los consumidores (art. 153 TCE), como ha sido propuesta recientemente por algún autor¹⁷⁵, está lejos de ser incontrovertida.

Otro factor de convergencia, por ahora aún muy marginal, se está produciendo en algunas de las últimas normas aprobadas en el acervo comunitario, relativas a instrumentos legales que pueden calificarse como derechos reales susceptibles de inscripción, como ocurre con el derecho de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles, la reserva de dominio o determinados servicios financieros prestados a distancia, que incluyen la creación o transmisión de derechos sobre inmuebles, incluida la hipoteca. Incluso cabe aducir como hipotético factor de armonización espontánea (parcial) la transposición de Directivas como la de garantías en las ventas de consumo con ampliación del ámbito de aplicación

¹⁷⁵ PAU PEDRÓN, *La convergencia...*, cit., pp. 21, 25 y 94. *Vid. supra* el apartado II de este ensayo.

(nacional) a los inmuebles. Pero hasta la fecha, si bien se comienza a abandonar en algunas normas comunitarias la exclusión de contratos que versan sobre derechos reales inmobiliarios, la armonización se centra tan sólo en los aspectos obligacionales de tales negocios jurídicos, sin abordar los derechos reales por ellos creados o transmitidos. Además, ninguna de tales Directivas se ocupa del factor de la inscripción registral, que sigue agazapado para producir una absoluta desarmonización posterior en ámbitos supuestamente armonizados. Debe tenerse en cuenta que la inscripción es una formalidad de los contratos que versan sobre derechos reales sobre inmuebles, necesaria para su plena eficacia legal. Sin inscripción, tanto en los sistemas en que es constitutiva, como en los que es declarativa, el contrato no tendrá garantizados sus plenos efectos frente a los terceros.

La informatización de los Registros, por un lado, y la posibilidad de utilizarlos como instrumentos para la transmisión de derechos reales inmobiliarios, por otro lado, puede suponer una fórmula interesante, digna de un análisis más detenido, para superar no sólo los problemas del «lapso registral» (*registration gap*) sino del lapso o abismo entre los sistemas registrales. ¿Será posible llegar en el futuro a algo similar a la actual convergencia europea en relación con el Registro Mercantil? La creación de un auténtico Registro de la Propiedad *on line* pan-europeo como reclaman entidades como la Federación Hipotecaria Europea (*European Mortgage Federation*)¹⁷⁶ –incluso pudiendo partirse de algunos rasgos del novedoso Registro internacional de garantías internacionales sobre bienes de equipo móvil o de la inscripción electrónica inglesa o del proyecto Eulis– parece aún lejana, sobre todo si se pretende que tal Registro tenga efectos fuertes respecto a la protección de los terceros de buena fe, más allá del puro suministro de una información acumulada y no garantizada.

¹⁷⁶ A través de las conclusiones de la Federación al estudio de MERCER OLIVER WYNAM *Study on the Financial Integration...*, cit., expresadas por su presidente, SADOUN, C., *Integrating Europe's Mortgage Markets: Conclusions fo the European Mortgage Federation*, noviembre de 2003 (disponible en «<http://www.hypo.org/Content/Default.asp?PageID=63>»; fecha de consulta: 15 de abril de 2004), conclusión 5, p. 4.

Cobro de lo indebido, tradición y usucapión. (Estudio de los artículos 464 y 1897 del Código Civil y 35 de la Ley Hipotecaria)

BRUNO RODRÍGUEZ-ROSADO
Profesor Titular de Derecho civil
Universidad de Málaga

SUMARIO: 1. *Construcciones en torno al efecto transmisivo del pago de lo indebido:* 1.1 La regulación del Código Civil. 1.2 Causalidad o abstracción del sistema. 1.3 La teoría de la falta de efecto transmisivo del pago de lo indebido. 1.3.1 El inciso final del artículo 1897 como aplicación del artículo 464. 1.3.2 El inciso final del artículo 1897 como norma de eficacia *inter partes*. 1.3.3 El inciso final del artículo 1897 como supuesto especial de adquisición *a non domino*. 1.4 La teoría de la *causa solvendi*. 1.5 Remisión al argumento histórico y comparado. 2. *La transmisión de la propiedad en la Historia y el Derecho comparado:* 2.1 Los contradictorios testimonios del Derecho romano. 2.2 La solución del *ius commune*: el título putativo. 2.3 El Código Napoleón y la evolución francesa. 2.4 Los precedentes de la Codificación española. 2.5 Savigny y el sistema abstracto del BGB. 2.6 La explicación de Rabel: la *causa solvendi* como fundamento de la *condictio indebiti*. 3. *El efecto transmisivo del pago de lo indebido en Derecho español:* 3.1 Repaso de las construcciones vistas. 3.2 El título putativo como explicación del efecto transmisivo del pago de lo indebido. 3.3 Los efectos del pago de lo indebido al *accipiens* de buena y mala fe. 3.4 La exigencia de validez del título en la tradición y la usucapión. 4. *El título putativo del artículo 464 del Código Civil:* 4.1 Exposición crítica de las interpretaciones del artículo 464. 4.1.1 La tesis romanista. 4.1.2 La tesis germanista. 4.1.3 La tesis de la regla especial para la reivindicación mobiliaria. 4.2 La interpretación sistemática de los artículos 464, 1955 y 1962. 4.3 Los antecedentes históricos del artículo 464. 4.3.1 Genealogía de la norma. 4.3.2 La usucapión en el Derecho castellano. 4.3.3 El Proyecto de 1851. 4.3.4 La redacción del Código Civil a la luz de sus antecedentes. 4.4 Conclusión. 5. *El título putativo en la usucapión del artículo 35 de la Ley Hipotecaria:* 5.1 Origen y problemas del artículo 35. 5.2 La tesis de la inscripción como equivalente al título. 5.3 La tesis de la inscripción como presunción *iuris tantum*. 5.4 La equivalencia como interpretación más posible. 6. *Argumento histórico y revisión del título putativo:* 6.1 Recapitulación. 6.2 La conveniencia de consumir la evolución del sistema. 7. *Bibliografía.*

1. CONSTRUCCIONES EN TORNO AL EFECTO TRANSMISIVO DEL PAGO DE LO INDEBIDO

1.1 LA REGULACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL

El cobro de lo indebido se encuentra regulado en los artículos 1895 y siguientes del Código Civil, dentro del libro IV, título XVI, capítulo primero, dedicado a los cuasicontratos. Figura en sección propia, a continuación de la gestión de negocios ajenos. Son estos dos los únicos supervivientes en el Código Civil de la categoría de los cuasicontratos, que tradicionalmente incluía también a la tutela, la adición de herencia y la comunidad. Si el Código ha elegido el nombre de cobro de lo indebido, y no el más tradicional de pago, se debe a que, de acuerdo con la definición de los cuasicontratos del artículo 1887 —«son cuasicontratos los hechos lícitos y puramente voluntarios, de los que resulta obligado su autor para con un tercero y a veces una obligación recíproca entre los interesados»—, es propiamente el cobro, y no el pago, el hecho que genera la obligación.

La normativa del Código Civil relativa al efecto transmisivo del pago de lo indebido no es lo clara que sería de desear. El artículo 1895 comienza estableciendo que «cuando se recibe alguna cosa que no había derecho a cobrar, y que por error ha sido indebidamente entregada, surge la obligación de restituirla». La enunciación de ese principio general, por sí solo, no sirve para determinar si la restitución que se debe llevar a cabo consiste en una devolución de efecto meramente posesorio o en una obligación de retransmitir, en cuyo caso el pago de lo indebido habría operado previamente la transmisión de propiedad. Hay que tener en cuenta que «obligación de restituir» no presupone para el Código Civil una obligación de retransmitir la propiedad: basta considerar que el artículo 1758, en materia de depósito, habla también de obligación de restituir; y es claro que en el depósito no hay transmisión de propiedad alguna.

En realidad, la única norma que plantea la cuestión del efecto transmisivo del pago de lo indebido es el final del artículo 1897. Establece éste, regulando las obligaciones del *accipiens* de buena fe, que «si la hubiese enajenado, restituirá el precio o cederá la acción para hacerlo efectivo». Lo cual, sin entrar por ahora en más consideraciones, parece excluir la acción del *solvens indebiti* frente al tercero que adquirió de un *accipiens* de buena fe; en contraste, aparentemente, con el artículo 1896, paralelo del 1897 pero referido a las obligaciones del *accipiens* de mala fe, que al no decir nada

para el caso de enajenación a un tercero parece no excluir la acción frente a él.

A la vista de ese inciso final del artículo 1897 surge la pregunta: ¿tiene efecto transmisivo el pago de lo indebido, o al menos el hecho a un *accipiens* de buena fe? Ya que si el tercer adquirente del *accipiens* de buena fe no va a ser alcanzado por la acción del *solvens*, se tiende instintivamente a pensar que es así porque el *solvens* ha perdido con el pago la condición de propietario, no tiene por tanto la reivindicatoria, y sólo le queda la acción personal, la *condictio*, para exigir del *accipiens* –pero no de tercero– la retransmisión de la propiedad de lo entregado.

De ser así, esto chocaría con la doctrina del título y modo, que es la que se supone acogida por el Derecho español en materia de adquisición derivativa de los derechos reales. Según esta doctrina, la transmisión de la propiedad exige la conjunción de dos elementos, la entrega a la que se alude con el modo y su causa a la que se designa título. En las exposiciones habituales se tiende a identificar el título o causa con el contrato u obligación preexistente¹. La propiedad se transmite por la entrega cuando ésta va precedida de una relación obligatoria o de un contrato dirigido a la transmisión de la propiedad². La inexistencia o invalidez del contrato o de la relación obligatoria precedente determina que no se produzca transmisión.

La doctrina del título y el modo encuentra plasmación en los artículos 609 y 1095 del Código Civil. Según el primero, la propiedad se transmite «por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición». La falta de cualquiera de estos elementos debiera determinar la falta del efecto adquisitivo. En concreto, la ausencia de un contrato o relación obligatoria precedente debiera producir, en buena lógica, que la entrega no produzca sino un efecto de mero traspaso posesorio, sin resultado adquisitivo alguno.

Si se parte de la doctrina del título y el modo tal y como se suele exponer en la doctrina española, el pago de lo indebido no debiera dar lugar a ninguna transmisión de propiedad. En el pago

¹ *Vid.*, a modo de ejemplo, CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, II-1.º, revisado por GARCÍA CANTERO, Madrid, 1982, pp. 264 ss; DíEZ-PICAZO/GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, III, Madrid, 2001, p. 62; LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, III-1.º, Barcelona, 1991, pp. 216 ss.

² Si se habla de contrato y no exclusivamente de obligación precedente es porque se piensa también en los contratos reales, en los que la propia entrega forma parte del contrato, y en los que no existe una obligación que nazca antes de la entrega. Si tampoco se puede decir llanamente que título equivale a contrato, y conviene seguir citando como título a la obligación, es porque hay casos en que la *traditio* complementa una relación obligatoria que no nace de un contrato, como puede ser la obligación surgida de un legado de efecto obligacional.

de lo indebido falta precisamente el contrato o relación obligatoria preexistente que justifique o causalice la entrega. Es un modo, la *traditio*, sin título previo y realizado por error. De lo dicho se debiera deducir que el *solvens indebiti* no ha perdido la propiedad, el *accipiens* no deviene propietario sino simple poseedor de la cosa entregada, y queda a disposición del *solvens*, como propietario que es, la reivindicatoria frente al *accipiens* o cualquier tercero.

En cambio, si se acepta la conclusión a que parece conducir el final del artículo 1897, que quien paga lo indebido transmite la propiedad, debiéramos admitir que el Código recoge un sistema de transmisión de la propiedad abstracto, en el que la transmisión se produce independientemente de la obligación preexistente. En resumen, título y modo y efecto transmisivo del pago de lo indebido parecen *prima facie* de todo punto inconciliables.

1.2 CAUSALIDAD O ABSTRACCIÓN DEL SISTEMA

El Código Civil terminó con las oscilaciones existentes en sus precedentes y anteproyectos entre el sistema consensual de corte francés y el tradicional español de exigencia de entrega, decantándose por este último³; fruto de ese vaivén legislativo fue que los autores inmediatamente posteriores al Código se limitasen comúnmente a declarar, al tratar de la adquisición derivativa de los derechos reales, que el Código Civil había asumido el sistema tradicional español de transmisión por título y modo, comparándolo con el francés y alemán.

En otro lugar, y de modo yuxtapuesto a lo anterior, exponían el cobro de lo indebido, partiendo y desarrollando la que se asumía como explicación tradicional, que del pago de lo indebido surge una acción personal, la *condictio indebiti*, orientada a exigir la retransmisión de la cosa⁴.

³ Sobre las sucesivas variaciones que se produjeron en la codificación civil española en cuanto al sistema de transmisión de la propiedad entre el sistema francés de transmisión *solo consensu* y el de derecho común de título y modo, *vid.* VILA RIBAS, *El pago de lo indebido y la transmisión de la propiedad por tradición en el sistema del Código Civil español*, Barcelona, 1989, pp. 131 ss.

⁴ La opinión común de los autores de Derecho civil posteriores al Código respecto del pago de lo indebido es la que expuso, sin plantearse todavía cuestión en torno a este punto, Vallet de Goytisolo en los años cuarenta, rebatiendo a Hernández Gil, quien quería ver en la frase final del artículo 1897 una adquisición *a non domino*. Decía VALLET: «Finalmente, respecto al artículo 1897, no hay que olvidar que se refiere al pago de lo indebido. Y sabido es que, tradicionalmente, el pago de lo indebido es válido y solo da lugar, con carácter puramente personal, al juego corrector de la *condictio indebiti*. No necesitándose, por tanto, en este caso, para explicar la irrevindicabilidad de la adquisición del tercero, acudir a la virtud mágica de unas adquisiciones *a non domino*, que en este supuesto ni existen ni hacen falta» (VALLET DE GOYTISOLO, «La buena fe, la inscripción y

Más allá de esas afirmaciones, no parecen haber caído en la cuenta de la contradicción existente entre la explicación común de esas dos instituciones. Entre afirmar por un lado que la transmisión de la propiedad sólo se produce mediante la conjunción de un título, entendido generalmente como obligación preexistente, y un modo o entrega, y afirmar por otro el efecto transmisivo del pago de lo indebido, al menos respecto al *accipiens* de buena fe, apoyándose en el inciso final del artículo 1897.

Fueron Pérez González y Alguer, en sus anotaciones al tratado de Enneccerus, los primeros que advirtieron la contradicción citada: la regulación del pago de lo indebido, en especial el final del artículo 1897, al excluir la propiedad del *solvens indebiti*, resulta discordante con la exigencia de un contrato u obligación para que la *traditio* produzca la transmisión. La simple *traditio* con voluntad de transmitir bastaría para transferir la propiedad⁵.

Partiendo de ello, los anotadores de Enneccerus llevaron a cabo una crítica completa a la supuesta asunción de la teoría del título y el modo en nuestro Código Civil, hasta entonces comúnmente aceptada. Según ellos, de los artículos 609 y 1095 lo único cierto que puede deducirse es que el Código rechaza el sistema francés de transmisión del dominio por el solo efecto de los contratos. Dichos artículos recalcan la necesidad de la entrega para que se produzca la transferencia; pero, siempre a juicio de estos autores, ni el 609 ni el 1095 establecen si la relación existente entre contrato obligatorio y *traditio* es abstracta o causal.

En consecuencia, pretenden determinar la causalidad o abstracción de la transmisión basándose en otros preceptos. Aparte otros artículos del Código (básicamente, el 1160, del que trataré luego), apoyan ellos la abstracción del sistema adquisitivo español en los artículos 1895 y siguientes, que dan lugar a una acción personal, la *condictio indebiti*, dirigida a obtener la retransmisión de la propiedad, y basada por tanto en que el *solvens* ha dejado de ser propietario por el pago de lo indebido. La voluntad de adquirir y transmitir, unida a la entrega, habría obrado la transmisión. El sistema español de transmisión de la propiedad sería un sistema abstracto, de tipo alemán, donde la falta de causa que justifique la entrega no impediría la transmisión, sino que tan sólo daría lugar a una *condictio recuperatoria*.

la posesión en la mecánica de la fe pública», *RDP*, 1947, p. 936). En idéntico sentido, entendiendo también que la regulación tradicional del pago de lo indebido parte del efecto transmisivo de éste, JORDANO BAREA, «La teoría del heredero aparente y la protección de los terceros», *ADC*, 1950, p. 706.

⁵ PÉREZ GONZÁLEZ/ALGUER, anotaciones a ENNECCERUS/KIPP/WOLFF, *Tratado de Derecho civil*, WOLFF, *Derecho de cosas*, vol. I, Barcelona, 1936, p. 392.

El argumento se resuelve en una petición de principio. Por más que se pretenda argumentar con las palabras, los artículos 609 y 1095 del Código Civil parecen recoger el sistema de título y modo. Paralelamente, según lo ya dicho, la frase final del 1897 parece presuponer que el *solvens indebiti* ha dejado con el pago de ser propietario. Pero ni uno ni otro son terminantes. El 609 y el 1095, efectivamente, pese a incidir en la necesidad de la *traditio*, no imponen la causalidad, por más que a ello apunten. Pero el artículo 1897 tampoco establece de modo expreso que el *accipiens indebiti* se haga propietario, ni siquiera excluye terminantemente la reivindicatoria del *solvens* frente a tercero. Por lo tanto, no cabe reinterpretar el sistema de transmisión del 609 y 1095 partiendo del efecto transmissivo del pago de lo indebido, pues ese efecto, al no quedar establecido expresamente y ser contradictorio con el sentido aparente de los citados artículos, es lo que se debe demostrar. Esa demostración extrínseca no se ha conseguido, pues el artículo 1160, del que trataré luego, no prueba nada en esta cuestión.

En cambio, la tesis causalista ha demostrado que una transmisión abstracta, de tipo alemán, es incompatible con nuestro Código; y lo ha hecho recurriendo a argumentos sistemáticos externos que avalan la naturaleza causal del sistema español, pues argumentar a favor de la causalidad con los artículos 609 y 1095 entrañaría una petición de principio —paralela e inversa a la empleada por los partidarios de la tesis abstracta— al pretender resolver la aparente contradicción entre dichos artículos y la regulación del cobro de lo indebido desde uno de los términos del problema⁶.

Un argumento claro a favor de la naturaleza causal del sistema español de transmisión de la propiedad es el que se deriva del artículo 1473 del Código Civil, heredero de la tradición medieval del *ius ad rem*⁷. La doctrina del *ius ad rem* nació en estrecho con-

⁶ LACRUZ, «Pago de lo indebido y transmisión de la propiedad», en *Temis, Revista de la facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza*, 1957, pp. 11 ss.; también en sus, *Estudios de Derecho privado común y foral*, tomo II, Barcelona, 1992, pp. 343 ss., de donde lo cito. En la misma línea, MIQUEL, «Comentario al artículo 609 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pp. 1550 ss.

⁷ Por lo que conozco, el Derecho español es el único europeo que ha recogido la regulación propia del medieval *ius ad rem*. El BGB lo rechazó, por considerarlo incompatible con la abstracción del sistema. Los sistemas consensuales, como el francés, tampoco recogen esta institución: el caso de doble venta, en realidad, no existe en tales sistemas; el primer comprador adquiere la propiedad con el contrato, y el segundo compra a un no propietario; si en algún caso ese segundo comprador va a quedar defendido frente al primero, lo será como adquirente *a non domino* (cfr. arts. 1141 y 2279 del *Code civil*); aunque el efecto pueda resultar parecido al de un *ius ad rem*, su estructura es muy diferente: en el 1473 español el segundo comprador queda protegido por adquirir de propietario, mediante contrato, y ser primero en la *traditio*; sólo si fuese de mala fe por saber de la compra anterior, y a modo de penalización de esa mala fe, perdería la cosa frente al primer comprador; en cambio, en el sistema francés del 1141 el segundo comprador va a ser

tacto con la del título y modo, en forma de desarrollo suyo. Se trata precisamente de dar una cierta eficacia contra terceros al título que sirve de base a la adquisición de la propiedad: del contrato de compraventa surge un derecho a la cosa que será base para imponerse a un segundo comprador a quien se haya hecho la *traditio*, en el caso de que este segundo adquirente haya conocido previamente la existencia del contrato antecedente. Si la transmisión de la propiedad se operase por la entrega unida a la concorde voluntad de adquirir y transmitir, abstractamente del contrato obligacional, el conocimiento de ese contrato obligacional no podría nunca perjudicar al segundo comprador, ni entrañaría mala fe, pues el contrato obligacional no tendría eficacia alguna para la transmisión del dominio, por no ser parte del procedimiento adquisitivo. La construcción del artículo 1473 es incompatible con la transmisión abstracta, y por ello rechazó el BGB la admisión de un *ius ad rem*⁸.

Otro argumento favorable a la causalidad de la *traditio*, si bien no decisivo por sí mismo, es el alegado por Miquel de la causalidad de la usucapión en el sistema español⁹. La usucapión tiene una estructura similar a la adquisición derivativa de la propiedad mediante tradición, pero modalizada por el hecho de constituir una adquisición *a non domino*: la tradición requiere, para ser eficaz, titularidad real del enajenante, título y modo; en la usucapión, la titularidad real del enajenante se ve suplida por la buena fe del adquirente en esa titularidad y por el transcurso de un cierto período de tiempo. Pero en su estructura son iguales. Por ello, donde la transmisión de la propiedad es abstracta de su causa, como sucede en Alemania, la usucapión no exige tampoco de un justo título (§§ 937 y siguientes del BGB). En consecuencia, si la usucapión en el Código Civil exige de justo título, es congruente que la adquisición derivativa por *traditio* sea también causal¹⁰.

El tercer argumento a favor de la causalidad de la *traditio* es el histórico, y el derivado de los antecedentes legislativos del Código Civil. En este sentido, tres son los datos que conviene tener en cuenta. En primer lugar, la exposición de motivos de la Ley Hipotecaria de 1861, al afirmar que nuestro sistema, que no pretende

defendido en virtud de la protección del adquirente *a non domino* del 2279 del *Code civil*. Y dentro ya del resto de países europeos que siguen el sistema de título y modo, el Derecho austriaco y el suizo no han recogido la doctrina del *ius ad rem* (vid. §§ 430 y 440 del ABGB austriaco y art. 714.1 del ZGB suizo). Sobre el Derecho holandés, mantenedor también del sistema de título y modo, no he podido obtener información.

⁸ LACRUZ, *Pago de lo indebido y transmisión de la propiedad*, p. 347.

⁹ MIQUEL, «Comentario al artículo 609 del Código Civil», pp. 1550 ss.

¹⁰ Dejo para el cuarto capítulo el problema a que da lugar que el artículo 1955 del Código Civil no mencione el justo título entre los requisitos de la usucapión ordinaria de bienes muebles.

modificar, sigue la teoría del título y modo¹¹; en segundo lugar, la base primera de la Ley de Bases de 1888, que prescribe que el Código Civil debe redactarse «sin otro alcance y propósito que el de regularizar, aclarar y armonizar los preceptos de nuestras leyes»; y, en tercer lugar, y de modo más claro, la base 20 de dicha Ley, que establece al orientar la labor de la comisión redactora del futuro Código: «los contratos, como fuente de obligaciones, serán considerados como meros títulos de adquirir en cuanto tengan por objeto la traslación de dominio o de cualquier derecho real a él semejante». De donde se deduce que el Código no pretendió innovar en el sistema tradicional español de título y modo, y que para el Código título es el contrato, y no la concorde voluntad de adquirir y transmitir.

Se puede además aducir, a favor de la causalidad del sistema español de transmisión de los derechos reales, que en el Código faltan elementos típicos y necesarios del sistema alemán; cierto es que su principal empeño fue en marcar diferencias con el sistema francés, pues es el que quería rechazar; pero no lo es menos que el legislador español no parecía pretender acercarse al sistema abstracto alemán. De otro modo, debiera cuanto menos haber regulado el contrato abstracto transmisivo, como hace el § 873 del BGB, pues no cabe independizar la *traditio* de su causa sin prever una regulación del acuerdo de adquirir y transmitir que sustituye a esa causa; o podía haber aceptado la naturaleza constitutiva de la inscripción en el Registro. Pero no hizo nada de eso. Si los artículos 609 y 1095 no marcaron aún más las diferencias del sistema español con el sistema abstracto alemán fue porque sus redactores ni siquiera sospecharon que se pudiese plantear confusión entre ellos¹².

Por último, y este es un argumento determinante, se debe tener en cuenta que ni siquiera la regulación del cobro de lo indebido en el Código encaja con un sistema abstracto, en el que lo decisivo es el acuerdo de voluntades. Pues si éste se da, como sucede en el sistema alemán, la entrega debe transmitir independientemente de la buena o mala fe del *accipiens*, determinando este último caso solamente su responsabilidad agravada (§ 819 BGB). En el sistema

¹¹ Dice así la exposición de motivos: «Nuestras leyes, siguiendo a las romanas, adoptaron la diferencia entre el título y el modo de adquirir, y establecieron que el título sólo produjera acción personal, pero que la propiedad y los demás derechos en la cosa y, por tanto, las acciones reales que se dan para reivindicarlos, sólo nacieran de la posesión de las cosas inmuebles».

¹² En el mismo sentido, expresa MIQUEL que «no se pudo rechazar explícitamente un sistema que inventado a mitad del siglo XIX en Alemania, no se conocía o al menos no se había recibido por nuestros autores» («Comentario del artículo 609», p. 1550).

español, en cambio, el debatido efecto transmisivo del pago de lo indebido sólo surgirá si el *accipiens* es de buena fe, es decir, si creía en la existencia de la deuda (cfr. arts. 1896 y 1897 CC). El silencio del artículo 1896 para el caso de que el *accipiens* de mala fe enajene a un tercero ha sido unánimemente interpretado como una admisión en tal caso de la reivindicatoria del *solvens* contra el tercero.

Otros posibles argumentos en pro de la causalidad del sistema resultan, en cambio, menos convincentes¹³.

Por todo lo dicho, se puede ya sin duda afirmar la causalidad del sistema español de transmisión de la propiedad. Pero permanece una cuestión en el aire: si el sistema español es causal, ¿por qué existe una regulación del cobro de lo indebido? Y sobre todo, ¿por qué el artículo 1897 parece excluir la acción del *solvens* contra el tercero?

1.3 LA TEORÍA DE LA FALTA DE EFECTO TRANSMISIVO DEL PAGO DE LO INDEBIDO

El profesor Lacruz, en un trabajo ya citado de los años cincuenta, abordó de modo frontal el problema de la contradicción entre un sistema de título y modo y la aparente naturaleza transmisiva del pago de lo indebido en Derecho español. Impugnó la tesis abstracta y demostró la causalidad de nuestro sistema de transmisión de los

¹³ A favor de la causalidad del sistema español se ha alegado también: 1) que de la regulación de la nulidad de los contratos se deduce que la acción de nulidad alcanza a cualesquiera adquirentes de la cosa transmitida; 2) que las normas relativas a la entrega de la cosa se encuentran precisamente dentro de la regulación del contrato de compraventa y en estrecha relación con éste, hasta el punto que la tradición puede sustituirse por el otorgamiento de escritura pública de venta; 3) los artículos 30 y 31 de la LH, al establecer que la nulidad del título inscrito determina la de la inscripción que en él se apoya; 4) las normas que establecen la causalidad en materia de obligaciones, que servirían de indicio del sistema seguido en materia de derechos reales.

Pero en contra de estos argumentos cabe decir: contra 1), que no es en absoluto claro que la nulidad de un contrato alcance a los terceros adquirentes; Díez-Picazo, por ejemplo, argumenta justamente en sentido inverso: «parece claro que si el vicio del negocio antecedente es una mera anulabilidad, este vicio de la justa causa no provoca la ineficacia de la transmisión. El tradente deja de ser dueño, no dispone de una acción real reivindicatoria y tiene solamente una acción de restitución (arts. 1303-1307). Lo mismo ocurre en todos aquellos casos en que la eficacia del negocio obligatorio antecedente desaparece en un momento posterior sobrevenido (rescisión, revocación, resolución)» («La tradición y los acuerdos traslativos en Derecho español», *ADC*, 1966, p. 568); contra 2), que el argumento no es en modo alguno decisivo, y todavía menos porque «aun transmitida la propiedad, sobre el vendedor pesa la obligación de entregar materialmente la posesión de la cosa al comprador» (DÍEZ-PICAZO, *ibid.*); contra 3), que la Ley Hipotecaria no establece la equivalencia entre título y contrato obligacional; contra 4), que un sistema causal en obligaciones no prejuzga la causalidad o abstracción del sistema real: téngase en cuenta que en Alemania —en contra de lo comúnmente opinado en España— los contratos son causales, y sin embargo las transmisiones reales abstractas (*vid.*, por todos, WESTERMANN, *Sachenrecht*, Heidelberg, 1998, p. 27).

derechos reales. Esa demostración le condujo, dando un paso adelante, a negar el efecto transmisivo del pago de lo indebido. Tal conclusión se ha convertido en mayoritaria en la doctrina¹⁴.

La argumentación es lineal y parte de la demostración que se ha hecho de la causalidad del sistema. En España, la propiedad se transmite por la conjunción de un título y un modo; título será exclusivamente, y este es el eje de la teoría de Lacruz, el contrato o relación obligatoria válido orientado a la transmisión de la propiedad¹⁵. Su falta determinará la carencia de efecto transmisivo de la entrega. Aceptado lo anterior, se concluye que el pago de lo indebido no podrá obrar la transmisión, pues falta precisamente la obligación previa. Su efecto será un mero traspaso posesorio. El *solvens* seguirá siendo propietario de la cosa, y no habrá perdido la reivindicatoria.

Para Lacruz y los seguidores de esta tesis, la regulación de los artículos 1895 y siguientes del Código Civil nada obsta a esto, pues no prejuzga la transmisión o no de la propiedad, que se resolverá de acuerdo con los principios vistos. Pero la falta de efecto transmisivo y que el *solvens* tenga la reivindicatoria no hará inútil la regulación del cobro de lo indebido, que cumplirá dos funciones: de modo general, concede al *solvens indebiti* una *condictio possessionis*, alternativa con la reivindicatoria que no ha perdido. Dicha *condictio possessionis* no será en modo alguno superflua pues presenta como ventaja, respecto a la reivindicatoria, el prescindir de la prueba del derecho de propiedad en el que paga, ya que no se funda en la propiedad, sino en la desposesión sin causa del *solvens*, independientemente de que fuera o no propietario¹⁶. Además, la regulación del cobro de lo indebido da lugar, en determinados casos excepcionales en que no cabe ya reclamar la cosa, a una acción de enriquecimiento contra el *accipiens*; son supuestos en que la reivindicatoria resulta excluida, y sólo cabe la *condictio indebiti* como acción de enriquecimiento. En ellos, pese a que el cobro de lo indebido no había operado la transmisión de la propiedad, por faltar la obligación previa, se ha producido posteriormente una pérdida de propiedad del *solvens*, bien porque la cosa se ha perdido o destruido en manos del *accipiens*, bien porque se ha producido una de las llamadas «atribuciones patrimoniales impropias»¹⁷.

¹⁴ LACRUZ, *Pago de lo indebido y transmisión de la propiedad*, pp. 11 ss.; BALLARÍN HERNÁNDEZ, *El cobro de lo indebido*, Madrid, 1985; GULLÓN BALLESTEROS, «Cobro de lo indebido», en *Estudios de Derecho civil en honor del Profesor Batlle Vázquez*, Madrid, 1978, pp. 379 ss.; SANTOS BRIZ, «Comentarios al artículo 1895», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por ALBALADEJO, tomo XXIV, Madrid, 1984, p. 76.

¹⁵ LACRUZ, *Pago de lo indebido y transmisión de la propiedad*, p. 345.

¹⁶ *Ibidem*, pp. 359 ss.

¹⁷ Atribuciones patrimoniales impropias son las que se producen cuando, por confusión o comixión de cosas fungibles, se pierde la individualidad de lo mezclado, fundamen-

Si se acepta esta tesis quedan por resolver dos cuestiones. La primera de tipo textual: admitido que el pago de lo indebido no transmite, ¿cuál es el sentido del inciso final del artículo 1897, donde se establece que si el *accipiens* de buena fe la hubiese enajenado «restituirá el precio o cederá la acción para hacerlo efectivo»? Porque lo que parece implicar esta frase es que el tercero se ha convertido en propietario y no hay acción contra él; la explicación más lógica a esa adquisición de propiedad del tercero es que a su vez ha adquirido de propietario; pero eso supondría una contradicción con la falta de efecto transmisivo del pago de lo indebido que defienden estos autores.

La segunda cuestión es de tipo material. Si se acepta que el pago de lo indebido no transmite, el *solvens* podrá reivindicar la cosa aunque se encuentre en manos de un tercero. Si se produce tal reivindicatoria, el tercero podrá a su vez demandar por evicción al *accipiens indebiti* de buena fe que le transmitió a título oneroso; la responsabilidad de tal *accipiens* estará entonces agravada respecto a la que impone el artículo 1897, pues no sólo deberá devolver el precio, como prevé ese artículo, sino lo señalado para el caso de evicción (*vid.* art. 1478). Resultará entonces que, admitida la reivindicatoria contra el tercero, lo que en sí es lógico si el pago de lo indebido no transmite, el *accipiens* de buena fe va a cargar con unas responsabilidades agravadas, en contra de la clara intención del legislador, expresada en el artículo 1897, de que sólo responda en lo que se enriqueció. Este problema no surgiría si se admitiese el efecto transmisivo del pago. Se exige buscar una solución que, sin admitir ese efecto, evite el problema.

Por eso, dentro de esta tesis que niega el efecto transmisivo del pago de lo indebido, se han propuesto diferentes interpretaciones para explicar el inciso final del 1897 sin contradecirse con las premisas de las que parten; dos de ellas pretenden a la vez resolver el problema a que daría lugar la evicción.

1.3.1 El inciso final del artículo 1897 como aplicación del artículo 464

Roca Sastre y Gullón Ballesteros entienden que el final del artículo 1897 se aplica a los casos en que el tercero viene protegido por una adquisición *a non domino* de cosa mueble en virtud del artículo 464 del Código Civil¹⁸. La explicación presenta varios

to de la reivindicabilidad, y sólo cabe reclamar un *tantum* del mismo género (*vid.* LACRUZ, *Pago de lo indebido y transmisión de la propiedad*, pp. 352 ss.).

¹⁸ ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, tomo I, Barcelona, 1954, p. 717. GULLÓN BALLESTEROS, *Cobro de lo indebido*, p. 380. Este último autor opina que lo previsto al final

problemas: primero que queda a expensas de aceptar la interpretación germanista del 464, cuestión más que discutible, de la que he de tratar en el epígrafe cuarto; segundo, que en caso de que el tercero no venga cubierto por el 464 y el *solvens* le reivindique la cosa, el *accipiens* responderá por evicción, con una responsabilidad agravada respecto a la prevista por el artículo 1897¹⁹. Además, supone forzar el texto del 1897, que establece llanamente que si el *accipiens* de buena fe la hubiese enajenado «restituirá el precio o cederá la acción para hacerlo efectivo», sin condicionar esto a que entre en acción una adquisición de buena fe del tercero.

1.3.2 El inciso final del artículo 1897 como norma de eficacia *inter partes*

Una segunda solución propone Ballarín Hernández. Para él la frase final del 1897 no obsta en modo alguno la reivindicatoria del *solvens indebiti* frente al tercer adquirente. La frase no declararía que el tercero sea propietario, ni que resulte amparado frente a la reivindicatoria, pues no es una norma de terceros. La normativa del cobro de lo indebido en el Código Civil regula únicamente las relaciones obligacionales entre *solvens* y *accipiens indebiti*, no los efectos reales, que se determinarán por las reglas propias del sistema de transmisión de la propiedad²⁰. Por tanto, dado que el sistema español es de título y modo, el pago de lo indebido no transmitirá el dominio, el tercer adquirente tampoco será propietario, y el *solvens* podrá emplear contra él la reivindicatoria. Al *solvens* corresponde entonces un concurso alternativo de acciones: puede reclamar del *accipiens* de buena fe que le restituya el precio o ceda la acción para hacerlo efectivo, conforme al artículo 1897, renunciando entonces a la reivindicatoria contra el tercero; pero puede también reivindicar frente al tercero, pues el 1897 propiamente no se lo impide²¹. Esa es precisamente la solución predicada por la doctrina francesa (Demolombe, Marcadé, Laurent) para los artículos paralelos del Código Napoleón²².

La misma doctrina francesa entiende que el artículo 1380 del *Code civil*, de expresión parecida al problemático inciso final

del 1897 se puede aplicar también a adquisiciones de un tercero protegidas por el 34 LH; pero considero prácticamente imposible que se den pagos de lo indebido inscritos en el Registro, pues dada la intervención de Notario y la función calificadoradora del Registrador se advertiría el error, que además no se produciría ya en el pago (entrega) sino en el mismo contrato (título).

¹⁹ LACRUZ, *Pago de lo indebido y transmisión de la propiedad*, p. 357.

²⁰ BALLARÍN HERNÁNDEZ, *El cobro de lo indebido*, pp. 41 ss.

²¹ *Ibidem*, pp. 155 ss.

²² *Ibidem*, pp. 18 ss.

del 1897 español, viene a salvar el problema a que daría lugar la evicción producida por la reivindicatoria del *solvens*. Declara ese artículo que «si aquel que ha recibido de buena fe ha vendido la cosa, no debe restituir más que el precio de la venta». Según los autores franceses el artículo cumple una doble función, o, mejor dicho, funciona a dos bandas, según de donde proceda la demanda: si el *solvens* renuncia a reclamar del tercero, y acciona contra el *accipiens*, éste «no debe restituir más que el precio de la venta»; e igualmente si el *solvens* reivindica del tercero y vence, el *accipiens*, frente a la demanda de evicción del tercero, tampoco debe restituir más que el precio de la venta. Proceda de donde proceda la acción, el 1380 del *Code* limita la responsabilidad del *accipiens* de buena fe.

La misma interpretación es la que postula Ballarín para la frase final del 1897 español. Sea demandado el *accipiens* de buena fe por parte del *solvens*, sea demandado a causa de evicción por el tercero, su responsabilidad se limita al precio recibido²³.

La idea es brillante, pues salva con el 1897 el problema a que daría lugar la evicción. Pero hay varias dificultades para admitirla: para el derecho francés, tal interpretación del artículo 1380 del *Code* es posible; la francesa es una norma escueta, que no expresa más que lo arriba indicado, y en la que no se aclara a quién debe restituir el precio el *accipiens* de buena fe. Pero trasladada al Derecho español, no encaja con la letra del artículo 1897, pues no es idéntico al 1380 francés. El 1897 está tratando de la obligación de restituir del *accipiens* al *solvens*. Al decir que «si la hubiese enajenado, restituirá el precio o cederá la acción para hacerlo efectivo», la referencia a la acción alude claramente a que la norma está prevista para el caso de demanda del *solvens*, pues esa acción no puede ser otra que la del vendedor. Si, como postula Ballarín, los artículos 1895 y siguientes sólo regulan la relación obligacional entre *solvens* y *accipiens*, no creo quepa aplicar el final del 1897 a la relación *accipiens*-tercero.

Si se admite la reivindicatoria del *solvens* frente al tercero, con la consiguiente evicción, el *accipiens* de buena fe no puede quedar protegido frente a las consecuencias de la evicción por el inciso final del 1897, pues esa frase, como se demuestra por las anteriores del artículo y por su referencia a la acción, sólo piensa en la demanda del *solvens*, y no en absoluto en la del tercero. Ello obliga a buscar otras soluciones a la frase final del artículo 1897, a fin de amparar la situación del *accipiens* de buena fe.

²³ BALLARÍN HERNÁNDEZ, *El cobro de lo indebido*, p. 161.

1.3.3 El inciso final del artículo 1897 como supuesto especial de adquisición *a non domino*

Lacruz, Santos Briz, Miquel y Hernández Gil opinan que el 1897 recoge un supuesto especial de adquisición *a non domino*²⁴. Quien recibe de buena fe del que cobró indebidamente, se hace propietario, y queda excluido de la reivindicatoria del *solvens*. De este modo, el 1897 constituye una norma especial de protección de terceros. Se apoyan para ello en García Goyena, quien en el comentario a la norma paralela del Proyecto de 1851, el artículo 1896, da como explicación de esa regulación que «en el que paga lo que no debe hay siempre algo de negligencia, o por lo menos un error que debe imputarse a sí mismo, y del que no debe ser víctima el comprador de buena fe: en los demás casos, el dueño que reclamaba la cosa no fue quien la entrego, aquí sí»²⁵.

Esta teoría resuelve ciertamente el problema de la evicción, que no podrá darse. Parece que puede cuadrar con el texto y cuenta con el refrendo de García Goyena. Con todo, creo que debe ser rechazada, por diversas razones. Por un lado, no creo que el Código Civil recoja de modo general un principio de protección de los terceros adquirentes *a non domino*, del que el artículo 1897 sería una muestra. Pienso más bien que el Código desconoce las adquisiciones *a non domino*²⁶. Admitirla ahora excepcionalmente, a fin de salvar los problemas vistos a que da lugar la tesis del efecto no transmisivo del pago de lo indevido al *accipiens* de buena fe, no me parece el mejor expediente.

Por otra parte, sólo con un esfuerzo interpretativo se puede entender la frase final del 1897 como una norma que establezca una adquisición de buena fe *a non domino*. El texto sólo dice que «el que de buena fe hubiese aceptado un pago indevido de cosa cierta y determinada, [...] si la hubiese enajenado, restituirá el precio o cederá la acción para hacerlo efectivo». La única buena fe que se cita es la del *accipiens indebiti*, para nada la del tercero. Entendido el texto

²⁴ LACRUZ, *Pago de lo indevido y transmisión de la propiedad*, p. 357; SANTOS BRIZ, *Comentario del artículo 1897*, p. 84; MIQUEL, *La posesión de bienes muebles*, Madrid, 1979, pp. 428 ss. y 438; HERNÁNDEZ GIL, «De nuevo sobre el artículo 464 del Código Civil», *RDP*, 1945, p. 427.

²⁵ Se apoyan a favor de esta teoría en el argumento histórico y, en particular, en GARCÍA GOYENA, LACRUZ (*Pago de lo indevido y transmisión de la propiedad*, pp. 350 y 356) y SANTOS BRIZ (*Comentario del artículo 1897*, p. 84).

²⁶ En el mismo sentido, VALLET DE GOYTISOLO, *La buena fe, la inscripción y la posesión en la mecánica de la fe pública*, p. 936; JORDANO BAREA, *La teoría del heredero aparente y la protección de los terceros*, p. 706; MIQUEL, *La posesión de bienes muebles*, pp. 403 ss. En contra, y a favor de que el Código Civil contiene un principio favorable a las adquisiciones basadas en la apariencia, HERNÁNDEZ GIL, *De nuevo sobre el artículo 464 del Código Civil*, pp. 426 ss.

como adquisición *a non domino*, sería una adquisición *a non domino* de tercero, pero basada no en la buena fe del tercero sino en la del *non dominus* enajenante: un supuesto de hecho realmente curioso. De ser así, el texto traería como consecuencia la adquisición de la propiedad por quien recibe de mala fe de un no propietario que es de buena fe. Lo insostenible de este resultado obliga a integrar en el supuesto de hecho, pese a que el 1897 no alude a él, el requisito de la buena fe del tercero, como han hecho los autores que defienden esta teoría. De ese modo, lo que se requerirá ahora es una cadena de adquirentes de buena fe, en la que sólo el segundo se hace propietario: adquirirá la propiedad *a non domino* el que reciba de buena fe de un *accipiens indebiti* que a su vez lo sea de buena fe.

Con esa corrección, la interpretación que se hace del artículo resulta más sostenible. Pero entonces lo que no se entiende es por qué se da a favor del adquirente de buena fe del *accipiens indebiti* de buena fe y no del adquirente de buena fe del *accipiens indebiti* de mala fe. Si aceptamos la razón de García Goyena, «en el que paga lo que no debe hay siempre algo de negligencia, o por lo menos un error que debe imputarse a sí mismo, y del que no debe ser víctima el comprador de buena fe», la protección debiera darse a favor de todo el que adquiere de buena fe del *accipiens indebiti*, independientemente de la buena o mala fe de éste, pues esa buena fe no fundamenta la adquisición *a non domino*. Sin embargo, es claro que la protección sólo se da si se recibe de un *accipiens* de buena fe, pues el 1896 no prevé nada para el caso de que el *accipiens* de mala fe enajene a un tercero, y no hay duda de que cabe entonces la reivindicatoria contra tercero.

Por lo dicho, la tesis de la adquisición *a non domino* no me parece convincente: ni cuadra con el sistema general del Código —que desconoce esas adquisiciones—, ni con el texto del artículo y ni siquiera con la *ratio legis* de esas adquisiciones *a non domino*.

1.4 LA TEORÍA DE LA CAUSA SOLVENDI

Hemos visto las dificultades que se producen para explicar la regulación del pago de lo indebido en el Código Civil, y en particular el inciso final del artículo 1897, partiendo de la falta de eficacia transmisiva del pago de lo indebido. Fruto de esas dificultades es que una serie de autores —Díez-Picazo, Vila Ribas, Badosa— hayan buscado otra explicación a esta regulación²⁷. Tratan de compati-

²⁷ DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, III, Madrid, 1995, pp. 792 ss., 798; «La tradición y los acuerdos traslativos en el Derecho español», pp. 555 ss.;

lizar la causalidad del sistema español, que aceptan, con el efecto transmisivo del pago de lo indebido. Para ello tienen que negar el paso que conducía a la doctrina antes expuesta de la causalidad a la falta de eficacia transmisiva del pago de lo indebido: la equiparación entre causa de la tradición y contrato u obligación previa, eje de la teoría que critican.

Para estos autores, la causa no equivale al contrato o relación obligatoria, sino que causas de la tradición serán la *causa donandi*, *credendi* y *solvendi*. La transmisión de la propiedad dependerá, en cada caso, de la existencia del acuerdo de donación, de crédito o de pago. Pero así como en las entregas *donandi causa* o *credendi causa* es la donación o el crédito mismo el que determina la eficacia transmisiva de la *traditio*, pues la donación o el crédito coinciden con el acuerdo de donación o de crédito, en las entregas producidas *solvendi causa* será ese acuerdo o voluntad solutoria el que produzca la transmisión, independientemente de que exista o no la obligación que se pretenda cumplir. La eficacia del pago no dependerá de la obligación previa, sino de la existencia del acuerdo de pago que se intercala entre obligación y entrega. La *traditio solvendi causa* transmitirá la propiedad aunque falte la obligación previa, pues tiene como causa el pago, si bien procederá entonces la *condictio indebiti* para operar la retransmisión de lo indebidamente pagado (arts. 1895 ss. del Código).

En favor de su doctrina aportan un fuerte argumento: según ellos, apoyándose en las afirmaciones de los modernos romanistas, tal era el sistema existente en el Derecho romano clásico²⁸. No tendría nada de extraño, por tanto, que el Código Civil español hubiese aceptado tal sistema, pues nuestro Derecho tiene por base el romano. La equiparación entre causa y obligación no es más que una derivación de la doctrina causalista, propia de la Edad Media, pero que no fue asumida por nuestro Código.

Pero, aparte del argumento histórico, encuentran en el Código diferentes artículos en los que ven acogido ese sistema. Por un lado, en la regulación del cobro de lo indebido, que tiene precisamente explicación en la especial naturaleza de la *causa solvendi*, donde causa no es la obligación antecedente sino el acuerdo de pago, y donde la falta de la obligación no impide la transmisión, sino que provoca la obligación de retransmitir lo indebidamente cobrado.

VILA RIBAS, *El pago de lo indebido y la transmisión de la propiedad por tradición en el sistema del Código Civil español*; BADOSA COLL, «Comentario del artículo 1095», en *Comentario del Código Civil*, II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pp. 22 ss.

²⁸ VILA RIBAS, *El pago de lo indebido y la transmisión de la propiedad por tradición en el sistema del Código Civil español*, pp. 181 ss.

A favor de la naturaleza causal de la *solutio* respecto a la *traditio*, con independencia de la obligación preexistente, se aduce también el artículo 1160 del Código Civil, que no exige otro requisito para la validez del pago que la libre disposición de la cosa debida y capacidad para enajenarla. Conforme con esa norma, la inexistencia de la obligación previa no obstaría la validez y eficacia del pago²⁹. Como ya dije, dicha norma fue alegada también por Pérez González y Alguer en favor de la transmisión abstracta³⁰.

El sistema de transmisión de los derechos reales, para algunos partidarios de esta tesis, no se encontraría tanto en el artículo 609 del Código Civil, sino en otras normas del mismo texto legal. Para Vila Ribas, en el artículo 1901, en cuanto que recoge el sistema de las *iustae causae traditionis*³¹. Para Badosa, en el 1095 y 1895 y siguientes³².

Dejando por ahora de lado el argumento histórico, los textos del Código Civil no avalan esta teoría. El mantenimiento de la regulación de la *condictio indebiti* en los artículos 1895 y siguientes del Código Civil no es consecuencia de una caracterización especial de la *causa solvendi*, sino algo común a todos los Derechos europeos, aun a los que, como el francés, no admiten el efecto transmisivo del pago de lo indebido, cuya explicación es el apeamiento a la tradición romanista³³.

El artículo 1160 tampoco fundamenta el carácter abstracto del pago, pues en palabras de Lacruz, «no prejuzga la necesidad o no de una causa del pago; determina dos condiciones necesarias del mismo, pero sin estatuir que esas dos condiciones son suficientes»³⁴. Más aún si se tiene en cuenta que el propio artículo comienza hablando precisamente de la obligación, presuponiéndola como requisito del pago: «en las obligaciones de dar no será válido el pago...». Los requisitos de la adquisición de la propiedad por tradición son el título, el modo, adquirir de propietario y la capacidad para adquirir y transmitir. Si el 1160 cita los dos últimos requisitos no es porque prescinda de los otros, lo mismo que el 609 sólo alude a los primeros. El 1160 no recoge una abstracción de la *causa solvendi*, sino que se centra en la exigencia de que el transmitente sea propietario de la cosa y tenga capacidad de enajenarla. Sus prece-

²⁹ VILA RIBAS, *El pago de lo indebido y la transmisión de la propiedad por tradición en el sistema del Código Civil español*, pp. 54 ss.

³⁰ PÉREZ GONZÁLEZ/ALGUER, anotaciones a ENNECCERUS/KIPP/WOLFF, p. 392.

³¹ VILA RIBAS, *El pago de lo indebido y la transmisión de la propiedad por tradición en el sistema del Código Civil español*, pp. 148 ss., 262 ss.

³² BADOSA COLL, «Comentario del artículo 1095», p. 23.

³³ En ese sentido, KUPISCH, «Causalità e astrattezza», en *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica*, a cura di L. VACCA, tomo II, Milán, 1991, p. 441; ídem, *Ungerechtfertigte Bereicherung*, Heidelberg, 1987, p. 33.

³⁴ LACRUZ, *Pago de lo indebido y transmisión de la propiedad*, p. 350.

dentes en Derecho romano, en la doctrina de Pothier y en el Código Napoleón así lo confirman³⁵.

Tampoco me parece que los artículos 1095 o 1901 recojan un sistema de adquisición de la propiedad basado en la *causa credendi, donandi y solvendi*, y en el que esta última implique una abstracción respecto a la obligación. El artículo 1095 no va más allá, en este punto, que a establecer la necesidad de la tradición. El 1901 se refiere a las presunciones de error en el pago, y alude por este medio a las causas que justifican este pago. Pero no establece un sistema especial de transmisión de propiedad, ni puede entenderse que la expresión «otra causa justa» aluda a la *causa solutionis*, pues, de acuerdo con el artículo, esa otra causa justa lo que hace es demostrar que no hubo error e impedir la repetición, mientras que la *causa solutionis* carente de obligación precisamente abre la puerta a la *condictio* recuperatoria a causa del error en el pago³⁶.

Además, se debe tener en cuenta que admitir esa peculiar naturaleza de la *causa solutionis*, abstracta respecto a la obligación previa y que engloba también la compraventa —que en Roma tenía su propia causa, la *causa emptiois*—, significa de hecho convertir el sistema español de transmisión de los derechos reales en abstracto, puesto que las atribuciones *solvendi causa* son, con mucho, las más frecuentes³⁷.

En conclusión, creo que la explicación de la normativa del cobro de lo indebido no puede ser una supuesta peculiaridad de las

³⁵ Sobre el artículo 1160 y sus precedentes, MIQUEL, *La posesión de bienes muebles*, pp. 407 ss.; allí recoge en parte un trabajo inédito suyo, escrito en 1970, que el autor me ha permitido manejar: *El artículo 1160 del Código Civil español: sus principales problemas de interpretación*. También sobre el artículo 1160 MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, *Pago y transmisión de propiedad (el art. 1160 del Código Civil)*, Madrid, 1990.

³⁶ La explicación de SANCHO REBULLIDA al artículo, y a su referencia a la otra causa justa, me parece acertada: «la presunción de que hubo error en el pago cuando se entregó cosa que nunca se debió o que ya estaba pagada, significa: que tal prestación carecía de causa onerosa, por cuanto no existía contraprestación o contrapromesa (nunca se debió) o que, si existió, la correspectiva ya se había cumplido (o que ya estaba pagada); ahora bien, no habiendo causa onerosa de la prestación, el artículo 1901, conforme al 1274, prevé que haya causa gratuita, por lo cual concede al *accipiens* la posibilidad de probarla (puede probar que la entrega se hizo a título de liberalidad); y todavía el artículo 1901 prevé la hipótesis de que, no habiendo causa onerosa ni gratuita, exista causa y, de consiguiente, *soluti retentio*, bien por existir un previo deber moral atípico (obligaciones naturales) o bien por existir un deber social legalmente tipificado (deudas de juego, art. 1798, etc.); casos en los que igualmente concede al *accipiens* que pueda probar esta causa (no otro puede ser, después de lo anterior, el sentido de la expresión legal “o por otra justa causa”). Cuando la prestación carece de toda causa hay un enriquecimiento injusto (sin causa) y la atribución es repetible: artículos 1895 y siguientes». (SANCHO REBULLIDA, «La causa de la obligación», *RGLJ*, 1971, pp. 661 ss; también en sus *Estudios de Derecho civil*, I, Pamplona, 1978, p. 149, de donde tomo la cita).

³⁷ En el mismo sentido, LACRUZ, *Pago de lo indebido y transmisión de la propiedad*, p. 349.

entregas *solvendi causa*, que las haría independientes de la obligación, por más que tal fuese el sistema romano.

1.5 REMISIÓN AL ARGUMENTO HISTÓRICO Y COMPARADO

Con esto se cierra la enumeración y descripción de teorías que se han propuesto para explicar la contradicción entre causalidad del sistema español de transmisión de la propiedad y el efecto transmisivo del pago de lo indebido al que parece conducir el final del artículo 1897 del Código Civil.

Deja, al menos en mi opinión, una cierta insatisfacción. Ninguna de las teorías propuestas me parece que sea la acogida por el Código. Pero, según hemos ido viendo, hay un punto en el que casi todas ellas coinciden: apelar a la historia o al derecho de sistemas cercanos para avalar sus argumentos. La abstracción alega que el efecto transmisivo del pago de lo indebido y la correspondiente naturaleza personal de la *condictio indebiti* es algo tradicional en nuestro Derecho; la tesis causalista parte de la aceptación por el Derecho español del sistema causal de título y modo, tal como se forjó en la historia; Ballarín se remite a la solución aceptada por el Derecho francés, el más influyente sin duda en el momento de la Codificación española; Lacruz y los partidarios de la adquisición *a non domino* aducen que esa fue la fórmula propugnada por García Goyena; y los partidarios de admitir una *causa solutionis* independiente de la obligación o el contrato argumentan que ese fue el sistema admitido por el Derecho romano.

Vistas así las cosas, me parece ineludible analizar con cierto detalle el proceso de formación de las instituciones que ha dado lugar a la antinomia entre *traditio* causal y el supuesto efecto transmisivo del pago de lo indebido que parece recoger nuestro Código. Solamente esa visión retrospectiva puede arrojar luz a la hora de determinar qué sistema quiso o pudo recoger el Código y cómo se explica la contradicción citada.

2. LA TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD EN LA HISTORIA Y DERECHO COMPARADO

2.1 LOS CONTRADICTORIOS TESTIMONIOS DE DERECHO ROMANO

Si del Derecho español vigente pasamos a estudiar el efecto transmisivo del pago de lo indebido en los textos que nos han llega-

do del Derecho romano, se descubre que suscitan y han suscitado parecidas perplejidades que la regulación del Código Civil. Consecuencia de ello es que la cuestión de la causalidad o abstracción del sistema romano de transmisión de la propiedad haya sido una de las más controvertidas de toda la historia del Derecho³⁸.

Es claro que ni en el Derecho romano clásico ni en el justinianeo la propiedad se transmitía por la sola voluntad, sino por medio de la entrega (C. 2,3,20; Inst. 2,1,40; Paul. D. 15,1,18); en cambio, es sumamente confusa la relación existente en las fuentes romanas entre la entrega y el acuerdo causal llamado *iusta causa*.

El *Corpus Iuris Civilis* contiene sobre esta cuestión una serie de textos aparentemente contradictorios. Por un lado, existen varios pasajes del Derecho romano de los que se deduce que la *traditio* requiere de una *iusta causa*, respecto a la que se encuentra en una relación de dependencia (Paul. D. 41,1,31, pr; Epitome Ulpiani 19,7; Gai. 2,19-20). El primero de ellos, tal vez el más claro y conocido respecto a esta cuestión, afirma:

Numquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio aut aliqua iusta causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur.

El texto parece consagrar la dependencia de la transmisión de la propiedad respecto a la *iusta causa*, al afirmar que la simple entrega no transfiere la propiedad, sino cuando haya precedido una venta u otra causa a la que siga esa tradición. Conforme con el sentido global de este y los otros textos, la entrega transmitiría la propiedad si concurre una causa eficaz, como eran para los juristas romanos la compra, pago, crédito, donación y dote (*causa emendi, solvendi, credendi, donandi, dotis*). La tradición sería causal, y la falta de una *iustae causae traditionis* determinaría la falta de efecto transmisivo de la entrega y la procedencia de la reivindicatoria del *tradens* para recuperar la cosa que nunca salió de su propiedad.

Sin embargo, la causalidad del sistema romano que afirman esos textos parece contradicha por otros pasajes de la compilación justiniana, que acercan el romano a un sistema abstracto, donde la transmisión sería independiente de la concurrencia o no de una *iusta causa traditionis*. La impugnación más fuerte de la causalidad proviene de numerosos textos recogidos en el Título 12,6 del Digesto, referente a la *condictio indebiti*. Como es sabido, la *condictio* era la acción empleada en Roma para exigir del demandado una transmisión de propiedad; el hecho de accionar con la *condictio*

³⁸ Sobre las aparentes contradicciones en los textos romanos, y las posibles vías de conciliación que se han sucedido en la historia, KUPISCH, *Causalità e astrattezza*, pp. 433 ss. También KUNKEL/MAYER-MALY, *Römisches Recht*, Berlín, 1987, pp. 157 ss.

excluía precisamente la propiedad del demandante, pues sólo quien se reconocía como no propietario podía exigir la transmisión³⁹. La *condictio indebiti*, en concreto, se empleaba por el que pagó algo indebidamente para exigir la retransmisión de la propiedad de lo pagado. Pues bien, en este Título del Digesto, y junto a pasajes relativos al pago de obligaciones condicionales o naturales, figuran muchos otros en los que la *condictio indebiti* procede para exigir la repetición de lo pagado por error en virtud de una obligación inexistente.

Dado que el ejercicio de la *condictio* presupone la pérdida de propiedad del demandante, parece contradictorio este régimen de la *condictio indebiti* con los textos antes vistos que exigen para la transmisión la concurrencia de la *iusta causa traditionis*, pues no parece compatible con la causalidad de la *traditio* el que el pago por error de una obligación inexistente produzca la pérdida de propiedad del *tradens*: la falta de la obligación debiera determinar precisamente la falta de efecto transmisivo de la *traditio*. Es decir, dar lugar a una reivindicatoria y no a una *condictio indebiti*, que habla a favor de la abstracción del sistema. En cualquier caso, los textos romanos establecen que si el *accipiens indebiti* era de mala fe, por conocer el carácter indebido del pago, no se hace propietario y comete hurto (Pomp. D. 47,2,44, pr; Ulp. D. 47,2,43, pr; Scaev. D. 13,1,18; Pap. D. 12,6,55)⁴⁰.

El hecho de que el pago de lo indebido transmita la propiedad al *accipiens*, a no ser éste de mala fe, tiene una fundamental consecuencia práctica: el tercer adquirente del *accipiens* adquiere *a domino*, y por ser la *condictio* una acción personal, no puede ser demandado por el *solvens indebiti*. Éste tendrá sólo acción contra el *accipiens* para exigirle la devolución de aquello en que se hubiera enriquecido (Ulp. D. 12,6,26,12).

³⁹ D'ORS, «Los precedentes clásicos de la llamada *condictio possessionis*», *AHDE*, 1961, pp. 629 ss.

⁴⁰ Pomp. D. 47,2,44, pr: «Si un falso procurador del acreedor cobró de un tercero por delegación del deudor, ese procurador responderá por hurto y el dinero seguirá siendo del deudor».

Ulp. D.47,2,43, pr: «Si un falso acreedor, es decir, el que se finge tal, cobrara algo, comete hurto y el dinero no se hace suyo».

Scaev. D. 13,1,18: «Teniendo en cuenta que comete hurto el que hubiese aceptado unas monedas a sabiendas de que no se le debían, hay que ver, cuando paga indebidamente el procurador de un deudor con sus propias monedas, si es él la víctima del hurto. Pomponio 8 epist., dice que puede demandar él a causa del hurto, pero también yo "el deudor", si ratificará el pago indebido, puedo demandar por la condición "de pago indebido", aunque una condición excluya a la otra».

La traducción de los textos del Digesto la tomo de D'ORS ET AL., *El Digesto de Justiniano*, Pamplona, 1968-75. Sobre el hecho de que el pago de lo indebido a un *accipiens* de mala fe no transfiera la propiedad, KASER, «Zur iusta causa traditionis», en *Bulletin dell' Instituto di Diritto Romano «Vitorio Scialoja»*, 1961, pp. 76 ss.

En pro de la abstracción habla, aparte de la *condictio indebiti*, una serie de textos que omiten la mención de la causa como requisito de la transmisión. Esta parece ser consecuencia de la concorde voluntad de transmitir y adquirir, independientemente de la existencia o validez de una causa precedente (Inst. 2,1,40; C. 4,50,9). Además, hay un conocido pasaje de Juliano, contradictorio con otro de Ulpiano, en el que el primero, a diferencia del segundo, sostiene la independencia del efecto transmisivo de la propiedad respecto a la existencia de una justa causa (D. 41,1,36 y D. 12,1,18, pr).

A lo anterior hay todavía que sumar la controversia existente en los textos romanos sobre la validez del título en la usucapión. Los juristas romanos parecen exigir, en principio, la validez del acto o contrato que sirve como justo título de la usucapión (Paul. D. 41,6,1, pr; Pap. D. 41,8,2-3)⁴¹. Pero hay numerosos testimonios de Derecho romano favorables a admitir como justo título de la usucapión un título putativo; es decir, favorables a que la errónea creencia en la existencia y validez de un acto o contrato pueda servir, en determinados casos, típicamente cuando se adquirió de un impúber o un incapaz, como justo título para la usucapión, relajando así la exigencia general de validez del título (ver como ejemplo, entre otros textos, Paul. D. 41,4,2,15-16; Ulp. D. 6,2,7,2; Paul. D. 41,3,13,1)⁴². Nada dicen los textos del *Corpus Iuris* sobre la admisibilidad como *iusta causa traditionis* de una causa putativa o errónea. Pero si se tiene en cuenta que

⁴¹ Paul. D. 41,6,1, pr: «Puede usucapir “como donado” aquel a quien se ha entregado algo a causa de donación, y no basta que se lo crea, sino que debe habersele donado». Paul. D. 41,8,2: «Si poseo alguna cosa que creía me había sido legada no siéndolo, no podré usucapir “como legado”».

Pap. D. 41.8.3: «Como tampoco si alguien creyera haber comprado lo que no había comprado».

⁴² Paul. D. 41,4,2,15-16: «Si yo hubiera comprado de un pupilo sin la autoridad del tutor, porque creía que aquél ya era púber, diremos que procede la usucapión, de manera que vale más aquí lo que se cree que la realidad; mas si sabes que es pupilo pero te crees que los pupilos pueden administrar sus cosas sin la autoridad del tutor, no podrás usucapir porque el error de derecho no vale para nadie. Si yo hubiera comprado de un loco que yo creía estar en su cabal juicio, se admite por razón de conveniencia práctica que puedo usucapir, aunque la compra sea nula y no tenga acción por la evicción, ni me competa la Publiciana, ni la accesión de la posesión».

Ulp. D. 6,2,7,2: «Escribe Marcelo, 17 dig., que el que compra algo a un loco ignorando que lo es, puede usucapir; en consecuencia, tendrá también la acción publiciana».

Paul. D. 41,3,13,1: «Se ha dicho que puede usucapir quien compró algo de buena fe a un loco».

Un detenido estudio de todos los textos referentes al título putativo en la usucapión, en el que se subraya que ningún testimonio se refiere a la admisión de un título putativo en la tradición, MAYER-MALY, *Das Putativtitelproblem bei der Usucapio*, Graz-Colonia, 1962. Más antiguo, e inclinado a ver una evolución histórica hacia una mayor admisibilidad del título putativo, bien refutada por MAYER-MALY, BONFANTE, «Le singole iustae causae usucapionis e il titolo putativo», *Scritti Giuridici Varii*, vol. II, Proprietá e servitú, Torino, 1918, pp. 552 ss.

los textos relativos al justo título de la usucapión son mucho más abundantes que los referentes a la justa causa de la tradición, y que, dado el paralelismo entre usucapión y tradición en cuanto a la exigencia del justo título, hay una tendencia a trasladar las exigencias del justo título de la usucapión en materia de justo título de la tradición, se comprende que se pueda pensar que también en materia de tradición los juristas romanos se inclinaron, en determinados casos, a admitir como justa causa la meramente putativa, es decir, la tenida por existente por el adquirente pero inexistente en la realidad.

Vista esta pluralidad de textos y perspectivas procedentes del Derecho clásico, varios de ellos contradictorios, surge la pregunta: ¿cuál era la actitud de Justiniano y sus colaboradores en cuanto a la exigencia o no de una justa causa para que se opere la transmisión? Lo más probable, como dice Kaser, es que no llegasen a hacerse una idea clara sobre la opinión de los juristas clásicos en este punto, y por ello optaron por compilar conjuntamente esa disparidad de textos. Como se deduce del conjunto, predomina en los compiladores una tendencia hacia la abstracción. Con todo, prefirieron no forzar una coordinación de esos textos que les resultaron inconciliables, y decidieron dejar para la posteridad la resolución del enigma sobre la causalidad o abstracción de la *traditio* romana⁴³.

2.2 LA SOLUCIÓN DEL *IUS COMMUNE*: EL TÍTULO PUTATIVO

Los glosadores de Bolonia fueron los primeros en Occidente que tuvieron que enfrentarse científicamente con los complejos textos del *Corpus Iuris Civilis*. La cuestión relativa a la causalidad o abstracción de la *traditio* respecto a su justa causa fue una de las que primero llamó su atención, pues exigía una composición que salvase las contradicciones y antinomias mencionadas.

Como punto de partida y texto básico aceptaron el ya transcrito de Paulo en D. 41,1,31. La tradición, para operar la transmisión de la propiedad, exigía la concurrencia de una justa causa. Sobre esta base conformaron su doctrina: la transmisión se produce por la concurrencia de un título o causa remota (*iusta causa*) y un modo o causa próxima (*traditio*). La teoría del título y modo se convirtió en la explicación común y aceptada de las fuentes romanas⁴⁴. La transmisión de la propiedad era un proceso com-

⁴³ KASER, *Zur iusta causa traditionis*, p. 97

⁴⁴ Un detallado tratamiento de la exigencia de una justa causa para la tradición en los juristas del Derecho común se encuentra en FUCHS, *Iusta causa traditionis in der roma-*

plejo, que requería de ambos elementos: ni título ni modo, por sí solos, operaban la transmisión de la propiedad, sino que se requería su concurrencia.

La construcción teórica del título y modo permitió a los juristas del *ius commune* desarrollar, innovando en las fuentes romanas⁴⁵, una doctrina propia, como fue la del *ius ad rem*⁴⁶. Con el contrato de compraventa surgía, a favor del comprador, un *ius ad rem*; no todavía un derecho real sobre ella, un *ius in re*, pero sí un derecho de crédito especial, por ser coercible y ejecutable específicamente, a diferencia del resto de obligaciones de *facere* (género al que pertenece la obligación del vendedor, por ser un *tradere*, y no un *dare*). Sobre la base de este *ius ad rem* del comprador, Baldo dio un paso más, y entendió que la acción del comprador daba lugar al cumplimiento específico y a la entrega de la cosa no sólo frente al vendedor renuente, sino también frente a un segundo comprador que supiera de la primitiva venta⁴⁷. Ello suponía dar al título, por ser ya parte del proceso adquisitivo, una eficacia contra tercero, por más que limitada al de mala fe. Los autores del derecho común aceptaron a partir de entonces la construcción del *ius ad rem* como complemento de la doctrina del título y modo⁴⁸.

Con todo, los autores de Bolonia creían en la declaración de autoridad de Justiniano: el *Corpus Iuris Civilis* estaba libre de pasajes contradictorios. Partiendo de este axioma, se exigía encontrar una fórmula que permitiese compatibilizar con esa idea causalista de la *traditio* los textos que en principio aparecían como inconciliables con ella. El punto más controvertido y oscuro en esta materia era la cuestión relativa a la exigencia de una *iusta causa traditionis* y la simultánea remisión a la *condictio indebiti*, que presuponía la pérdida de la propiedad del *tradens* en caso de que se hubiese producido un pago indebido. ¿Por qué siendo ese pago

nistischen Wissenschaft, Basel, 1952. También interesantes observaciones se encuentran en KUPISCH, *Ungerechtfertigte Bereicherung*, pp. 30 ss. En la doctrina española una buena exposición de la doctrina del título y modo, si bien ya algo anticuada, es la de don Jerónimo GONZÁLEZ, «La teoría del título y el modo», *RCDI*, 1925, pp. 81 ss.; y «Desde la teoría del título y el modo al llamado principio del consentimiento», *RCDI*, 1925, pp. 170 ss.

⁴⁵ Cfr. C. 3,32,15, pr-2.

⁴⁶ Sobre el origen del *ius ad rem* y su concepto, MEIJERS, «Le soi-disant *ius ad rem*», en *Etudes d'histoire du droit*, tomo IV, Leyden, 1966, pp. 175 ss.; LANDAU, «Zum Ursprung des *ius ad rem* in der Kanonistik», en *Proceedings of the Third International Congress of Medieval Canon Law*, Città del Vaticano, 1971, pp. 81 ss.; OGRIS, «*Ius ad rem*», en *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, II, Berlín, 1978, col. 490.

⁴⁷ SELLA-GEUSEN, *Doppelverkauf*, Berlín, 1999, pp. 184 ss.

⁴⁸ Un detenido tratamiento de los autores del Derecho común en, SELLA-GEUSEN, *Doppelverkauf*, pp. 193 ss. También WESENER, «Dingliche und persönliche Sachenrechte – *iura in re* und *iura ad rem*. Zur Herkunft und Ausbildung dieser Unterscheidung», *Festschrift Niederländer*, Heidelberg, 1991, pp. 195 ss.

indebido, y por tanto carente de causa, no daba lugar a una reivindicatoria?

Basándose en precedentes anteriores de Irnerio, Azón y otros glosadores, será Accursio el que en su *Glossa ordinaria* brinde una solución para la coordinación entre la exigencia de una *iusta causa traditionis* y la existencia de una *condictio indebiti*, y ofrezca a la vez un concepto de justa causa de la tradición que, a partir de entonces, y hasta las modernas codificaciones, será mayoritariamente aceptado. El texto básico de Accursio en materia de *iusta causa traditionis* será la glosa a la palabra *iusta causa* del pasaje de Paulo recogido en D. 41,1,31, pr, que ya se transcribió en el apartado anterior. Dice así la glosa:

«*iusta causa: vera, vel putativa. alioquin si dicas ex putativa non transferri dominium, totus titulus de condictioni indebiti repugnaret: qui titulus habet locum quando transfertur dominium alicuius rei ex causa putativa*»⁴⁹.

El sentido de la glosa es claro. La justa causa de la tradición puede ser tanto verdadera y existente como putativa y errónea, pero creída existente por el *tradens* y el *accipiens*. Y esta admisión de la causa putativa es necesaria, pues de otro modo no tiene sentido la condición de pago de lo indebido, que tiene lugar precisamente cuando se transfiere el dominio por una causa putativa.

Esta fórmula permitía efectivamente conciliar la necesidad de causa para la tradición con la existencia de la *condictio indebiti*: la *traditio* requería una causa para la transmisión, la obligación o el contrato precedente; ésta podía ser verdadera o putativa; pero la transmisión por una causa putativa daba lugar a una obligación de retransmitir, accionable mediante la *condictio indebiti*.

La doctrina de la causa putativa como suficiente para la transmisión pero insuficiente para la retención del dominio viene sacada de los textos que admiten la causa putativa para la usucapión: según Accursio, el pago en virtud de un título nulo pero creído existente por las partes podía dar lugar a la usucapión si la cosa pagada era ajena; y debía dar lugar a una transmisión y *condictio recuperatoria* si la cosa era propia. Esta doctrina explicaría los pasajes del *Corpus Iuris* que niegan la adquisición de la propiedad al *accipiens* de mala fe (Pomp. D. 47,2,44, pr; Ulp. D. 47,2,43, pr; Scaev. D. 13,1,18; Pap. D. 12,6,55), pues el conocimiento que éste

⁴⁹ *Digestum novum seu Pandectarum Iuris Civilis*, tomus tertius, Venetiis, 1621, col. 436. En el mismo sentido de admitir la causa putativa como suficiente para la transmisión de la propiedad, si bien dando lugar precisamente a una *condictio indebiti*, la glosa *nunc videndum* a la ley primera del Título 12,6 del Digesto, *De condictione indebiti* (*op.cit.*, tomus primus, col. 1530).

tiene de lo indebido del pago excluye precisamente el carácter putativo o erróneo del título.

Esta doctrina de la causa putativa como suficiente para la transmisión pero no para la retención de la propiedad domina desde entonces todas las explicaciones de los autores sobre la coexistencia de una *traditio* causal y una acción personal, la *condictio indebiti*, para el caso de pago de lo indebido⁵⁰. La siguen los principales autores del *ius commune*, con Bartolo y Baldo a la cabeza⁵¹. Y de ellos pasa, sin solución de continuidad, a los autores del renacimiento. Así Andrea Alciato dice: «causa, quae translationi sufficit, sive vera sit, sive contrahentium credulitate pro vera existimetur»; y tratando del error excusable respecto al título, manifiesta: «pro vero sufficit, non solum dominio acquirendo, sed etiam usucapioni»⁵². En la misma línea, pero un paso más allá, irá Donello, en quien Savigny verá un precursor de su doctrina sobre la transmisión abstracta, pues subraya que lo esencial para que se produzca la transmisión no es tanto el error en la causa cuanto la concorde voluntad de transmitir y adquirir⁵³.

La doctrina de la causa putativa como recta explicación y conciliación de los textos romanos llegará hasta los juristas epigonales del Derecho común, a las mismas puertas de la codificación francesa. A ella se suman Vinnio⁵⁴, Voet⁵⁵ y Pothier. Los textos de este

⁵⁰ Todos los autores coinciden que fue la doctrina de la causa putativa la que estuvo vigente desde la Glosa de Accursio hasta la época de las modernas codificaciones para coordinar la causalidad de la *traditio* con la *condictio indebiti*. Vid. FUCHS, *Iusta causa traditionis in der romanistischen Wissenschaft*, p. 41 ss.; KUPISCH, *Ungerechtfertigte Bereicherung*, p. 32 ss.; recientemente, ZIMMERMAN, *The Law of obligations*, Oxford, 1996, p. 867.

⁵¹ Vid. FUCHS, *Iusta causa traditionis in der romanistischen Wissenschaft*, p. 44. La opinión de BALDO parece especialmente clara: «Ultimo quaerit glossa, quare ex inutili contractu transfertur dominium, tamen non oritur obligatio. Respondet glossa, quia obligatio non potest oriri nisi ex legitimo contractu, dominium autem potest transferri ex contractu putativo» (Baldo, a C. 4,50,6). O en otro pasaje: «quod dominii translatio non sequitur ex contractu, tamquam immediata causa, sed sequitur ex voluntate tradentis, qui vult transferre dominium, quod potest transferre etiam ex causa falsa et putativa». Tomo estos textos de FUCHS, *Iusta causa traditionis in der romanistischen Wissenschaft*, p. 49.

⁵² ALCIATUS, *Opera omnia*, tomos I, Basel, 1582, col. 395; y el primer texto, *ibid.*, tomos III, col. 199.

⁵³ Vid. los textos de DONELLO sobre la transmisión de la propiedad, y la interpretación de su pensamiento en, FUCHS, *Iusta causa traditionis in der romanistischen Wissenschaft*, p. 59 ss.

⁵⁴ En su comentario a Inst. 2,1,40, tratando del error en la tradición, y después de haber expuesto el caso del que yerra al pensar que una cosa es suya y no lo es, dice: «nam si quis non erret in re sua, non in ea de qua transferenda agitur, sed in re alia, puta in causa debendi; hic error alinationi non obstat: et ideo indebiti per errorem soluti nulla vindicatio est». (VINNIUS, *In quatuor libros Institutionum Imperialium Commentarius*, Lugduni, 1777, Tomus I, p. 216). A favor de un título putativo también para la usucapción, *op. cit.*, p. 276.

⁵⁵ A su juicio, la *condictio indebiti* procede cuando el *solvens* y el *accipiens* creyeron en la existencia de la deuda: «Deinde ad conditionem indebiti necesse est, ut ignorans solverit indebitum ignoranti: nam si ignorans scienti praestiterit indebitum, conditione

último autor son muy claros en la admisión de la transmisión de la propiedad por un título putativo, que será precisamente la que dé lugar a la acción personal llamada *condictio indebiti*. Pothier, en su *Traité du droit de domaine de propriété*, al tratar de la tradición, en un párrafo titulado *il faut que la tradition soit faite en vertu d'un titre vrai, ou de moins putatif, qui soit de nature à transférer la propriété*, dice así: «La tradition, quoique faite ou consentie par le propriétaire de la chose, qui est capable d'aliéner, n'en transfère la propriété qu'autant qu'elle est faite en vertu de quelque titre vrai ou putatif: *Numquam nuda traditio transfert dominium, sed ita si venditio aut aliqua justa causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur.*[...] Observez qu'un titre, quoiqu'il ne soit que putatif, suffit pour que la tradition que je vous fais de ma chose en conséquence de ce titre, que je me suis fausement persuadé exister, quoiqu'il n'existe pas, vous en transfère la propriété: j'ai seulement, en ce cas, lorsque l'erreur aura été reconnue, une action personnelle contra vous, qu'on appelle *condictio indebiti* ou *condictio sine causa*, pour que vous soyez tenu de me rendre ce que je vous ai donné»⁵⁶.

El pago de lo indebido en virtud de un título putativo dará lugar, por tanto, según la óptica de Pothier, y como hasta entonces, a la transmisión de la propiedad. El tercer adquirente adquiere *a domino*, y no se verá sometido a la acción del *solvens*. Con todo, Pothier introduce una importante novedad, basada según él en la equidad, para el caso de que ese tercer adquirente sea de mala fe o un adquirente a título lucrativo: se concede entonces al *solvens* una *actio utilis in rem*, para reivindicar la entrega de la cosa⁵⁷.

potius furtivae locus est» (VOET, *De conditione indebiti*, núm. 6, en *Commentariorum ad Pandectas*, tomo II, Venetiis, 1847, p. 536). Si el *accipiens* conocía la falta de deuda no hay transmisión de la propiedad, y procede la *condictio furtiva*, que se admite entonces a favor de quien sigue siendo propietario: «Odio furum id jure singulari inductum fuit, quod quis rem suam condicere possit furto subductam, petendo, furem haeredemve ejus condemnari, si apparet eum dare oportere» (VOET, *De conditione furtiva*, núm. 1, en *Commentariorum ad Pandectas*, tomo II, Venetiis, 1847, p. 557).

⁵⁶ POTHIER, *Traité du droit de domaine de propriété*, partie I, chapitre II, section IV, article II, § III, núm. 228-230, en *Oeuvres*, V, Bruxelles, 1831, p. 262. La traducción es la siguiente: «la tradición, incluso la hecha o consentida por el propietario de la cosa, que es capaz de enajenar, no transfiere la propiedad salvo si se hace en virtud de un título verdadero o putativo: *numquam nuda traditio transfert dominium, sed ita aut aliqua iusta causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur.*[...] Obsérvese bien que un título, aunque no sea más que putativo, es suficiente para la transmisión de la propiedad que os voy a hacer en virtud de ese título, del que yo me hallo persuadido falsamente que existe, cuando en realidad no existe; yo tengo solamente, en ese caso, cuando advierta el error en el que he incurrido, una acción personal contra vos, que se llama *condictio indebiti* o *condictio sine causa*, por la que os veréis obligado a devolverme lo que os pague».

⁵⁷ POTHIER, *Traité de l'action condictio indebiti*, section II, article VII, núm. 178-179, en *Oeuvres*, III, Bruxelles, 1831, pp. 79 ss.

2.3 EL CÓDIGO NAPOLEÓN Y LA EVOLUCIÓN FRANCESA

El *Code civil* es heredero de la situación descrita. Napoleón y sus colaboradores recogieron una regulación fruto de la doctrina antecedente, si bien prefirieron no explicitar en el mismo texto legal cuál era la clave que coordinaba transmisión causal y *condictio indebiti*.

En materia de transmisión de la propiedad acentuaron, en cierto modo, el causalismo, dado que hicieron radicar sobre el título toda la virtualidad transmisiva. Es bien conocida la aceptación por parte del *Code* del principio consensual: la propiedad se adquiere por efecto de las obligaciones y sin necesidad de entrega (arts. 711, 938, 1138 y 1583); el obligado se convierte en un no propietario que debe llevar a cabo el traspaso posesorio a favor del adquirente que ya es propietario. Toda la fuerza transmisiva gravita por tanto sobre el título, quedando el modo reducido a un mero traspaso posesorio. Esta admisión de una transmisión meramente consensual viene provocada por una particular evolución del Derecho francés, en la que concurren diferentes factores⁵⁸.

Por su parte, el pago de lo indebido aparece regulado como un cuasicontrato en los artículos 1376 ss. El texto de estos artículos no declara explícitamente el efecto transmisivo o no del pago de lo indebido, y tampoco, en consecuencia, el carácter personal o real de *l'action en répétition*. Pero sí que se deduce de la regulación legal que el pago de lo indebido a un *accipiens* de buena fe transmite la propiedad: el artículo 1380 declara escuetamente que «si aquel que ha recibido de buena fe ha vendido la cosa, no debe restituir sino el precio de la venta»; lo cual, indirectamente, parece excluir una acción real y afirmar que en tal caso ha habido transmisión de la propiedad. Nada se dice en cambio del caso en el que el *accipiens* de mala fe enajena: hay que pensar que cabe aquí reivindicar frente a tercero, pues el *accipiens* de mala fe no se hizo propietario y enajenó *a non domino*.

Aunque el Código Napoleón no recoge explícitamente en su articulado el porqué de ese efecto transmisivo del pago de lo indebido al *accipiens* de buena fe, de los trabajos preparatorios se deduce que los redactores estaban haciendo aplicación de la doctrina de la causa putativa como suficiente para la transmisión. Bertrand-de-Greuille, en su discurso al tribunado, dice justificando el artícu-

⁵⁸ Vid. OURLIAC/MALAFOSSE, *Histoire du droit privé*, 2: *Les biens*, París, 1971, pp. 334, 341 ss.; BUCHER, «Die Eigentums-Translativwirkung von Schuldverträgen: Das Woher und Wohin dieses Modells des Code civil», *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 1998, pp. 615 ss.

lo 1380, y explicando el trato favorable al *accipiens* de buena fe: «car il en l'oblige, lors même qu'il l'aurait aliénée, qu'à restituer le montant du prix de la vente, parce que cette bonne foi le fait justement considérer comme légitime propriétaire de la chose: d'où naît la conséquence qu'il avait le droit d'en disposer de la manière qu'il a jugée la plus convenable à ses intérêts»⁵⁹. Por su parte, el tribuno Tarrible, en su discurso ante los cuerpos legislativos, diferencia el trato que se da a la venta de la cosa según la buena o mala fe del *accipiens indebiti*, pues en el primer caso se excluye la reivindicatoria y sólo procede reclamar el precio, y en cambio en el segundo la venta no impedirá que el *solvens* la reivindique de manos del tercero⁶⁰.

Los primeros comentaristas del Código Napoleón explicaron la regulación del pago de lo indebido e interpretaron el artículo 1380 de acuerdo con la doctrina hasta entonces dominante, y que según lo visto recogía el *Code civil*, es decir, la del título putativo. Son claras en este contexto las palabras de Toullier tratando del *accipiens* de buena fe: «la tradition volontaire qui lui en a été faite par le propriétaire lui-même ou par son ordre, lui en a transféré la propriété [...]. Ainsi devenu propriétaire, en vertu d'un titre légitime, celui qui de bonne foi reçut la chose en payement»⁶¹. Y poco más adelante se plantea la pregunta de si el *solvens* tiene acción contra el tercero que recibió de un *accipiens* de buena fe, y se contesta: «La négative résulte de la disposition de l'article 1380 qui porte que celui qui a vendu après avoir reçu la chose de bonne foi, n'en doit restituer que le prix [...]. C'est par un acte de la volonté libre du propriétaire que en la chose a été transmise à celui qui l'a reçue en payement; c'est le propriétaire qui a conféré à ce créancier putatif le titre en vertu duquel celui-ci est devenu propriétaire, et a dû

⁵⁹ Communication officielle au Tribunal, Rapport fait par Bertrand-de-Greuille, en FENET, *Recueil complet des Travaux Préparatoires du Code civil*, tome XIII, Osnabrück, 1968, réimpression de l'édition 1827, pp. 473 ss. Me permito ofrecer una traducción a las palabras transcritas de BERTRAND-DE-GREUILLE: «porque él se obliga, cuando haya enajenado la cosa, a restituir el montante del precio de la venta, ya que esa buena fe le hace justamente considerar como legítimo propietario de la cosa: de donde nace la consecuencia que tenía el derecho de disponer de ella como estimase más conveniente a sus intereses».

⁶⁰ Tratando del *accipiens indebiti* de buena fe dice TARRIBLE: «il restituera enfin le prix de la vente, s'il l'a vendu». En cambio, refiriéndose al *accipiens indebiti* de mala fe, dice: «la vente qu'il aurait pu en faire n'ôtera pas au propriétaire le droit de la revendiquer, et laissera retomber sur lui seul le poids accablant des dommages et intérêts dus à l'acquéreur évincé» (vid. Discussion devant le corps législatif, Discours prononcé par le Tribun Tarrible, en FENET, *Recueil complet des Travaux Préparatoires du Code civil*, pp. 486 ss.).

⁶¹ TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du code*, tomo VI, Bruxelles, 1838, núm. 95, pp. 39 ss. El texto puede traducirse así: «la entrega voluntaria que le ha hecho el mismo propietario le ha transferido la propiedad [...]. Y por ello deviene propietario, en virtud de un título legítimo, aquel que de buena fe ha recibido una cosa en pago». A fin de no confundir esta adquisición a *domino* por título putativo con una adquisición de buena fe a *non domino*, conviene recordar que Toullier negaba que el *Code civil* recogiese las adquisiciones a *non domino* (vid. MIQUEL, *La posesión de bienes muebles*, p. 169 ss.).

être considéré comme tel [...]. L'erreur de l'ancien propriétaire, suivant la doctrine de tous les Jurisconsultes, puisée dans la loi même, ou plutôt suivant la loi, en lui donne qu'une action personnelle, *condictio*, contre celui auquel il a remis la chose»⁶². La misma doctrina del título putativo se encuentra también en Delvincourt, Duranton y Zachariae⁶³.

Pero los autores de la segunda mitad del siglo XIX, sobre todo Demolombe, Marcadé y Laurent⁶⁴, llevaron a cabo una interpretación propia e innovadora del pago de lo indebido, entendiendo que en ningún caso transmite la propiedad, y que, por tanto, al *solvens indebiti* le compete alternativamente *l'action en répétition* contra el *accipiens* o la reivindicatoria frente a cualquier tercero. Dado que la propiedad se transmite por efecto de las obligaciones, y que en el pago de lo indebido no existe obligación alguna, éste no produce transmisión de la propiedad; el *solvens* sigue siendo propietario, aunque el *accipiens* venda a un tercero. Partiendo de esas premisas interpretaron el 1380 dotándolo de un doble sentido, a fin de que no presupusiese la transmisión de la propiedad al *accipiens* de buena fe: si el *accipiens* vende y el *solvens* acciona contra él con *l'action en répétition*, bien porque renuncia a reivindicar del tercero, bien porque la reivindicatoria quede excluida por una adquisición *a non domino* de ese tercero, el *accipiens* no deberá restituir al *solvens* sino el precio de la venta; en cambio, si el *solvens* decide reivindicar frente a tercero, no podrá reclamar éste por evicción frente al *accipiens* de buena fe sino el precio de la enajenación. La función del artículo 1380, para esta segunda generación de comentaristas del *Code*, no será regular las consecuencias de la irrevindicabilidad de la cosa indebidamente pagada a un *accipiens* de buena

⁶² TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du code*, núm. 97-98, p. 41.

⁶³ DELVINCOURT, *Cours de code civil*, Bruxelles, 1825, tomo VIII, p. 488 (sub. lib. IV art. 1380); DURANTON, *Cours de droit civil suivant le code français*, Bruxelles, 1841, tomo VII, núm. 683, pp. 496 ss.; ZACHARIAE, *Handbuch des Französischen Civilrechts*, Fünfte Auflage, Heidelberg, 1853, § 442, p. 570. No me han sido accesibles las obras de estos tres autores; las referencias las tomo de RANIERI («Die Lehre der abstrakten Übereignung in der deutschen Zivilrechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts», en COING/WILHELM, *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert*, tomo II, Frankfurt a.M., 1977, p. 110), quien afirma asimismo que los redactores del Código Napoleón y los primeros comentaristas acogieron la doctrina del título putativo y aceptaron el efecto transmisivo del pago de lo indebido hecho a un *accipiens* de buena fe.

⁶⁴ DEMOLOMBE, *Traité des engagements qui se forment sans convention*, *Cours de code Napoleon*, tomo XXXI, París, 1882, pp. 340 ss.; MARCADÉ, *Explication théorique et pratique du Code civil*, tomo V, París, 1873, pp. 274 ss.; la obra de LAURENT sólo me ha sido accesible en su traducción italiana: *Principii di Diritto civile*, vol. XX, Milán, s.f., núm. 378, pp. 304 ss. AUBRY y RAU se suman a la interpretación de estos autores, pero reconocen que difiere de la defendida por los primeros comentaristas y por BERTRAND-DE-GREUILLE y TARRIBLE (*Cours de Droit civil français*, tomo VI, París, 1920, p. 317, nota 37).

fe, sino prescribir que éste no responda ni frente al *solvens* ni frente al tercero más allá que por el precio de la venta.

Esta explicación es la que se ha consolidado en la doctrina francesa, hasta el punto de que apenas se duda hoy de que el pago de lo indebido no transmite la propiedad. El artículo 1380 se interpreta en el sentido recién visto, como un límite a la responsabilidad del *accipiens*, sin deducir de él en ningún caso una transmisión de la propiedad a favor del *accipiens* de buena fe. A la doctrina del título putativo no se hace mención⁶⁵.

2.4 LOS PRECEDENTES DE LA CODIFICACIÓN ESPAÑOLA

La doctrina española de la época de la Codificación era reflejo de la europea común, la del título y modo. A diferencia de otros países, España había avalado ese sistema en un cuerpo legal vigente, las Siete Partidas, que habían seguido, también en sus contradicciones, los ya conocidos pasajes de los juristas romanos sobre los que trabajaban los autores del Derecho común; había recogido conjuntamente la causalidad de la *traditio* y el efecto transmisivo del pago de lo indebido.

Las Partidas, en lo relativo a la transmisión de la propiedad, son especialmente cercanas a los textos del Derecho romano, incluso en cuestiones no sustantivas, como el hecho de que la regulación del justo título de la tradición sea muy exigua en comparación con la del justo título de la usucapión o la del pago de lo indebido.

Sobre la justa causa de la tradición el único texto que la menciona no la define. Se trata del comienzo de Partidas 3,28,46: «Apoderan unos omes a otros sus cosas vendiendogelas, o dandogelas en dote, o en otra manera, o cambiandolas, o por alguna otra derecha razón». Qué sea esa derecha razón no lo dice el texto. La glosa de Gregorio López se limita a trasponer lo que era doctrina común: «Acquiritur dominium traditione rei ex titulo habili soluto precio, vel fide habita de eo hoc». Conviene tener en cuenta que, como puso de relieve Hofmann, la expresión título hábil fue justamente la empleada por los autores medievales para abarcar tanto un contrato válido como putativo⁶⁶. También hay que llamar la

⁶⁵ Niegan explícitamente el efecto transmisivo del pago de lo indebido MAZEAUD/CHABAS (*Leçons de droit civil* II/1, París, 1998, núm. 666-3, p. 799) y MARTY/JESTAZ/RAYNAUD, *Droit civil, Les Obligations*, 2, 1989, núm. 242, p. 215, nota 1; el resto de autores explican el pago de lo indebido partiendo de que no transmite la propiedad, y sin hacer explícitamente referencia a ello: así, por ejemplo, TERRÉ/SIMMLER/LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, París, 1996, núm. 962 ss., pp. 782 ss.

⁶⁶ HOFMANN, *Die Lehre vom titulus und modus acquirendi und von der iusta causa traditionis*. Viena, 1873, p. 58.

atención sobre la admisión expresa en las Partidas del título putativo para la usucapión de muebles⁶⁷.

La extensa regulación del cobro de lo indebido figura dentro del título XIV de la Partida V, en las leyes 28 y siguientes. El efecto transmisivo del pago de lo indebido se deduce con claridad de Partidas 5,48,37 y 38, que prevén la obligación de devolver el precio en caso de que el *accipiens* venda a un tercero, sin contemplar la posibilidad de reivindicarla de manos del tercero⁶⁸. La regulación de las Partidas se aparta de la romana y común en un punto importante, al establecer la transmisión del dominio también a favor del *accipiens indebiti* de mala fe, según se deduce de que el tercer adquirente sea ajeno a la acción del *solvens* independientemente de la buena o mala fe del *accipiens* que le transmitió.

Los autores españoles del siglo XIX no habían ido más allá de lo que era la doctrina del *ius commune*: exigencia del título y modo para que se produzca la transmisión de la propiedad y admisión del efecto transmisivo del pago de lo indebido. Las normas de las leyes romanas y de Partidas se recogían conjuntamente para cada institución, yuxtaponiendo causalidad del sistema y cuasicontrato de pago de lo indebido, pero sin advertir la difícil coordinación entre ambas figuras. Hay que admitir que los autores españoles anteriores al Código no tenían la altura científica de sus homólogos europeos: mientras que éstos discutían sobre esta antítesis y abandonaban la que fue explicación tradicional, la del título putativo, bien para negar el efecto transmisivo del pago de lo indebido —como hemos visto hizo la doctrina francesa de la segunda mitad del XIX—, o bien para negar la causalidad del sistema —como hizo Savigny, y la pandectística—, los autores españoles ni siquiera parecen percibir

⁶⁷ Partidas, 3,29,14 y 15. Ver la transcripción de los textos en la nota 155.

⁶⁸ Partida 5,14,37: «*Si alguno pagasse a otro debda que non deviesse, la puede cobrar con sus frutos*. Si la cosa que pagasse alguno, como non devia, fuesse de tal natura, que diesse fruto de si, devel ser tornada con sus frutos, que llevo della, aquel a quien la pago. Otrosí dezimos, que si aquel a quien fizieron la paga vendiesse aquella cosa o la perdesse, si quando gela pagaron, e aun despues, ovo buena fe en recibirla, cuydado que la devia aver, si la vendió, deve tomar el precio que recibio della al que gela pago; mas si la perdesse por muerte o por ocasion, non seria tenuto de la pechar. E si quando la recibio en paga, o despues ovo mala fe en recibirla seyendo sabidor, que no la devia aver: entonces quier la perdesse, o la vendiesse, tenuto es de pechar por ella, el derecho precio que puediera valer, a bien vista del Judgador».

Partidas 5,14,38: «*Si aquel que rescibio siervo en paga lo deve aforrar o non*. En paga dando algund ome siervo a otro, que non fuesse tenuto de le dar, si aquel que assi rescibiesse lo aforrassse despues, valdria el aforramiento. Pero si quado lo rescibio, o despues, fasta la sazón que lo aforro, ovo mala fe en recibirlo, sabiendo que lo non devia aver, tenuto es de pechar la estimacion del siervo a su señor. E si oviesse buena fe quado gelo dieren en paga, cuydando que lo devia aver: entonces non seria tenuto de pechar la estimacion, pues que lo aforro con entencion que era suyo. Empero todo aquel derecho que el ha en el aforrado por razon del aforramiento, devalo otorgar al otro que gelo dio en paga».

el problema. En materia de adquisición derivativa del dominio, su preocupación era solamente rechazar el sistema francés de transmisión de la propiedad *solo consensu*. La única excepción a este silencio es Juan Sala, y no por méritos propios sino por ser su obra un resumen de la de Vinnio, que ya vimos asumía la doctrina de la causa putativa como explicación de que el pago de lo indebido transmitiese la propiedad y no diera lugar a una reivindicatoria sino a una *condictio*⁶⁹.

El resto de la doctrina se limita a yuxtaponer transmisión causal y efecto transmisivo del pago de lo indebido, sin renunciar a ninguno de ellos ni pretender conciliarlos. Basta recorrer las afirmaciones de los tratadistas más conocidos (Gómez de la Serna y Montalbán, Gutiérrez, del Viso, Morató, Heineccio) para comprobar que si la causalidad del sistema es un *prius* indiscutible, el efecto transmisivo del pago de lo indebido también se afirma de modo unánime⁷⁰. Los autores reiteran que la tradición, en Derecho español, requiere de una justa causa, a la vez que evitan pronunciarse terminantemente sobre la equivalencia entre causa y obligación o contrato antecedente. Se subraya incluso el papel que desempeña el acuerdo de voluntades para operar la transmisión. Pero sin que exista en ellos una tendencia a la abstracción por influencia de la doctrina alemana, que probablemente desconocían, sino una estudiada ambigüedad, con el limitado fin de englobar en su exposición algunos supuestos dudosos o en los que hay transmisión por tradición sin que propiamente exista contrato antecedente⁷¹.

⁶⁹ SALA, *Institutiones romano-hispanae ad usum tironum hispanorum ordinatae*, I, Valencia, 1805, p. 259. El texto, tomado del de VINNIO, dice: «Caeterum, ut quis velle rem suam transferre intelligatur, duo haec concurrere debent: ut sciat rem suam esse, quam transferre cogitat; ut justam causam habeat, cur velit, puta quia vendidit, dara promisit &c. Illud, quia nemo, qui errans in dominio rei suae, suam esse ignorans, eam pro aliena tradit, hoc animo est, ut eam transferat, l. 35. hoc tit. Ajo, in dominio rei suae: nam si quis non erret in re sua, non in ea, de qua transferenda agitur, sed in re alia, puta in causa debendi; hic error alienationi non obstat: et ideo indebiti per errorem soluti nulla vindicatio est». A favor también de un título putativo para la usucapión, *op. cit.*, pp. 331 ss.

⁷⁰ GÓMEZ DE LA SERNA/MONTALBÁN, *Elementos de Derecho civil y penal de España*, II, Madrid, 1865, pp. 583 ss. GÓMEZ DE LA SERNA afirma más claramente la transmisión de la propiedad en su *Curso histórico-exegético del Derecho romano comparado con el español*, II, Madrid, 1863, p. 358; GUTIÉRREZ, *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, V, Madrid, 1871, pp. 622 ss.; DEL VISO, *Lecciones elementales de historia y de Derecho civil, mercantil y penal de España*, II, Valencia, 1860, pp. 755 ss.; HEINECCIO, *Recitaciones de Derecho civil*, traducción de Collantes, libro II, Valencia, 1870, p. 132, § 987; MORATÓ, *El Derecho civil español con las correspondencias del romano*, II, Valladolid, s. f., p. 471. De acuerdo con el Derecho romano, y en contra de las Partidas, exige también buena fe del adquirente para que surja el cuasicontrato de pago de lo indebido.

⁷¹ Así Benito GUTIÉRREZ afirma que «en el lenguaje jurídico se entiende por justa causa de la tradición un contrato o un hecho cualquiera que lleva en sí como consecuencia la voluntad de transmitir la propiedad y hacer la tradición con el propio objeto»; y más

Si los autores españoles no se mueven ni en la línea de la tradición abstracta de origen alemán, ni en la francesa propiciada por Demolombe, Marcadé y Laurent, que niega el efecto transmisivo del pago de lo indebido, la legislación española también se caracteriza por un cierto inmovilismo.

La regulación del pago de lo indebido en el Proyecto de 1836 era fiel reflejo de la doctrina de las Partidas. El pago de lo indebido transmite la propiedad tanto si se hace a un *accipiens* de buena fe como si se hace a favor de un *accipiens* de mala fe. El artículo 1852 declaraba, tratando de la cosa indebidamente entregada: «Si habiéndola recibido de buena fe la hubiera enajenado por venta, cumplirá entregando el precio que en ésta hubiere recibido; mas si la realizó de mala fe, estará obligado a entregar, o el precio de esta venta, o su estimación justa por aprecio de peritos, según elija el acreedor». La irreivindicabilidad del tercero sólo puede provenir de haber adquirido de propietario, y no de una adquisición *a non domino*, pues el artículo 709 del Proyecto establecía: «La entrega de una cosa hecha por el que no es dueño de ella ni está legítimamente autorizado para hacerla no produce efecto legal»⁷².

El Proyecto de 1851, en cambio, abandona la regulación de las Partidas para seguir el modelo francés, siendo en todo fiel reflejo de la doctrina de Pothier. Se distingue la eficacia transmisiva del pago de lo indebido según la buena o mala fe del *accipiens*, pues sólo el de buena fe adquiere la propiedad. Ello se deduce de los

adelante añade: «el error en el título perjudica a la tradición por falta de armonía entre los contrayentes, si el uno entrega la cosa por un título no traslativo de dominio, y el otro cree recibirla por un título de esta especie, no si los títulos fueren diversos pero reuniendo ambos la cualidad de traslativos de dominio». E inmediatamente pasa a referir la conocida antinomia ente los textos de Ulpiano y Juliano (GUTIÉRREZ, *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, III, Madrid, 1871, pp. 34 y 36 ss.).

También GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN recalcan el papel de la voluntad en la transmisión del dominio: «Mas para que la tradición hecha por el propietario que tiene la libre disposición de sus cosas transfiera la propiedad al que la recibe, es menester que vaya precedida de una justa causa, esto es, de un acto legal que sea la base del derecho que se adquiriera, o por lo menos de un acto por el cual se manifieste la intención de transferir el dominio. De esta clase de actos vemos hacer mención en algunas leyes: puede servir de ejemplo la adquisición del que coge las monedas que en las proclamaciones de los reyes o en otras solemnidades a las veces de familia, se arrojan a la multitud, si se consideran como tradición, según antes hemos dejado indicado» (GÓMEZ DE LA SERNA/MONTALBÁN, *Estudios de Derecho civil y penal de España*, I, Madrid, 1865, p. 518).

Don Jerónimo GONZÁLEZ pretendió ver en las obras de algunos tratadistas del siglo XIX, particularmente de Gutiérrez y Gómez de la Serna, una clara tendencia a la transmisión abstracta de influencia germánica, y una separación de la doctrina del título y el modo («Título y modo en el Derecho español», *RCDI*, 1928, 186 ss.). Sin embargo, de la cita de estos autores y de los clásicos ejemplos que motivan su insistencia en el papel de la voluntad —la antinomia entre Juliano y Ulpiano, la tradición de monedas arrojadas al aire—, se ve que no existe tendencia a la abstracción, sino intención de englobar algunos supuestos dudosos.

⁷² LASSO GAITE, *Crónica de la codificación española*, 4 *Codificación civil*, vol. II, Madrid, 1970.

artículos 1896 y 1897 del Proyecto⁷³. El primero de ellos regula en su tercer párrafo la situación del *accipiens* de buena fe en caso de enajenación onerosa: «si vendió la cosa, no debe restituir más que el precio de la venta, o ceder su acción para conseguirla». No existe entonces posibilidad de reivindicarla frente al tercero. Lo corrobora el comentario de García Goyena: «Según este tercer párrafo la venta queda firme, y el comprador no puede ser inquietado por el dueño de la cosa»⁷⁴. Frente a esa previsión de la enajenación por el *accipiens indebiti* de buena fe, nada se establece en el artículo 1897 para el caso de enajenación por el de mala fe. García Goyena aclara también el sentido de ese silencio: «Inútil es advertir que la enajenación de la cosa por el que la recibió de mala fe será nula, y que sobre él recaerá todo el peso de daños e intereses reclamados por el comprador desposeído»⁷⁵.

La inspiración francesa del texto la reconoce el propio García Goyena⁷⁶. A través de ella nos llega el eco de la doctrina del Derecho común, es decir, la teoría de la causa putativa como fundamento del diverso efecto transmisivo del pago de lo indebido al *accipiens* de buena y mala fe. La doctrina de las Partidas y del Proyecto de 1836, donde el pago de lo indebido transmitía tanto al *accipiens* de buena como de mala fe, se abandona.

Conviene detenerse en el Comentario de García Goyena al citado párrafo tercero del artículo 1896, pues se plantea el porqué de la irrevindicabilidad de la cosa de manos de un tercero que la adquirió del *accipiens indebiti* de buena fe. De acuerdo con lo ya dicho, para él «según este tercer párrafo la venta queda firme, y el comprador no puede ser inquietado por el dueño de la cosa. Hay, pues, aquí una escepción al principio de jurisprudencia universal consig-

⁷³ Art. 1896: «El que de buena fe recibe una cantidad indebida, está obligado a restituir otro tanto.

Si lo recibido fue una cosa cierta y determinada, debe restituirla en especie, si existe; pero no responde de las desmejoras o pérdidas, aunque hayan sido ocasionadas por su culpa, sino en cuanto se enriqueció con ella.

Si vendió la cosa, no debe restituir más que el precio de la venta, o ceder su acción para conseguirla.

Si la donó, no subsiste la donación; pero las obligaciones del donatario estarán limitadas a lo que, respecto del primer adquirente, se determina en los párrafos anteriores de este artículo».

Artículo 1897: «El que de mala fe recibe una cantidad indebida, está obligado a restituirla con los intereses desde el día que la recibió.

Consistiendo lo recibido en una cosa cierta y determinada, la restituirá con los frutos percibidos o debidos percibir, mientras poseyó la cosa; y además responde de los daños y perjuicios, y de la pérdida o desmejoras de la misma, aunque hayan ocurrido por caso fortuito».

⁷⁴ GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, reimp., Zaragoza, 1974, p. 966.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 967.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 965.

nado en la 11 de *regulis iuris*: *Quod nostrum est, sine facto nostro ad alium transferri non potest*. Lo mismo se infiere necesariamente de las leyes romanas y de Partida citadas, pues sólo hablan de la restitución del precio, y los Códigos modernos y nuestro artículo dicen simplemente lo que aquellas». Luego se pregunta por la razón de este hecho y dice: «En el discurso 63 francés se da por toda razón de esta excepción: «La buena fe le hace justamente considerar como legítimo propietario de la cosa; de donde nace la consecuencia que tenía el derecho de disponer de ella como estimase más conveniente a sus intereses». Pero esta razón no satisface, porque en las demás enajenaciones hechas por poseedores de buena fe, rige la disposición general en contrario». Finalmente expone la explicación a este régimen que a él le parece convincente: «La dada por Rogron parece más satisfactoria. En el que paga lo que no debe hay siempre algo de negligencia, o por lo menos un error que debe imputarse a sí mismo, y del que no debe ser víctima el comprador de buena fe: en los demás casos, el dueño que reclamaba la cosa no fue quien la entregó, aquí sí».

Dos cosas se deducen del comentario de García Goyena. En primer lugar, según su propia confesión, que el texto del Proyecto no hace sino seguir la regulación general del Derecho romano y común, por más que no entiende el porqué de la protección al tercero que compró al *accipiens indebiti* de buena fe. En segundo lugar, que él no cae en la cuenta que esa defensa del tercero proviene de adquirir de propietario, sino que la cree resultado de una adquisición *a non domino*. En consecuencia, no le convence en absoluto la razón alegada por los franceses al razonar su Código —la del título putativo dada por Bertrand de Grouille, que ya se mencionó y él repite—, pues no tiene sentido en una adquisición *a non domino*, y recurre a otra, la de Rogron, que sí fundamenta una adquisición de ese tipo. Sin darse cuenta que la regulación tradicional que el Proyecto acoge no se basa en una adquisición *a non domino*, y por ello no cuadra con la explicación de Rogron, que conduciría a proteger también al tercero que adquiere del *accipiens* de mala fe.

Aparte esa asunción de la tesis del título putativo como fundamento de la transmisión, hay un segundo punto en que el Proyecto de 1851 sigue particularmente de cerca la doctrina de Pothier en esta materia. Me refiero a la previsión en el párrafo cuarto del artículo 1896 del caso de donación por el *accipiens* de buena fe a un tercero: «si la donó, no subsiste la donación; pero las obligaciones del donatario estarán limitadas a lo que, respecto del primer adquirente, se determina en los párrafos anteriores de éste artículo».

Es decir, se establece que el tercero que adquirió por donación, pese a recibir de propietario, no queda protegido frente al *solvens*, sino que se subroga en la misma posición que tenía el *accipiens*. En consecuencia, el *solvens indebiti* tendrá acción contra el donatario para recuperar la cosa, si bien la responsabilidad del donatario no irá más allá de su propio enriquecimiento. Se trata de un supuesto no previsto por el Código Napoleón, pero para el que ya vimos que Pothier había postulado la misma solución, fundándose en motivos de equidad⁷⁷.

El Proyecto no llegó a Código, pero sirvió de base al Anteproyecto de 1882-88 y a la redacción definitiva de 1889. El Código se mantuvo fiel en lo fundamental al Proyecto de 1851, salvo en lo relativo a la falta de subsistencia de la donación hecha por el *accipiens* de buena fe, que, recogida así en el Anteproyecto, fue un supuesto silenciado en la redacción final del Código⁷⁸. El Proyecto de 1851 fue, en suma, el cauce por el que llegó a nuestro ordenamiento la doctrina europea de la eficacia transmisiva del pago de lo indebido fundado en un título putativo. Al poco tiempo de su importación de Francia, dicha doctrina iba a entrar en crisis en el país vecino por obra de Demolombe, Marcadé y Laurent. En Alemania ya se encontraba en retroceso frente a la tesis abstracta sostenida por Savigny. Pero esa crisis de la teoría no habría de afectar ya a lo que sería la regulación de los artículos 1896 y 1897 del Código Civil español.

2.5 SAVIGNY Y EL SISTEMA ABSTRACTO DEL BGB

La doctrina centroeuropea del *usus modernus pandectarum* se había mantenido fiel a la teoría del título y el modo como forma de explicar el sistema transmisivo romano, y ello había provocado que la primera generación de códigos del ámbito germánico la asumiese como propia: así, el Codex Maximilianus Bavaricus civilis de 1756 (Parte II, capítulo III, § 7), el prusiano Allgemeinen Landrecht de 1794 (Parte I, título XIX, § 1) y el austríaco ABGB de 1811 (§§ 380 y 425)⁷⁹.

⁷⁷ POTHIER, *Traité de l'action condictio indebiti*, section II, article VII, núm. 178-179, en Oeuvres, III, Bruxelles, 1831, pp. 79 ss.

⁷⁸ Vid. la regulación del Anteproyecto en, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, «El anteproyecto del código civil español (1882-1888)», en *Centenario de la Ley del Notariado*, sección cuarta, vol. I, Madrid, 1965, p. 724.

⁷⁹ El bávaro Codex Maximilianus, en el número 5 del citado § 7, acepta explícitamente el título putativo como suficiente para la transmisión de la propiedad, estableciendo que procede entonces la *condictio*.

Savigny cambió la interpretación de las fuentes romanas en este punto, y su explicación determinó que el BGB asumiese la transmisión abstracta de la propiedad⁸⁰. Para él, los textos básicos para entender la transmisión de la propiedad en Derecho romano no eran los que citaban la justa causa, sino los de la *condictio indebiti* y los que dejaban en penumbra la existencia de la *iusta causa traditionis* (Inst. 2,1,40; C. 4,50,9). La *condictio indebiti* se convierte, en su teoría, en piedra de toque de todo el sistema: por más que otros textos aludan al contrato como *iusta causa traditionis*, si su falta da lugar a la *condictio* es que no es necesario un contrato obligatorio para la transmisión de la propiedad. La propiedad se transmite, según él, por la concorde voluntad de adquirir y transmitir. Lo que las fuentes llaman *iusta causa* no es más que el conjunto de indicios de los que se puede deducir la existencia de esa voluntad. Pero es esa voluntad, deducible normalmente de la existencia de un contrato de compraventa o una estipulación, lo determinante para la transmisión, y no la compraventa o la estipulación misma, que son sólo el modo más sencillo de concluir que existe esa voluntad. La voluntad de transmitir no depende —es abstracta— de la existencia o no de una obligación previa⁸¹.

Con todo, como Ranieri ha destacado, para la construcción de Savigny tuvieron quizá más influencia consideraciones de carácter sistemático que los argumentos de las fuentes romanas⁸². Su doctrina concuerda con la idea de atribuir a la voluntad un papel preponderante en la creación del Derecho; en ese sentido, tanto la solución del Código Napoleón como la interpretación de Savigny responden en realidad al mismo principio de fondo: la transmisión de la propiedad es fundamentalmente resultado de un acto de la voluntad. Conforme con ello, el Código francés establece que la propiedad se transmite con la conclusión del contrato; en cambio, Savigny coloca la voluntad en el momento de la entrega: la voluntad de transmitir que exista en ese momento, y no la existente en el contrato obligacional, será la determinante.

⁸⁰ Sobre la doctrina de SAVIGNY en torno a la transmisión de la propiedad, DE LOS MOZOS, «La doctrina de F.C. von Savigny en torno a la transmisión del dominio», *RGLJ*, 1967-II, pp. 72 ss.; RANIERI, *Die Lehre der abstrakten Übereignung in der deutschen Zivilrechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts*, pp. 90 ss.; algo más antiguo, pero muy documentado, FELGENTRAEGER, *Friedrich Carl v. Savignys Einfluß auf die Übereignungslehre*, Leipzig, 1927.

⁸¹ Véase, en este sentido, las explicaciones de clase tomadas por los alumnos de Savigny, citadas por FELGENTRAEGER, *Friedrich Carl v. Savignys Einfluß auf die Übereignungslehre*, pp. 36 ss.

⁸² RANIERI, *Die Lehre der abstrakten Übereignung in der deutschen Zivilrechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts*, pp. 101 ss.

El prestigio de Savigny y el entusiasmo con que acogieron sus discípulos esa doctrina fueron definitivos para el triunfo de su tesis: aun antes de que él la expusiera por escrito en sus obras, había sido difundida por los escritos de éstos y se había convertido en doctrina dominante⁸³. A partir de mediados del siglo XIX comienza a ser acogida también en las leyes y códigos alemanes: el Código Civil de Sajonia de 1863 (BGB Sachsen §§ 253 y 256) y el proyecto de Código Civil bávaro de 1864, recogen la tesis de la transmisión abstracta⁸⁴, lo mismo que la Ley relativa a la adquisición de la propiedad sobre inmuebles del principado de Prusia, de 5 de mayo de 1872 (§§ 1 y 2)⁸⁵.

Pero su consagración definitiva le viene en el BGB alemán. Ya el Anteproyecto de 1880 del libro relativo a los derechos reales, redactado por Johow, acepta la transmisión de la propiedad por la concorde voluntad de *tradens* y *accipiens* (§§ 117, 118, 132 y 133)⁸⁶. Esa doctrina pasa, sin apenas discusión, a través del primer y del segundo Proyecto, a la versión definitiva del BGB, que la acepta en los §§ 873, 925 y 929. Con el telón de fondo de la transmisión abstracta de la propiedad se recoge el pago de lo indebido en los §§ 812 y siguientes.

El sistema es claro. La propiedad y los demás derechos reales se transmiten por el acuerdo de transmisión seguido de la inscripción en el Registro si se trata de inmuebles o de la entrega si se trata de muebles. Dicha transmisión es abstracta respecto a la relación obligatoria que la justifica: la inexistencia o ineficacia de la obligación no impide la transmisión. Eso sí, declarada la nulidad o ineficacia del contrato, o probado el error, el *solvens* tendrá una acción personal, la *condictio indebiti*, para exigir del *accipiens* la retransmisión de la cosa. Si ésta ha sido enajenada a título oneroso a un tercero, aun de mala fe, el *solvens* no podrá exigir del *accipiens* más que la devolución del enriquecimiento que haya obtenido (§§ 818 y 822).

El abandono de la doctrina del título y el modo trajo consigo, como consecuencia necesaria, la abrogación del medieval *ius ad*

⁸³ FELGENTRAEGER, *Friedrich Carl v. Savignys Einfluß auf die Ubereignungslehre*, pp. 41 ss. Según testimonio Felgentraeger, contrastando los apuntes de clase tomados por los alumnos de Savigny, éste venía exponiendo la doctrina de la transmisión abstracta de la propiedad al menos desde el curso 1814/15 (*op. cit.*, p. 32).

⁸⁴ RANIERI, *Die Lehre der abstrakten Ubereignung in der deutschen Zivilrechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts*, p. 95.

⁸⁵ KÖBLER, «Die Regelung des Eigentumserwerbs an Grundstücken in Preußen von ALR zum BGB», en COING/WILHELM, *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert*, tomo III, Frankfurt a. M., 1976, pp. 214 ss.

⁸⁶ Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich... Buch. Sachenrecht. Vorlage des Redaktors, R. Johow, Berlín, 1880, en SCHUBERT, *Die Vorentwürfe der Redaktoren zum BGB*, Berlín-New York, 1982, pp. 19 ss.

rem del primer comprador frente al segundo comprador de mala fe: si el derecho nacido del contrato obligacional no tiene ninguna eficacia en el ámbito real, por ser el efecto transmisivo abstracto e independiente de la obligación, el contrato no dará en ningún caso una acción frente a tercer adquirente. Rota la conexión entre contrato obligatorio y transmisión de la propiedad, por no depender la segunda del primero, no nace ya del contrato ninguna preferencia para la adquisición del dominio⁸⁷.

2.6 LA EXPLICACIÓN DE RABEL: LA *CAUSA SOLVENDI* COMO FUNDAMENTO DE LA *CONDICTIO INDEBITI*

Los miembros de las dos comisiones redactoras del BGB alemán pensaban que recogían el sistema romano de adquisición del dominio al aceptar la transmisión de la propiedad abstracta y buscar en ella la explicación de la naturaleza personal de la *condictio indebiti*⁸⁸. Sin embargo, por la misma época en que se publicaba el BGB, la doctrina romanística cambiaba de orientación y comenzaba a rechazar la explicación abstracta de las fuentes romanas⁸⁹.

La tesis de Savigny, basada tal vez en consideraciones más axiológicas que textuales, presentaba demasiados flancos abiertos: las claras menciones al requisito de la *iusta causa traditionis* no podían ser obviadas interpretando la *iusta causa* como mero indicio de la voluntad de transmitir; los textos que negaban la transmisión de la propiedad en caso de *solutio indebiti* a un *accipiens* de mala fe no encuentran explicación si la concorde voluntad de transmitir y adquirir basta para la *traditio*; para la *usucapio*, paralela en su estructura a la *traditio*, los textos parten de exigir la validez del título, para admitir sólo excepcionalmente el título putativo; en fin, mientras que los textos que silencian el requisito de la *iusta causa traditionis* o son posclásicos o presentan mayores indicios de haber sido interpolados por los compiladores justinianeos, el requisito de

⁸⁷ SELLA-GEUSEN, *Doppelverkauf*, pp. 245 ss.

⁸⁸ STROHAL, al criticar la asunción de la transmisión abstracta de la propiedad en el proyecto de la primera comisión redactora del BGB, acepta todavía que el sistema abstracto era el propio del Derecho romano; su crítica vendrá fundada no en las fuentes romanas, sino en argumentos de política legislativa [STROHAL, «Rechtsübertragung und Kausalgeschäft im Hinblick auf den Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Recht», *Iherings Jahrbücher*, tomo 27 (1889), pp. 336 ss.].

⁸⁹ *Vid.*, en este sentido, BECHMANN (*Der Kauf nach gemeinen Recht*, tomo III, Leipzig, 1905-1908, reimprisión 1965, pp. 47 ss.) quien, después de constatar que la tesis de la transmisión abstracta de la propiedad era todavía dominante entre los autores de Derecho romano, afirma que dicha doctrina no soporta una confrontación seria con las fuentes, y comienza a distinguir diferentes grados de dependencia en cada una de las *iustae causae traditionis*.

la *iusta causa* aparece en textos ajenos a la compilación –*Epitome Ulpiani*, Instituciones de Gayo–.

La tesis que habría de dar la clave para la explicación de la *traditio* romana, por ser la que salva todas las contradicciones sin violentar los textos, y sin forzar cuadra con el resto de instituciones, proviene de Ernst Rabel, quien la expuso en una documentada síntesis del Derecho romano aparecida en 1915⁹⁰. Corroborada y desarrollada por minuciosos estudios posteriores, es hoy comúnmente aceptada, y parece retratar efectivamente el sistema de transmisión de la propiedad en el Derecho romano clásico⁹¹.

Como ha destacado Kupisch, la mayor dificultad para entender la relación entre *traditio* y *iustae causae* ha sido la continua asimilación, desde los juristas medievales, de *iusta causa traditionis* y relación obligatoria⁹². Partiendo de esa asimilación encuentra difícil explicación la existencia de una *condictio indebiti* de naturaleza personal, que presupone la transmisión de la propiedad pese a la falta de obligación.

El problema se resuelve si se supera ese inconsciente prejuicio y se parte de que para los romanos las justas causas de la tradición no son siempre una relación obligatoria antecedente. La exigencia de una *iusta causa* no entraña la de una obligación previa, sino sólo la validez de esa justa causa, que puede ser distinta de la obligación; se impone por ello distinguir entre las justas causas de la tradición, para ver en qué consiste cada una y, en consecuencia, qué es lo que exigen.

En la *traditio causa emptio* la adquisición de la propiedad por el comprador sí exige siempre una compraventa válida, pues la causa es aquí el contrato de compraventa (Paul. D. 41,3,48; Paul. 41,4,2; Pap. 41,8,3); del mismo modo la *traditio causa donandi*, *causa credendi* y *causa dotis* exigen la validez de la donación, mutuo o dote para que se opere la transmisión de la propiedad (Paul. D. 41,6,1, pr; Ulp. D. 24,1,3,10-11; Pomp. D. 12,1,12; Iul. D. 12,1,19,1)⁹³.

⁹⁰ RABEL, «Grundzüge des römischen Privatrechts», en HOLTZENDORFF/KOHLER, *Enzyklopädie der Rechtswissenschaft*, tomo I, Munich-Leipzig-Berlin, 1915, pp. 440 ss.

⁹¹ Entre los trabajos posteriores, vid. KASER, «Zur iusta causa traditionis», en *Bullettino dell' Instituto di Diritto Romano «Vittorio Scialoja»*, 1961, pp. 61 ss., del que me he servido fundamentalmente. Una muy buena descripción de la evolución doctrinal posterior a la aportación de Rabel, MIQUEL, «Compraventa y transmisión de la propiedad», en *Derecho romano de obligaciones: homenaje al Prof. Murga Gener*, Madrid, 1994, pp. 573 ss.

⁹² KUPISCH, «Causalità e astrattezza», pp. 441 ss.; también, JAHR, «Zur iusta causa traditionis», *Zeitschrift der Savigny Stiftung (Römanistischer Abteilung)*, 1963, pp. 144 ss.

⁹³ Sobre la exigencia en estos casos de validez de la venta, de la donación, del mutuo o de la dote, detalladamente, KASER, «Zur iusta causa traditionis», pp. 83 ss. En la bibliografía española vid. MIQUEL, *Derecho privado romano*, Madrid, 1992, pp. 180 y 188; D'ORS, *Derecho privado romano*, Pamplona, 1997, § 170. Los textos del Digesto citados

Si se parte, como se había hecho hasta el siglo xx, del falso esquema que equipara causa y relación obligatoria, la *causa solvendi* tiene una naturaleza especial. En la *causa solvendi*, si bien se observa, la causa no alude al negocio obligatorio anterior, sino al mismo acto de *solvere*⁹⁴. La causa que aquí se exige para la transmisión de la propiedad no es la obligación previa que explica el pago, sino el pago mismo. El acto de pago ha de reunir los requisitos de capacidad de las partes, pues, de lo contrario, no sería válido (Ulp. D. 12,6,29). Si ese pago existe, aunque falte la relación obligatoria previa que se pretende extinguir, la propiedad se habrá transmitido, si bien procederá entonces la *condictio indebiti*.

La *causa solvendi* abarca toda la pluralidad de supuestos de cumplimiento de una obligación de dar; entre otros, el pago de una estipulación de *dare*, de un legado damnatorio, la devolución del préstamo, pero también el pago del precio de la venta y el cumplimiento de una promesa de dotar realizada por *stipulatio* o *dotis dictio*. El hecho de que la entrega de la cosa por el vendedor se produzca *emendi causa*, dependiendo del contrato de compraventa, y no *solvendi causa*, se debe a que el vendedor no está obligado a *dare* sino a *tradere*, y por tanto su acto de cumplimiento, al no ser una *solutio*, no se produce *solvendi causa*. Los casos de *causa donandi*, *causa credendi* y *causa dotis*, por su parte, no suponen cumplimiento de ninguna obligación previa, por tratarse de negocios manuales o al contado, y por eso las entregas realizadas en virtud de esas causas no son subsumibles en la *causa solvendi*⁹⁵.

Como se ha dicho, la concurrencia de una justa causa produce la transmisión de la propiedad. Pero si en la *solutio* falta la obligación previa, procede la *condictio indebiti* para exigir la retransmisión, lo mismo que en la dote cuando falla el matrimonio previsto⁹⁶. Este aparentemente complicado mecanismo de transmisión y retransmisión en caso de falta de la obligación antecedente encuentra su explicación en la evolución histórica del Derecho romano⁹⁷. El Derecho arcaico, para las obligaciones de *dare*, ligó la transmisión a la *solutio*, como acto que operaba la liberación del deudor

para afirmar la necesidad de validez de la causa se refieren a una *iusta causa usucapionis*; pero, como se explicará inmediatamente, los requisitos generales de la *iusta causa traditionis* y *usucapionis* coinciden, con lo cual los textos pueden aplicarse a ambas figuras.

⁹⁴ Sólo un aislado texto de Pomponio, D. 41,10,3, alude a la estipulación como causa y no al pago. Vid. KASER, «Zur iusta causa traditionis», pp. 70 ss.

⁹⁵ Sobre la distinción de causas, KASER, *Zur iusta causa traditionis*, pp. 77 ss. y 83 ss. Sobre la distinción entre la *traditio solvendi causa* y *emtionis causa*, D'ORS, *Derecho privado romano*, § 170, nota 7.

⁹⁶ SANFILIPPO, *Condictio indebiti*, Milán, 1943, pp. 53 y 77 ss.

⁹⁷ KUPISCH, *Ungerechtfertigte Bereicherung*, pp. 19 ss.; KASER, *Zur iusta causa traditionis*, pp. 72 ss.

con carácter transaccional: acreedor y deudor renunciaban a reclamar nada más en virtud de la *obligatio*, ni siquiera la devolución del pago cuando tal *obligatio* no existiese. Posteriormente, cuando la *lex Silia* introdujo la *legis actio per condictioem*, se permitió accionar con ésta en caso de una *solutio indebiti*; pero como *iusta causa* de la *traditio* se mantuvo la *solutio*, no dando lugar la falta de obligación precedente más que a la *condictio indebiti*.

Explicada la aparente contradicción en las fuentes romanas entre la exigencia de una *iusta causa traditionis* y la existencia de una *condictio indebiti*, queda el camino muy despejado para resolver otras cuestiones. La conocida antinomia entre los textos de Juliano y Ulpiano en D. 41,1,36 y D. 12,1,18, pr, en la que el primero sostiene, a diferencia del segundo, que basta la concorde voluntad de adquirente y transmitente para que se produzca la transmisión de la propiedad, no parece conciliable, y debe tomarse por una contradicción del Digesto, en la que lo más posible es que se produjese una interpolación en el texto de Juliano⁹⁸. Por su parte, otros posibles testimonios favorables a una transmisión abstracta (Inst. 2,1,40; C. 4,50,9) no son clásicos, sino de la época posterior⁹⁹.

Queda como última cuestión la relativa a la admisibilidad de un título putativo en la *traditio*, sobre la que los autores del Derecho común basaron la coordinación de *traditio* causal y *condictio indebiti*. Como ya se dijo en el apartado primero de este epígrafe, los juristas romanos exigían en línea de principio la validez del título de la usucapión; sin embargo, excepcionalmente aceptaron que la creencia errónea en la existencia y validez de un título podía bastar para llevar a cabo una usucapión, típicamente cuando la compraventa que servía de justo título a la usucapión se celebraba con un menor o un incapaz. Se plantea entonces la pregunta: ¿admitieron también ese título putativo a los efectos de la transmisión de la propiedad por *traditio*, pese a que ningún testimonio lo recoge?

La respuesta a esta pregunta la dio Wubbe. Tradicionalmente se había pensado que los supuestos de admisión de un título putativo en la usucapión provenían de casos en los que se producía una enajenación *a non domino* en virtud de un título que además era inválido. Por eso, si siendo *a non domino*, y pese a la invalidez del

⁹⁸ Así, D'ORS, «Sobre la supuesta antinomia en materia de causa traditionis», *AHDE*, 1956, pp. 775 ss. Esta interpretación encuentra un sólido apoyo en que el pasaje de Ulpiano menciona precisamente la opinión de Juliano en el caso de que trata, y esa opinión es divergente de la que D.41,1,36 atribuye a Juliano. También KASER considera gravemente interpolado el texto de Juliano [«Das Geld im römischen Sachenrecht», *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 29 (1961), p. 226].

⁹⁹ KASER, *Zur iusta causa traditionis*, pp. 64 ss.

título, se admitía la *usucapio*, se planteaba si bastarían siendo *a domino* para obrar la transmisión de la propiedad por *traditio*.

Pero Wubbe demuestra que esos casos de admisión excepcional de un título putativo para la usucapación no provienen de enajenaciones *a non domino*, sino precisamente de enajenaciones *a domino*, en las que la nulidad del título impide la transmisión, pues la *traditio* exige en todo caso la validez justo título, pero en los que se plantea si no cabrá admitir que la *usucapio* venga aquí a sanar, no la falta de titularidad, sino el defecto del título¹⁰⁰. Desechada de plano la admisibilidad de un título putativo en tradición, los juristas romanos sólo debatieron si podía valer para adquirir transcurrido el tiempo exigido para la *usucapio*: por eso no hay testimonios del título putativo para la *traditio* y sí sólo para la *usucapio*. Y únicamente lo admitieron, a modo de excepción, cuando el enajenante era un impúber o incapaz, ya que éste tenía un tutor o curador encargado de fiscalizar sus actos, que podía impugnarlos fácilmente antes de que transcurrieran los breves plazos de la *usucapio*¹⁰¹.

Hay que admitir, por tanto, como hizo Rabel, que los requisitos de la *iusta causa traditionis* y la *iusta causa usucapionis* son los mismos¹⁰². La tradición y la usucapación responden a una misma estructura, con la diferencia de que la segunda sirve para adquirir de quien no es propietario —dejando aparte el caso de las *res mancipi* entregadas por *traditio*—. Esa falta de titularidad se suple por la buena fe del *accipiens* y el transcurso de un cierto tiempo. Pero las exigencias de la justa causa son comunes a ambas instituciones. Sólo en algunos casos y excepcionalmente —típicamente, si se

¹⁰⁰ WUBBE, «Interessenlage bei traditio und usucapio», *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 32 (1964), p. 564.

¹⁰¹ Como agudamente expone WUBBE, dado que casi todos los casos en los que se rompe la exigencia de la validez del título en la *usucapio* para admitir un título putativo se refieren a enajenaciones realizadas por un impúber o un incapaz, partir de que son enajenaciones *a non domino* conduce a aceptar la existencia de una absurda norma en Derecho romano según la cual, cuando el propietario encontrase la cosa en manos de un tercero que ya ha completado los plazos de usucapación pero que recibió mediante un negocio inválido, puede todavía reivindicarla, pese a la creencia del tercero en la validez del negocio, si ese tercero la adquirió de persona capaz, pues falta el justo título; fracasa la reivindicatoria en cambio si la recibió de un incapaz o un impúber, pues entonces vale el título putativo (WUBBE, *Die Interessenlage bei traditio und usucapio*, p. 568). En cambio, si se trata de adquisiciones *a domino*, es decir, de contratos celebrados con quien es propietario, tiene pleno sentido que se admita la usucapación por título putativo del que contrato con un impúber o un incapaz, y no en otros casos de nulidad, pues sobre el impúber o incapaz existe un tutor o curador con la función de vigilar sus actos que puede impugnar la enajenación durante el plazo de la usucapación.

¹⁰² RABEL, *Grundzüge des römischen Privatrechts*, pp. 440 ss.; WUBBE, *Die Interessenlage bei traditio und usucapio*, pp. 558 ss.; MIQUEL, «Iusta causa traditionis y iusta causa usucapiendi en las instituciones de Gayo», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Álvarez Suárez*, Madrid, 1978, pp. 261 y 266. En contra, HOETINK, «Justus titulus usucapionis et iusta causa tradendi», en *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 29 (1961), pp. 230 ss.

compró a un impúber o a un incapaz— se admite, pese a esa invalidez del título, si no la adquisición por *traditio*, sí por vía de *usucapio*, a favor del que ignoraba la menor edad o incapacidad del enajenante. En tales casos, como excepción, se admitió que la usucapión convalidase la nulidad del título.

Salvado el problema de la causa putativa con su exclusión de la *traditio*, hay que afirmar la plena causalidad del sistema romano clásico de transmisión de la propiedad, sin querer, no obstante, equiparar *iusta causa traditionis* y relación obligatoria antecedente, pues esa equiparación es la que provoca la incompatibilidad entre *traditio* causal y *condictio indebiti* de naturaleza personal.

3. EL EFECTO TRANSMISIVO DEL PAGO DE LO INDEBIDO EN DERECHO ESPAÑOL

3.1 REPASO DE LAS CONSTRUCCIONES VISTAS

Si después de este recorrido histórico volvemos al análisis de las diversas construcciones que ha formulado la doctrina española para explicar la regulación del pago de lo indebido y el aparente efecto transmisivo a que conduce el inciso final del artículo 1897 del Código Civil, encontramos que, si desde el punto de vista textual y sistemático no parecían encajar con el Código, desde la perspectiva histórica carecen de sólido apoyo.

La tesis de la transmisión abstracta es insostenible en Derecho español. Aparte de todos los argumentos que ya se expusieron en su contra en el epígrafe primero, resulta que no responde en absoluto a la regulación histórica del Derecho español ni a los precedentes de nuestro Código. Se trata de una doctrina de origen alemán, extraña a los textos romanos y ajena al articulado del Código.

La tesis propuesta por Ballarín —legitimación activa del *solvens* tanto con la *condictio* contra el *accipiens* como con la reivindicatoria frente al tercero, ambas en concurso alternativo— no encaja tampoco con los antecedentes históricos del Derecho español, ni con la que parece fue la regulación originaria del Derecho francés, de donde Ballarín la toma; la tesis se basa en una interpretación doctrinal tardía de los textos franceses. Pero en la historia del Derecho europeo y español, la única acción a disposición del *solvens indebiti* frente al *accipiens* de buena fe era una *condictio* de naturaleza personal que no alcanzaba al tercer adquirente.

La tesis mayoritaria en la doctrina española, la que ve en el final del artículo 1897 una adquisición *a non domino* a favor del

tercero de buena fe, aparte de encajar mal con el sistema del Código Civil y el texto del artículo 1897, tampoco responde a la regulación histórica española. Su único apoyo es el comentario de García Goyena. Pero ya hemos visto que el fin de su comentario era intentar explicar el porqué de una irreivindicabilidad frente a tercero que él en absoluto entendía, pero que aceptaba por ser la regulación histórica. Sin darse cuenta de que en la regulación histórica del Derecho común, que el Proyecto de 1851 recogía fielmente, el fundamento de la protección no era la buena fe del tercero sino el hecho de que la buena fe hace al *accipiens* propietario.

De todas las tesis que se expusieron en el epígrafe primero, la única que cuenta con un sólido apoyo histórico es la de la especial naturaleza de la *causa solvendi*. Sostienen sus defensores que el Código habría asumido el sistema romano clásico: causalidad, pero peculiaridad en la *causa solvendi*, pues aquí causa no es el negocio obligatorio sino el mismo pago. Rechazan, por tanto, el sistema de título y modo, en la medida en que con tal expresión se produce una equiparación entre título y contrato u obligación antecedente, y aceptan, en cambio, un sistema causal basado en las *iustae causae traditionis* romanas, que serán la *causa credendi*, *donandi* y *solvendi*¹⁰³.

Pero la misma historia en la que esta tesis pretende apoyarse se vuelve contra ella. El argumento histórico, amparado en el Derecho romano, incurre en un evidente anacronismo. Fue en 1915, más de veinticinco años después de la redacción del Código Civil español, cuando Ernst Rabel expuso la que se ha demostrado como explicación acertada de las fuentes romanas. Ni los romanistas ni los civilistas de 1889, momento de la redacción del Código Civil, sabían nada de la especialidad de la *causa solutionis* y de su independencia respecto a la obligación, que explica el efecto transmisorio de la *solutio indebiti* en Derecho romano¹⁰⁴. Los redactores del Código Civil no pudieron asumir el sistema romano tal como hoy lo conocemos, por la sencilla razón de que ellos lo desconocían. Actuaron con los conocimientos de su tiempo. El Código Civil es ciertamente descendiente del Derecho romano, pero no inmediato,

¹⁰³ VILA RIBAS, que es quien más extensamente ha sostenido esta tesis, se remite expresamente al sistema romano clásico, que da por asumido en el Código (*El pago de lo indebido y la transmisión de la propiedad en el sistema del Código Civil español*, pp. 179 ss.).

¹⁰⁴ Cfr. las obras más al uso de Derecho romano a finales del siglo XIX: GÓMEZ DE LA SERNA, *Curso Histórico-Exegético del Derecho romano comparado con el español*, II, Madrid, 1863, pp. 357 ss.; HEINECIO, *Elementos de Derecho romano*, Granada, 1839, pp. 129 ss.; ORTOLÁN, *Explicación histórica de las Instituciones del Emperador Justiniano*, tomo I, Madrid, 1877, pp. 352 ss. Entre los civilistas, vid. por ejemplo GUTIÉRREZ, *Códigos o Estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, III, Madrid, 1871, pp. 34 ss.; GÓMEZ DE LA SERNA/MONTALBÁN, *Elementos de Derecho civil y penal de España*, Madrid, 1865, p. 518.

sino a través de la elaboración del Derecho común. Y, como reconoce Vila Ribas, la especialidad de la *causa solvendi* se había perdido en los autores medievales y modernos¹⁰⁵. Para ellos causa es la obligación o el contrato, aun putativo, pero no el acuerdo de pago independiente y abstracto de la obligación¹⁰⁶.

3.2 EL TÍTULO PUTATIVO COMO EXPLICACIÓN DEL EFECTO TRANSMISIVO DEL PAGO DE LO INDEBIDO

Desechadas todas las construcciones expuestas, me parece que la teoría del título putativo es la que encaja con los artículos 1896 y 1897, tanto desde el punto de vista textual como histórico. Dicha teoría apenas ha sido propuesta como modo de explicar el efecto transmisivo del pago de lo indebido en el Código Civil¹⁰⁷.

Desde el punto de vista textual, los artículos 1896 y 1897 responden perfectamente a la tesis del título putativo. La interpretación a la que parece abocar el inciso final del artículo 1897 es que el tercer adquirente de un *accipiens indebiti* de buena fe no va a ser alcanzado por la reivindicatoria del *solvens*. La explicación más lógica de esta irreivindicabilidad es que el tercero ha adquirido de propietario, y está como tal protegido. En cambio, del artículo 1896 español se deduce que el *solvens indebiti* tiene acción contra cualquier tercero –independientemente por tanto de la buena o mala fe del tercero– que sea causahabiente del *accipiens* de mala fe. El pago de lo indebido no transmite entonces la propiedad y por ello no excluye la reivindicatoria contra tercero.

Esa regulación de los artículos 1896 y 1897 del Código Civil encuentra pleno encaje, sin necesidad de adaptación ninguna, con la tesis del título putativo: el cobro de lo indebido de buena fe transmite la propiedad, porque el título falso o erróneo pero creído existente es suficiente para la transmisión, si bien da lugar a una acción personal que no alcanza a terceros para recuperar lo indebidamente entregado. En cambio, si se pretende aceptar cualquier otra construcción, será necesario forzar el articulado del Código para encajarlo con el sistema.

¹⁰⁵ VILA RIBAS, *El pago de lo indebido y la transmisión de la propiedad por tradición en el sistema del código civil español*, pp. 185 ss. y 201 ss.

¹⁰⁶ KUPISCH, *Causalità e astrattezza*, p. 441 ss.; también lo reconoce VILA RIBAS en las páginas citadas en la nota anterior.

¹⁰⁷ Menciona la doctrina del título putativo como modo de explicar el sistema español de transmisión de la propiedad el profesor Díez-PICAZO (*La tradición y los acuerdos traslativos en Derecho español*, p. 567), si bien del mismo trabajo se deduce que en realidad la supone equivalente a una entrega *solvendi causa*.

Desde el punto de vista histórico, la tesis del título putativo fue la heredada por el Código español. Esa construcción fue la que dominó el Derecho común europeo, del que fue parte el español. Fue la que siguió el Código Napoleón, como se desprende de sus antecedentes y sistemática, y de acuerdo con esa doctrina explicaron la regulación del Código francés los comentaristas de la primera mitad del siglo XIX. Ciertamente, la regulación de las Partidas era diferente, pues no hacía depender la transmisión de la buena o mala fe del *accipiens*. Pero el Proyecto de 1851 se apartó de la tradición de las Partidas —a la que sí respondía el Proyecto de 1836— para adoptar una regulación que García Goyena reconoce tomada del Código Civil francés, por más que él no acabara de entender su sentido. Y a través del Proyecto de 1851 llegó esa construcción del título putativo, sin cambios sustanciales, al Código español. Por tanto, mientras que en la segunda mitad del siglo XIX el Derecho francés evolucionaba para negar el efecto transmisivo del pago de lo indebido, y el alemán consagraba en su legislación la tesis de la transmisión abstracta, el Código español, de manera ciertamente inconsciente, seguía, como en tantos otros puntos, apegado a la tradición del Derecho común.

3.3 LOS EFECTOS DEL PAGO DE LO INDEBIDO AL ACCIPIENS DE BUENA Y MALA FE

Contemplando la tesis del título putativo desde el punto de vista de los efectos, nos encontramos con que la diferente eficacia del pago, en función de la buena o mala fe del *accipiens*, permite un justo equilibrio de intereses entre el *solvens indebiti*, el *accipiens* y el tercero.

Caso de que el *accipiens* sea de mala fe, no habrá transmisión, el *solvens* seguirá siendo propietario y podrá accionar tanto contra el *accipiens* como contra su causahabiente (art. 1896 CC). Si emplea la reivindicatoria y vence al tercero, éste podrá demandar el saneamiento por evicción frente al *accipiens* vendedor, que responderá de todos los conceptos previstos en el artículo 1478. Si, por cualquier causa, el *solvens* no quiere o no puede reivindicar del tercero —pues no es posible hallar al tercero o la cosa se perdió en su poder—, podrá siempre accionar con la *condictio* contra el *accipiens* de mala fe, renunciando entonces a la propiedad de la cosa, y se le indemnizará como si hubiese habido pérdida conforme el criterio del artículo 1896 (el *id quod interest* del *solvens*). La posición del *solvens* resulta así perfectamente protegida; el tercero quedará indemnizado si pierde la cosa por medio

del saneamiento por evicción, y al *accipiens* de mala fe corresponderá la responsabilidad más grave.

En cambio, si el *accipiens* es de buena fe, el *solvens* habrá perdido la propiedad de la cosa, y sólo dispondrá de una acción personal para recuperarla (art. 1897). El hecho de no disponer de una acción real sino de una personal, no afectará a la restitución cuando la cosa siga en poder del *accipiens*. Pero si el *accipiens* de buena fe vendió a un tercero, éste resultará inalcanzable para la acción del *solvens*, pues la *condictio* no tiene eficacia frente a terceros. El *solvens* sólo podrá accionar contra el *accipiens* exigiendo la restitución del precio que cobró o la cesión de la acción para hacerlo efectivo. De ese modo se evita de plano el problema a que daría lugar la evicción de la cosa, en la que la responsabilidad del *accipiens* de buena fe se vería agravada en relación con el criterio general de responsabilidad que el artículo 1897 prevé para él (*quantum locupletior se facit*). El tercero se verá protegido, el *solvens* cobrará el precio y el *accipiens* quedará indemne frente a toda otra reclamación.

Un problema se plantea cuando el *accipiens* de buena fe donó la cosa o la enajenó a un tercero que conocía el carácter indebido del pago. El artículo 1897 sólo trata de la enajenación por venta, puesto que se habla de restituir el precio. En principio, cabría decir que el donatario o el adquirente de mala fe recibieron de propietario, y no resultan alcanzables por la *condictio* del *solvens*. En cambio, ya sabemos que Pothier en ambos casos, y el Proyecto de 1851 y el de 1882-88 para el caso de la donación, admitieron entonces la acción del *solvens* contra el tercero. Y aunque el texto definitivo del Código Civil no recogió ninguna previsión para estos supuestos, considero que la solución aplicable en nuestro Derecho es la predicada por Pothier. Si el tercero conocía el carácter indebido del pago, por más que haya adquirido de propietario, carece de protección frente a una acción personal que alcanzaría a su causante. Esta desprotección del tercer adquirente de mala fe ante acciones de carácter personal que afectarían a su causante, es un principio general del Derecho español, ínsito en la regulación del los artículos 1473, 1295, párrafo segundo, y 1124, párrafo cuarto. Por su parte, la debilidad del título lucrativo en Derecho español hace que se equipare al adquirente por tal título con el de mala fe. En conclusión, sólo se debe considerar tercero a la acción del *solvens* al que lo sea de buena fe y por título oneroso ¹⁰⁸.

¹⁰⁸ Sobre la denegación del carácter de tercero a estos efectos del que lo sea de mala fe o por título lucrativo, mi libro, *Fiducia y pacto de retro en garantía*, Madrid, 1998, pp. 137 ss.

3.4 LA EXIGENCIA DE VALIDEZ DEL TÍTULO EN LA TRADICIÓN Y LA USUCAPIÓN

El análisis textual e histórico nos han conducido a afirmar que la regulación de los artículos 1896 y 1897 recogen la doctrina del título putativo. Examinados sus efectos, parece alcanzar un justo equilibrio de intereses entre *solvens*, *accipiens* y el posible tercer adquirente de la cosa. Hay todavía que preguntarse si desde un punto de vista sistemático resulta conciliable con nuestro Código Civil.

Desde la perspectiva de la formación de los dogmas, no choca con el resto de principios aceptados por el Código Civil en materia de transmisión de la propiedad. En concreto, encaja tanto con la teoría del título y modo, como con la del *ius ad rem* del artículo 1473 –con el que, por cierto, no cuadra la admisión de una *causa solutionis* abstracta–, pues título y modo, título putativo y *ius ad rem* nacieron en el Derecho común para explicar y complementar conjuntamente los mismos textos romanos. No en vano la glosa *iusta causa* a Digesto 41,1,31 sirvió de texto básico tanto para la construcción del título putativo como para la del título y modo. Si se aceptan estas dos construcciones, la propiedad se transmitirá por la conjunción de un modo (entrega) y un título (obligación o contrato, válido o al menos tenido por existente por *solvens* y *accipiens*). Pero la operada en virtud de un título putativo dará lugar a la obligación de retransmitir la propiedad.

Con lo que no encaja la teoría del título putativo como causa suficiente para la transmisión del dominio, es con una determinada interpretación de la doctrina del título y modo, según la cual título es exclusivamente la obligación o el contrato antecedente *válido*. Ciertamente, esta equiparación no existía cuando los autores del Derecho común (Accursio, Bartolo, Baldo, Alciato, Vinnius, Pothier) trataban de la necesidad de una causa para la tradición. Para ellos causa era la obligación o contrato, pero no sólo el válido, sino también el erróneamente tenido por existente por las partes. Pero es innegable que ha habido una evolución histórica, a la que nuestro Derecho no ha sido ajeno, que en líneas de sucesivas concreciones va pasando de una causalidad general, donde causa no tiene porque ser la obligación o el contrato (Derecho romano), a otra concepción donde causa es la obligación o el contrato, por más que pueda ser putativo (Derecho común), y a una última donde causa es ya sólo la obligación o el contrato válido (típicamente, la doctrina francesa desde Demolombe y Laurent). ¿Ha alcanzado nuestro Código ese último grado de evolución, de modo que su sistemática general rechace la doctrina del título putativo?

No es fácil responderlo. Desde luego, para el artículo 1897 título de la tradición no será sólo el válido sino también el putativo. Pero, en el sistema general del Código Civil, no es claro si existe una tendencia a equiparar título con obligación o contrato válido.

Los artículos 1300 y siguientes, que regulan la acción de nulidad (anulabilidad) de los contratos, no arrojan luz sobre esta materia. Si un título putativo basta para la transmisión es cuestión que sólo se percibe si existe un tercero, dado que *inter partes* el mismo efecto tiene una acción real que una personal: sólo si la acción no alcanza al tercero, como en el caso del artículo 1897, se podrá deducir que es una acción personal (*condictio*) y que el demandante ha perdido la propiedad en virtud del título putativo. Pero los artículos 1300 y siguientes se limitan a prever las consecuencias de la nulidad entre las partes, sin hacer mención alguna a una enajenación a tercero que nos pudiese orientar sobre el efecto transmisivo o no del contrato en virtud del título nulo. Tal vez el legislador entendió aplicable entonces las normas de los artículos 1896 y 1897, pero no está claro.

Una cierta actitud favorable del Código a que título de la tradición no es sólo el contrato válido se podría deducir de los artículos 1124, párrafo cuarto, y 1295, párrafo segundo. En ambos casos el tercero será defendido por adquirir de propietario, a pesar de que el primitivo contrato del que el tercero trae causa va a ser privado de eficacia. Pese a que se le quiera dotar de efecto retroactivo a la resolución, la transmisión de la propiedad queda en pie. Con todo, tanto el contrato rescindido como el resuelto serán válidos, por más que ineficaces. No son propiamente transmisiones basadas en un contrato invalido pero putativo, sino en un contrato válido pero privado de su eficacia propia.

Un argumento en contra de la admisión del título putativo como suficiente para la tradición se puede deducir del artículo 609, el que recoge de modo más claro la teoría del título y el modo. Para el artículo 609 la transmisión se opera «por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición». La mención del contrato apunta a su validez. Con todo no creo que la intención de los autores fuese excluir el título putativo del concepto de justa causa de la tradición, sino la más modesta de afirmar el sistema de título y modo, sin precisar que sea el título. Desde luego lo será el legado obligacional, pese a no ser contrato. La expresión «ciertos contratos» más crea incertidumbre que la disipa.

Un argumento fuerte a favor de la equivalencia de título de la tradición a obligación o contrato válido se deriva del régimen de la usucapión ordinaria. En esta se exige un justo título (art. 1940 CC),

que será el que legalmente baste para transferir el dominio de cuya prescripción se trate (art. 1952 CC), y que ha de ser verdadero y válido (art. 1953 CC). De los textos romanos y del Derecho común, que admitían un título putativo para la usucapión, se ha pasado en nuestro Código a exigir la validez del título de la usucapión. Si se tiene en cuenta que el título de la tradición y el de la usucapión es el mismo, pues la usucapión entra en acción para suplir la falta de titularidad del *tradens* pero no el defecto del título, se entenderá que la exigencia de un título válido para la usucapión es un indicio de que el sistema del Código Civil quiso rechazar la eficacia transmisiva de un título putativo¹⁰⁹.

Desde el punto sistemático no hay más argumentos a favor ni en contra de la admisión de un título putativo como suficiente para la transmisión de los derechos reales. Aparece recogida en los artículos 1896 y 1897. No encaja bien con el término «contratos» del artículo 609, por más que no convenga quedarse en la literalidad del vocablo. Y parece rechazada en sede de usucapión ordinaria, donde sí se habría completado el proceso evolutivo de equiparación entre título y contrato válido. Lo cual induce a pensar, salvo que se dé por rota la equivalencia entre justo título de la tradición y de la usucapión, que el sistema del Código Civil ha querido exigir la validez como requisito del título.

Con todo, si se pretende profundizar en el paralelismo entre el sistema de adquisición por tradición y por usucapión, resulta que en materia de usucapión las cosas no son en modo alguno tan pacíficas como se deduciría de una simple lectura del artículo 1953 del Código Civil. Pues si analizamos en profundidad la exigencia de un título válido en usucapión, nos encontramos con que la posible admisión de un título putativo como justo título de la usucapión es una cuestión largamente discutida, tal vez una de las más vivas del Derecho Civil en los últimos años; basta nombrar dos artículos tan debatidos como el 464 del Código Civil y 35 de la Ley Hipotecaria para caer en la cuenta que un buen sector de la doctrina, aunque sin ligar ambos artículos —pues la doctrina tiende a comparar el art. 464 del CC con el art. 34 de la LH, pero no con el art. 35¹¹⁰—, viene

¹⁰⁹ La equivalencia del título de la tradición y de la usucapión la subraya, con textos históricos, MIQUEL (*La posesión de bienes muebles*, pp. 358 ss.). Un texto de AZÓN es claro en este sentido: «et idem ex quacumque causa acquirit dominium si fiat traditio a domino, nam si fiat a non domino, parat iusta causa usucapiendi». Tomo la cita de VILA RIBAS, *El pago de lo indebido y la transmisión de la propiedad por tradición en el sistema del Código Civil español*, p. 157.

¹¹⁰ La relación entre la interpretación romanista del artículo 464 y el artículo 35 de la Ley Hipotecaria me la sugirió el profesor MIQUEL. Trata conjuntamente esos artículos BADOSA, «Justo título», en *NEJ. Seix*, tomo XIV, Barcelona, 1978, pp. 660 ss., especialmente pp. 690 ss.

defendiendo que recogen respectivamente la admisión de un título putativo para la usucapión de bienes muebles y de bienes inmuebles inscritos. Con lo cual, posesión de buena fe e inscripción de buena fe valdrían a efectos de usucapión de muebles e inmuebles, cada una en su ámbito, para sanar el defecto del título. A este limitado pero importante efecto, conviene recalcarlo, la posesión actuaría respecto a los bienes muebles como el Registro para los inmuebles: no provocando la legitimidad de una adquisición *a non domino* sino la convalidación del título nulo a efectos de usucapión.

Esta nueva perspectiva exige un estudio pormenorizado que nos permita concluir si es cierto o no que el sentido de los artículos citados es la admisión de un título putativo también en sede de usucapión. Porque de ser así resultaría que la vieja doctrina medieval del título putativo habría desarrollado una particular fecundidad en los textos legales españoles.

4. EL TÍTULO PUTATIVO DEL ARTÍCULO 464 DEL CÓDIGO CIVIL

4.1 EXPOSICIÓN CRÍTICA DE LAS INTERPRETACIONES DEL ARTÍCULO 464

Son de sobra conocidos los problemas interpretativos a que da lugar el artículo 464 del Código Civil. Los autores llevan más de un siglo debatiendo sobre él y los artículos con él relacionados, como son el 1955 y el 1962 del Código. Pese a tan prolongado debate –del que se percibe un cierto agotamiento en los últimos años–, la exégesis de esta tríada de artículos no se ha aclarado, si bien las posiciones sí que se han fijado y los argumentos de cada interpretación han ido cristalizando.

El problema interpretativo del artículo 464 del Código Civil –y, por extensión, de los arts. 1955 y 1962 del Código– viene aquí a colación, ya lo he dicho, porque una parte de la doctrina, la llamada tesis romanista, ve en él la admisión de un título putativo para la usucapión de muebles. De ser esto así tendríamos, al menos respecto a muebles, un título putativo en tradición (art. 1897) y otro en usucapión (art. 464). Se exige tomar postura, y postura razonada, ante el 464 para poder saber si el Código Civil ha recogido en materia mobiliaria la vieja doctrina del título putativo en sus dos ámbitos de eficacia (tradición y usucapión). Ello me obliga a repa-

sar y analizar críticamente las interpretaciones planteadas sobre el mencionado precepto.

4.1.1 La tesis romanista

Es la más antigua en nuestra doctrina, pues fue la mantenida por la mayoría de los primeros exégetas de nuestro Código¹¹¹. Actualmente, sin embargo, ha caído en cierto descrédito, y aunque sigue siendo referida en los tratados y exposiciones, apenas encuentra apoyos en la doctrina. Se le llama tesis romanista porque, de acuerdo con el Derecho romano, no admite más adquisición *a non domino* de bienes muebles que la que se opera por la usucapación.

Para la tesis romanista el sentido de la primera frase del primer párrafo del artículo 464 del Código Civil es claro: que «la posesión de bienes muebles, adquirida de buena fe, equivale al título» significa que dicha posesión, recibida en la creencia de que se entregaba en virtud de un título transmisivo válido, sirve de título para la usucapación del bien en cuestión, por más que en realidad el título o contrato sea inválido. La buena fe del adquirente en la validez del título suple entonces al título mismo a efectos de usucapación. La frase consagra por tanto la admisibilidad de un título putativo en la usucapación de bienes muebles.

Esa admisión de un título putativo como suficiente para la usucapación de muebles explica precisamente que el artículo 1955 –único en todo el Código Civil que se remite al art. 464– no enumere entre los requisitos de la usucapación ordinaria de bienes muebles el justo título, en contraposición a la mención que de él hacen los artículos 1940 y 1957 al tratar de la usucapación ordinaria en general y de la usucapación inmobiliaria en particular. La usucapación de muebles no exige justo título porque el artículo 464 hace equivalente la posesión de buena fe al justo título. Dada esa posesión y esa buena fe, la ley suple el título. En esa explicación, los artículos 464 y 1955 ni siquiera serían excepción al requisito de validez del título de la usucapación del artículo 1953, pues sucede más bien que el artículo 1955 prescinde, por lo dicho, de toda exigencia de justo título en la usucapación de muebles.

¹¹¹ La única excepción fue NAVARRO AMANDI, quien sostuvo en su comentario del artículo 464 del Código Civil que éste servía para producir una adquisición *a non domino* a favor del *accipiens* de buena fe, haciendo referencia expresa a la interpretación realizada por la doctrina francesa del artículo 2279 del CC francés (NAVARRO AMANDI, *Cuestionario del Código Civil reformado*, tomo II, Madrid, 1889, pp. 188 ss.).

Pero, a partir de este punto, empiezan los problemas para la tesis romanista, concentrados en la segunda frase del artículo 464, 1.º: «sin embargo, el que hubiese perdido una cosa mueble o hubiese sido privado de ella ilegalmente, podrá reivindicarla de quien la posea». Porque si la frase primera lo único que concede al poseedor de buena fe es un título a efectos de usucapión, supliendo la posible nulidad en que podía incurrir el suyo, no se ve que contraposición marca la frase segunda para iniciarse con «sin embargo». Si la frase primera sólo otorga un título putativo a efectos de usucapión, parece lógico que el que haya perdido la cosa o haya sido privado ilegalmente de ella –tanto entendido esto como robo o hurto, o en sentido amplio, como cualquier privación antijurídica– pueda reivindicarla de quien la posea, pues todo propietario puede seguir reivindicando mientras no se consume la usucapión¹¹². Para la tesis romanista el apartado segundo del artículo 464.1.º no contiene especialidad alguna, y, en consecuencia, en vez de con «sin embargo» debería encabezarse con un «por tanto»¹¹³.

El segundo grave problema de la tesis romanista, éste compartido con las otras interpretaciones de los artículos 464, 1955 y 1962 del Código Civil, es el de dotar de sentido al párrafo tercero del artículo 1955 y a la excepción final del artículo 1962. Establecen respectivamente una especialidad para la usucapión y la prescripción extintiva de la acción reivindicatoria de los bienes muebles perdidos o que fueron objeto de privación ilegal, remitiéndose al artículo 464. Pero las exposiciones clásicas de la tesis romanista no han sabido explicar estos incisos, y se han tenido que limitar a reiterar la remisión *in genere* a la norma del artículo 464, sin explicitar qué especialidad se establece en este artículo respecto a la usucapión y a la prescripción extintiva de la reivindicatoria sobre dichos bienes muebles perdidos o que fueron objeto de privación ilegal.

4.1.2 La tesis germanista

La interpretación que sostiene que el artículo 464 recoge un supuesto de adquisición *a non domino* de bienes muebles fue de aparición relativamente tardía en la doctrina española. La sostuvo primero aisladamente Navarro Amandi en su comentario del Cód-

¹¹² Así, la crítica de MIQUEL (*La posesión de bienes muebles*, p. 265) y LACRUZ (*Elementos de Derecho civil*, III, 1.º, Barcelona, 1991, p. 244).

¹¹³ Vid. en este sentido una exposición clásica de la tesis romanista como es la de QUINTUS MUCIUS SCAEVOLA, *Comentarios al Código Civil*, tomo VIII, Madrid, 1893, pp. 572 ss.

go Civil¹¹⁴, Alas la expuso por primera vez de modo completo¹¹⁵, y a partir de entonces, impulsada también por la traducción de la obra de Saleilles¹¹⁶ y por los trabajos de Hernández Gil¹¹⁷, se difundió en la doctrina española, hasta el punto de ser hoy la mayoritaria entre los autores. Se la denomina tesis germanista, pues justifica la irreivindicabilidad frente a tercero de los bienes muebles confiados como una especialidad heredada del Derecho germánico.

Según esta tesis, el sentido del artículo 464 del Código Civil es el mismo que el que da la doctrina francesa al que fue su modelo, el artículo 2279 del Código Napoleón, puesto que pese a introducir algunas modificaciones, el texto de ambos artículos es sustancialmente idéntico¹¹⁸. Por ello, a juicio de los partidarios de esta tesis, expresado por Lacruz, «el precepto vale lo que valga en el Código de Napoleón»¹¹⁹. La fórmula «la posesión de los bienes muebles, adquirida de buena fe, equivale al título», entraña la admisión de una adquisición *a non domino* de buena fe de una cosa mueble. La posesión a título de dueño adquirida de buena fe otorga la propiedad al *accipiens*, supliendo el defecto de titularidad del *tradens*.

La segunda frase del artículo 464.1.º se corresponde también, básicamente, con la segunda del artículo 2279 francés, y hay que darle, en consecuencia, la misma interpretación. Que «sin embargo, el que hubiese perdido una cosa mueble o hubiese sido privado de ella ilegalmente, podrá reivindicarla de quien la posea» significa que la adquisición *a non domino* no opera respecto a las cosas muebles perdidas, hurtadas o robadas, sobre las que no cabe más adquisición *a non domino* que la que se produce por vía de usucapción conforme a los plazos del artículo 1955. La usucapción ordinaria del 1955.1.º queda precisamente para estos casos, pues sobre cosas confiadas rige la primera frase del artículo 464.1.º

Esta admisión de una adquisición mobiliaria *a non domino* salvo en los casos de pérdida, robo o hurto sería una regla típica de los Derechos germánicos, que habría pervivido a la recepción del

¹¹⁴ NAVARRO AMANDI, *Cuestionario del Código Civil reformado*, pp. 188 ss.

¹¹⁵ *La publicidad y los bienes muebles*, Madrid, 1920, pp. 131 ss.

¹¹⁶ *La posesión de bienes muebles*, Madrid, 1927. La obra era un estudio comparativo del Derecho francés y alemán, ambos favorables a la adquisición *a non domino* de bienes muebles, y fue anotada para adaptarla a la legislación española por CASTÁN TOBEÑAS.

¹¹⁷ «El giro de la doctrina española en torno al artículo 464 del Código Civil, y una posible interpretación del término “privación ilegal”», en *RDP*, 1944, pp. 491 ss.; «De nuevo sobre el artículo 464 del Código Civil», en *RDP*, 1945, pp. 413 ss.

¹¹⁸ El artículo 2279 francés dice: «En fait de meubles, la possession vaut titre.

Neánmoins celui qui a perdu ou auquel il a été volé une chose peut la revendiquer pendant trois ans, à compter du jour de la perte ou du vol, contre celui dans les mains duquel il la trouve; sauf à celui-ci son recours contre celui duquel il la tient».

¹¹⁹ LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, III.1.º, p. 247.

Derecho romano. En Alemania la recoge el § 932 del BGB y en Francia el artículo 2279 del *Code civil*, del que la tomó el legislador español. Su fundamento es la seguridad del tráfico. La excepción para los casos de pérdida, robo o hurto se basa en la falta de desposesión voluntaria del propietario en estos casos: quien ha perdido una cosa, o quien sufrió el robo o el hurto, no ha provocado la apariencia de propiedad que otorga la posesión. En consecuencia, al no ser responsable de la creación de esa apariencia, no se le debe imponer la protección del tercero que confió en ella. En cambio, quien cedió voluntariamente la cosa es responsable de la apariencia de propiedad creada por la posesión a favor del tenedor, y deberá sufrir las consecuencias y soportar la adquisición de buena fe del tercero: él sólo podrá reclamar frente a quien abuso de su confianza.

A juicio de los defensores de esta interpretación, el caballo de batalla del artículo 464 es el concepto de privación ilegal. Si privación ilegal fuese cualquier privación antijurídica, la frase segunda del 464.1.º anularía el sentido que la doctrina germanista quiere dar a la frase primera, puesto que admitiría en todo caso la reivindicatoria contra tercero. El propietario podría reivindicar y no habría adquisición *a non domino* alguna. Para evitar esa contradicción entre la primera y segunda frase, es necesario limitar el sentido de la expresión privación ilegal, a fin de que corresponda con el robo y el hurto, tal como sucede en el texto francés, de modo que la segunda frase del artículo 464 suponga una excepción y no una anulación del sentido atribuido a la primera.

Dos han sido básicamente los argumentos textuales para reducir el sentido de privación ilegal a los casos de robo y hurto —al que ciertos autores añaden la estafa—, excluyendo la desposesión voluntaria. Uno es la remisión mediata de la última frase del artículo 1962 al párrafo tercero del artículo 1955 y por medio de éste al artículo 464. El artículo 464 habla de pérdida y privación ilegal; lo mismo hace, remitiéndose al artículo 464, el tercer párrafo del artículo 1955; pero el inciso final del artículo 1962, remitiéndose a dicho párrafo tercero del artículo 1955, habla de «los casos de extravío y venta pública, y los de robo o hurto». Referido el caso de extravío a la pérdida, quedarán el robo o hurto como sustitutivos y aclaratorios del sentido de privación ilegal¹²⁰.

El otro es que la expresión «privación ilegal» se encuentra sustituida por «sustracción» en el segundo párrafo del artículo 464. Se argumenta entonces que sustracción sólo puede referirse al robo y

¹²⁰ El argumento fue expuesto y desarrollado por HERNÁNDEZ GIL, «El giro de la doctrina española en torno al artículo 464 del Código Civil, y una posible interpretación del término “privación ilegal”», en *RDP*, 1944, pp. 512 ss.

al hurto, pues no existe sustracción cuando el propietario se desposeyó voluntariamente de la cosa a favor de un comodatario, un arrendatario, un precarista o cualquier otro mediador posesorio que luego defrauda su confianza enajenando a un tercero ¹²¹.

Esta es la explicación del artículo 464 para la tesis germanista. A partir de aquí comienzan sus problemas. Expondré primero los que surgen del propio texto de los preceptos debatidos, para abordar luego los de tipo sistemático ¹²².

El texto de la primera frase del artículo 464, «la posesión de bienes muebles, adquirida de buena fe, equivale al título», no da lugar, sin forzar el texto, a una adquisición *a non domino*, como ha puesto de manifiesto Miquel ¹²³. La transmisión derivativa exige en el sistema español propiedad del enajenante, título y tradición. Si falta la propiedad del tradente, procede la usucapión ordinaria, sustituyendo la buena fe en la propiedad del tradente y el transcurso del tiempo a esa titularidad. Pues bien, si el artículo 464 concede al poseedor de buena fe título, le concede algo que no sirve para sustituir al elemento que falta para hacer perfecta la adquisición *a non domino*, que es la falta de propiedad del tradente. Como bien dice Miquel «si el legislador quisiera hacer un esfuerzo protector del tercero cuya adquisición presentase el inconveniente de haber comprado una cosa a un no propietario, no le puede remediar concediéndole que ha comprado (título), porque eso por hipótesis lo tiene. Es la aporía a que llega la tesis germanista al exigir del tercero un título (oneroso) para que su posesión equivalga al título» ¹²⁴. En consecuencia, para que el artículo 464 recogiese una adquisición *a non domino*, la posesión adquirida de buena fe no debiera equivaler al título, sino a la adquirida de propietario ¹²⁵.

El segundo problema textual deviene del artículo 1955, ligado por remisión expresa al artículo 464. Según los partidarios de la tesis germanista, la usucapión ordinaria de bienes muebles queda-

¹²¹ A favor de este argumento, HERNÁNDEZ GIL, «El giro de la doctrina española en torno al artículo 464 del Código Civil, y una posible interpretación del término «privación ilegal»», pp. 505 ss., y DE LA CÁMARA, *La adquisición «a non domino» de bienes muebles*, Madrid, 1982, pp. 235 ss.

¹²² Una exposición extensa y detallada contraria a la tesis germanista puede verse en MIQUEL, *La posesión de bienes muebles*, Madrid, 1979; también VALLET DE GOYTISOLO, «La reivindicación mobiliaria como tema fundamental del art. 464 del Código Civil», en *ADC*, 1956, pp. 361 ss.; el mismo, «De nuevo sobre la posesión de bienes muebles», en *ADC*, 1980, pp. 243 ss. A favor de la tesis germanista, intentando rebatir la refutación de MIQUEL y VALLET, DE LA CÁMARA, *La adquisición «a non domino» de bienes muebles*, Madrid, 1982.

¹²³ «Comentario del artículo 464 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, tomo I, Madrid, 1993, p. 1242.

¹²⁴ MIQUEL, *ibid.*

¹²⁵ Los partidarios de la tesis germanista han intentado insistentemente interpretar la expresión título del artículo 464 como propiedad o titularidad. Pero esto no me parece posible sin forzar el texto legal.

ría para los casos en que no puede producirse adquisición instantánea *a non domino*, es decir, para los casos de pérdida, hurto o robo. Pero el párrafo tercero del artículo 1955, al tratar precisamente de las cosas perdidas, robadas o hurtadas, remite al artículo 464, cuando según la tesis germanista es el párrafo primero del artículo 1955 el que se ocupa de ellas. Por tanto, no tiene sentido que si el párrafo primero del artículo 1955 trata de la usucapión de cosas muebles perdidas, robadas o hurtadas, el mismo artículo en su párrafo tercero remita para éstas al artículo 464. Ello parece indicar que el párrafo primero del artículo 1955 se ocupa de otra materia.

Otro problema deriva del silencio del artículo 1955 sobre el requisito del justo título en la usucapión de cosas muebles. Para la tesis romanista ese silencio es lógico: se explica por la equivalencia entre posesión y título de usucapión establecida por el artículo 464. Pero para la tesis germanista ese silencio no tiene explicación. Si la equivalencia de posesión y título no se refiere al título sino a la titularidad —que es algo bien distinto—, no se entiende por qué el 1955.1.º exime del requisito del título en la usucapión ordinaria de muebles.

Por último, y en ello coincide con la tesis romanista, el párrafo tercero del artículo 1955 y la excepción final del artículo 1962 quedan sin sentido, pues no se sabe exactamente qué especialidad es la que acogen y qué función cumplen ¹²⁶.

Pero si de la crítica textual pasamos al análisis sistemático, la interpretación germanista se vuelve a duras penas sostenible ¹²⁷. La norma choca de frente con la precedente del artículo 463: los actos relativos a la posesión del mediador posesorio no perjudican al dueño ¹²⁸. Resulta también contradictoria con el artículo 1160 del Código, que, en las obligaciones de dar, exige para la validez del pago la titularidad del *solvens* ¹²⁹. A lo que hay que sumar, y de ello ya se trató en el epígrafe

¹²⁶ Así lo admiten HERNÁNDEZ GIL (*El giro de la doctrina española en torno al artículo 464 del Código Civil, y una posible interpretación del término «privación ilegal»*, pp. 513 ss.) y DE LA CÁMARA (*La adquisición «a non domino» de bienes muebles*, pp. 116 ss), dos de los más importantes defensores de la tesis germanista.

¹²⁷ Probablemente por ello ha postulado LACRUZ que hay que sustraerse a ese tipo —y, prácticamente, a todo tipo— de interpretación del artículo 464. Dice sobre él: «Trasplantado a nuestras leyes civiles desde el Código de Napoleón, no puede tener en ellas distinto significado del que tuviera en el Código de procedencia. No es adecuado, entonces, iniciar una análisis gramatical, palabra por palabra, para ver cuál sea su posible valor conforme a la terminología jurídica hispana de 1888 y conforme a los principios generales del Derecho de cosas del Código, precisamente porque el precepto ha sido importado como una sola pieza y con el valor y significado que tenía en origen, y en nuestro sistema representa una regulación extraña a los principios tradicionales y las concepciones de los juristas contemporáneos» (LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, III.1.º, p. 247).

¹²⁸ MIQUEL, *La posesión de bienes muebles*, pp. 442 ss.

¹²⁹ Sobre la contradicción entre el artículo 1160 y la interpretación germanista del artículo 464 he podido manejar un muy interesante trabajo inédito del profesor MIQUEL, redactado en 1970, titulado *El artículo 1160 el Código Civil: sus principales problemas de interpretación*, que el autor ha tenido la amabilidad de proporcionarme.

primero, que el Código español desconoce de modo general la categoría de las adquisiciones *a non domino*: la interpretación germanista del artículo 464 no encaja en absoluto en el sistema.

A todo lo anterior hay que añadir que el propio fundamento último de la regla se encuentra en los últimos decenios en franca quiebra. La teoría germanista se apoyaba en buena parte en el prestigio que tenía el supuesto principio germánico de protección de la apariencia de titularidad nacida de la posesión cuando esa apariencia había sido creada por el verdadero titular. Pero desde mediados del siglo xx, han sido muchas las voces que en el propio lugar de origen de la norma, Alemania, han puesto en entredicho el fundamento del principio, tanto en perspectiva dogmática como histórica: no está ya claro que sea una norma de origen germánico¹³⁰; ni mucho menos que la posesión legitime una adquisición, pues es difícilmente sostenible que la posesión cree una apariencia de propiedad¹³¹. Se ha dicho en Alemania, con buena razón, que no se ve en modo alguno por qué merece más protección quien por descuido perdió una cosa o dejó que se la hurtaran que quien diligentemente la cedió a alguien que defraudó su confianza enajenando a un tercero¹³².

4.1.3 La tesis de la regla especial para la reivindicación mobiliaria

Es la tesis más reciente de cuantas tratan de interpretar el artículo 464 del Código, pues, aunque con precedentes en otros autores, fue lanzada por Vallet de Goytisolo en 1956¹³³, y más tarde desarrollada y en parte corregida por Miquel¹³⁴. Se le deno-

¹³⁰ ANNERS, *Hand wahre Hand*, Lund, 1952; KORTE, *Anwendung und Verbreitung des Rechtssatzes «Hand wahre Hand» im mittelalterlichen deutschen Privatrecht*, Marburg, 1981; OGRIS, «Hand wahre Hand», en *Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte*, I, Berlín, 1971, col. 1928 ss.; SCHERNER, *Salmansschaft, Servusgeschäft und Venditio Iusta*, Wiesbaden, 1971, pp. 157 ss.; GUDIAN, *Gemeindeutsches Recht im Mittelalter?*, *Ius Commune*, 2 (1969), pp. 32 ss. Un estudio muy completo, con numerosas aportaciones personales, el de MIQUEL, «La genesis del principio Hand wahre Hand», en *RDN*, 1979-2, pp. 227 ss.

¹³¹ HÜBNER, *Der Rechtsverlust im Mobiliarsachenrecht*, Erlangen, 1955; DUDEN, *Juristen Zeitung*, 1954, pp. 40 ss.; VON LÜBTOW, «Hand wahre Hand», en *Festschrift der Juristischen Fakultät der Freien Universität Berlin*, Berlín, 1955, pp. 202 ss.; últimamente ERNST, «Ist der gutgläubige Mobiliärerwerb eine Rechtsscheinwirkung?», en *Festschrift Gernhuber*, Tübingen, 1993, pp. 95 ss., con la bibliografía allí citada. En la literatura española, MIQUEL, *La posesión de bienes muebles*, pp. 449 ss.

¹³² WIELING, *Sachenrecht*, I, Berlin-Heidelberg-New York, 1990, pp. 357 ss.

¹³³ «La reivindicación mobiliaria como tema fundamental del art. 464 del Código Civil», en *ADC*, 1956, pp. 361 ss.

¹³⁴ Fundamentalmente, en su libro, *La posesión de bienes muebles*, Madrid, 1979. Aparte de otros estudios históricos y jurisprudenciales, citados más adelante, conviene también consultar del mismo autor «Presunción de propiedad y exhibición del título», en *Centenario del Código Civil*, II, Madrid, 1990, pp. 1333 ss.

mina a veces tesis intermedia, como si se tratara de una interpretación ecléctica entre la romanista y la germanista, pero en realidad constituye un *tertium genus* distinto a los anteriores.

Para Vallet y Miquel la regla del artículo 464 opera en el ámbito de la reivindicación mobiliaria. En un procedimiento reivindicatorio ordinario, sobre inmuebles, corre de cuenta del actor probar su propiedad sobre la cosa; probada ésta, corresponde al demandado probar por su parte su titularidad, demostrando que adquirió del actor o de un causahabiente a título particular de éste. Si ninguno prueba nada, el demandado queda absuelto de la demanda.

Pues bien, el artículo 464 modificaría esa regla general de prueba en la reivindicación mobiliaria. Aplicar aquí las reglas vistas colocaría en una difícil situación al demandado, porque sobre bienes muebles no suele existir ningún documento de la adquisición o título en sentido probatorio, y, en consecuencia, le sería muy difícil probarla. El artículo 464 brinda un remedio a ese problema, haciendo equivalente la posesión en concepto de dueño con la prueba del título. Para el poseedor, la prueba del título es su misma posesión: la equivalencia de posesión y título es propiamente una equivalencia entre posesión y prueba del título.

Si la primera frase del artículo 464.1.º concede al poseedor prueba del título, resulta que de los tres elementos necesarios para adquirir la propiedad –título, modo y adquirir de propietario–, el poseedor en concepto de dueño ya tiene dos: el modo, puesto que posee, y el título, concedida por la ley su prueba. Si adquirió de propietario, reunirá los tres elementos necesarios para provocar su adquisición, y vencerá en la reivindicatoria.

Por ello la frase segunda del artículo 464 recoge la consecuente segunda parte de esa especialidad de la reivindicación mobiliaria: frente a la alegación de propiedad del demandado, el demandante sólo podrá vencer en la reivindicatoria si prueba que aquél no adquirió, ya que le transmitió quien no era propietario. Es decir, el demandante tendrá que probar que el demandado, pese a tener título y modo, no se hizo propietario porque recibió de quien no lo era. El único modo de probar eso es demostrar que él, anterior propietario, perdió la cosa o fue privado de ella ilegalmente: se la robaron, o se la hurtaron, o la enajenó el mediador posesorio abusando de su confianza. Si no consigue probar esto, no prosperará su acción.

Pese a lo que puede parecer, la norma del artículo 464 no debe limitarse a la protección del demandado. Puesto que otorga prueba del título basado en la posesión, dispensa también de prueba del título al actor que pruebe su posesión anterior, con lo que le facilita la prueba de su adquisición; o, y éste es el campo en que se ha

hecho más aplicación de la regla, al tercerista en la tercería de dominio.

La clave de esta tesis es la interpretación amplia de la expresión «privación ilegal». Privación ilegal es aquí equivalente a privación antijurídica, cualquier privación que no sea legal: no sólo el robo o el hurto, sino también la estafa o el abuso de confianza del mediador posesorio que enajenó la cosa.

Para sostener esta interpretación amplia de «privación ilegal», Vallet y Miquel tienen que paralizar los argumentos que los autores de la tesis germanista han empleado para avalar la interpretación restrictiva. Estos, como hemos visto, eran fundamentalmente dos: la expresión «cosa sustraída» con que se refiere el párrafo segundo del artículo 464 a la que fue objeto de privación ilegal, y la conexión indirecta, vía artículo 1955.3.º, de las palabras «hurto o robo» del inciso final del artículo 1962 con la «privación ilegal» del artículo 464.

En torno a la palabra sustracción han argumentado fundamentalmente con el significado propio de la palabra, de acuerdo con la semántica castellana: el Diccionario de la Real Academia no entiende por sustraer sólo robar o hurtar, sino en un sentido más amplio apartar, separar, extraer. Es claro que en este sentido lato cabría calificar como cosa sustraída la que el poseedor mediato enajenó abusando de la confianza del dueño¹³⁵.

En cuanto al reenvío entre las normas de los artículos 464, 1955 y 1962, que para Hernández Gil brindaba una interpretación auténtica del concepto privación ilegal, haciéndolo equivalente a robo o hurto, Vallet lo neutraliza apoyándose en lo deficiente de la argumentación germanista. Según Hernández Gil, pese a que la remisión del artículo 1962 al 1955 o es un error o carece de sentido —pues, o debía ser una remisión al art. 1956, o no se sabe qué contenido tiene—, brinda un concepto restringido de privación ilegal en el artículo 464¹³⁶. A juicio de Vallet, si la remisión es errónea y debía dirigirse al artículo 1956, está claro que no prueba nada. Si carece de sentido, por ignorarse su contenido y la especialidad que plantea, no puede servir tampoco para probar ningún significado. En cualquier caso, el argumento nacido de la remisión queda paralizado¹³⁷.

¹³⁵ VALLET DE GOYTISOLO, *La reivindicación mobiliaria como tema fundamental del art. 464 del Código Civil*, p. 386; MIQUEL, *La posesión de bienes muebles*, pp. 365 ss.

¹³⁶ HERNÁNDEZ GIL, *El giro de la doctrina española en torno al artículo 464 del Código Civil, y una posible interpretación del término «privación ilegal»*, pp. 512 ss.

¹³⁷ VALLET DE GOYTISOLO, *La reivindicación mobiliaria como tema fundamental del art. 464 del Código Civil*, pp. 386 ss. Las siguientes palabras de VALLET son un ilustrativo resumen de su crítica a la interpretación restrictiva de privación ilegal basada en la doble remisión 464-1955-1962: «En conclusión: el rebote mediante el cual se pretende

Pero la interpretación de Vallet de Goytisolo y Miquel también tiene sus problemas, por más que estos sean menores que los de la tesis germanista.

En primer lugar, y esto ha sido destacado por los autores de la tesis germanista, no se acaba de saber muy bien qué función cumple la referencia a la buena fe en un artículo que sólo debiera tratar de una especialidad de la reivindicación mobiliaria¹³⁸. La referencia a la buena fe tiene sentido en las interpretaciones romanista o germanista, pero sólo difícilmente en una norma que no se refiere ni a la nulidad del título (tesis romanista) ni a las adquisiciones *a non domino* (tesis germanista).

Por otra parte, la equivalencia entre posesión y prueba del título —es decir, título en sentido formal, pero no material— no explica adecuadamente el porqué de la omisión del requisito del título en la usucapión de muebles (art. 1955.1.º). Según Miquel esa omisión se explicaría porque el artículo 464 brinda a través de la posesión una prueba del título, que justifica que el artículo 1955 dispense de ese requisito para la usucapión ordinaria¹³⁹. La norma del artículo 464 sería entonces una excepción a la del artículo 1954 —lo cual, atendiendo a la frase final de este artículo, no deja de extrañar—. Pero, a mi parecer, tampoco esto resuelve el problema, pues una cosa es el título y otra cosa la prueba del título. Y sí el artículo 464 lo que ofrece es una prueba del título, un título en sentido formal, ello no dispensa del título en sentido material, que sin embargo no figura en el artículo 1955. La equivalencia entre posesión y prueba del título, si bien se miran las cosas, no explica el silencio del artículo 1955 sobre el requisito del título, pues una cosa es que ese requisito no necesite de prueba y otra cosa que el requisito mismo no exista; esto último es lo que prescribe el artículo 1955. Lo cual se explica mejor según la tesis romanista —posesión equivale a título en sentido material— que con la equivalencia de posesión a prueba del título¹⁴⁰.

hacer equivalentes los casos de hurto o robo del artículo 1962 a la privación ilegal del artículo 464, § 1.º, falla en cualquier caso. O bien se desvía del frontón que debía rebotarlo: al ir a parar del 1962 al 1956 y no al 1955, § 3. O por el contrario, el rebote es puramente imaginario por falta de contenido, es decir, por carencia de objeto que rebotar, al no haber reenvío real posible del artículo 1962 al 464 a través del 1955, § 3, ni respecto de las cosas que el dueño hubiese sido privado ilegalmente, ni de las pérdidas, ni, concretamente, de las cosas hurtadas o robadas» (*ibid.*, p. 391).

¹³⁸ DE LA CÁMARA, *La adquisición «a non domino» de bienes muebles*, pp. 139 ss. y 184 ss.

¹³⁹ MIQUEL, *La posesión de bienes muebles*, pp. 503 ss.

¹⁴⁰ Con la tesis de MIQUEL, pese a la equivalencia de posesión a título, un contrato nulo, si se prueba su nulidad, no bastaría para usucapir un bien mueble: con lo que se reintroduciría la exigencia del requisito del título en la usucapión ordinaria de bienes muebles del 1955.1.º, en contra del silencio del texto legal. En cambio, para la tesis romanista, como

Por último, un problema de la tesis Vallet-Miquel es que no explica el sentido del párrafo tercero del artículo 1955 y del inciso final del artículo 1962. Problema, eso sí, que comparte con el resto de tesis en litigio, pues ya hemos visto que ninguna consigue explicar para qué sirven dichos textos. A juicio de Vallet y Miquel, lo más probable es que la remisión del artículo 1962 se refiera en realidad al artículo 1956¹⁴¹; y que el párrafo tercero del artículo 1955 carezca de contenido.

4.2 LA INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA DE LOS ARTÍCULOS 464, 1955 Y 1962

El estudio de las interpretaciones expuestas sobre el artículo 464 y concordantes provoca cierta perplejidad. Ninguna tesis logra imponerse, pues ninguna resuelve los problemas existentes. Pero volviendo a nuestro punto de origen: ¿es posible que el artículo 464 y concordantes recojan un título putativo para la usucapión ordinaria de muebles?

Desde luego, la tesis germanista me resulta insostenible, y si no es por el espejismo de ciertos argumentos –progresividad de la tesis, Derecho germánico, seguridad del tráfico–, no se entiende su prolongada pervivencia. No se adecua al texto legal, choca con varios artículos de nuestro Código Civil y entra en contradicción con los principios jurídicos de nuestro ordenamiento.

Quedan en pie, básicamente, la tesis romanista y la propugnada por Vallet de Goytisolo y Miquel. Ambas presentan algunos problemas –más la segunda que la primera–, pero no entran en contradicción expresa ni con el texto legal ni con el sistema. Por tanto, será por una de ellas por las que habrá que tomar partido. Para hacerlo me parece que se deben tener en cuenta dos aspectos fundamentales.

Por un lado, la necesidad de una solución conjunta y sistemática a los problemas presentados por los artículos 464, 1955 y 1962 del Código Civil, que a la par sea respetuosa con el texto legal. Se trata de un postulado metodológico. En línea de principio, se debe buscar una solución que encaje en el texto legal y que llene de sentido todos los artículos citados. Resulta rechazable, por más

posesión equivale a título, cabe la usucapión ordinaria por más que se pruebe la nulidad del título, pues la posesión de buena fe suple ese requisito que por eso no se enuncia en el artículo 1955: habiendo posesión de buena fe no es que haya prueba del título, es que hay título.

¹⁴¹ VALLET, *La reivindicación mobiliaria como tema fundamental del artículo 464 del Código Civil*, pp. 389 ss.; MIQUEL, *La posesión de bienes muebles*, pp. 372 ss.

que haya sido lo habitual, propugnar una solución a la interpretación de la tríada de artículos citados que pase por privar de sentido del todo o en parte a los otros. Ha sido uno de los persistentes errores metodológicos de muchos estudios realizados: centrados en resolver la interpretación del artículo 464, se ha admitido que el artículo 1955.3.º y el inciso final del artículo 1962 carezcan de contenido. Lo cual, desde mi punto de vista, sólo puede aceptarse cuando no quepa otra solución lógica: la tesis del legislador absurdo –que establece normas carentes de contenido– o errado –que falla al remitir a un artículo, el artículo 1955, cuando debía hacerlo a otro, el artículo 1956– no es sostenible más que a falta de toda otra hipótesis posible.

En segundo lugar, me parece necesario, así pueda parecer cuestión tratada en exceso, volver a los antecedentes históricos, pues son los únicos que pueden darnos luz sobre la norma. Los antecedentes históricos han sido reiteradamente invocados, y con pretensiones opuestas, tanto por los partidarios de la tesis germanista, centrados en los autores franceses del siglo XIX y su intelección del artículo 2279 del *Code civil*, como por el profesor Miquel, centrado en los orígenes probatorios y no adquisitivos de la regla *possession vaut titre* –la posesión equivale al título– en el Derecho francés¹⁴².

Pero, en cambio, los antecedentes de Derecho español de la regla han sido descuidados, en pro de los franceses o germánicos, debido a un inconsciente influjo de la similitud textual entre el artículo 2279 del Código Napoleón y el artículo 464 español. Me parece, e intentaré demostrarlo, que la norma española tiene sus antecedentes sustantivos propios en nuestro Derecho histórico –pese a su innegable similitud formal con la del artículo 2279 francés–, y que son esos antecedentes los que deben explicarla.

Pero antes del estudio histórico vamos al análisis sistemático. De él se extrae un argumento claro a favor de la tesis romanista, como demostró en los años sesenta Fuentes Pérez en un trabajo en que sostenía, remozándola en parte, dicha tesis¹⁴³.

Para él la frase primera del artículo 464 establece una equivalencia entre posesión y título a efectos de usucapión ordinaria, que explica la supresión de ese requisito en el artículo 1955: la pose-

¹⁴² MIQUEL, *La posesión de bienes muebles*; id., «La génesis del principio Hand wahre Hand», en *RDN*, 1979-2, pp. 227 ss.; ídem, «“Meubles n’ont pas de suite” consideraciones sobre este aforismo y la reivindicación mobiliaria en el francés medieval», en *Estudios Vallet de Goytisolo*, tomo VI, Madrid, 1988, pp. 319 ss.

¹⁴³ «Coordinación del artículo 464 con los 1955 y 1962, todos del Código Civil», en *RCDI*, 1960, pp. 528 ss.

sión adquirida de buena fe equivale al título de usucapión, y por ello el artículo 1955 no cita el requisito del título entre los de la usucapión ordinaria de muebles. El artículo 464 entraña una admisión del título putativo, creído pero inexistente, para esta usucapión. Es el sentido más lógico y propio de la frase primera del artículo 464.

En pro de esta interpretación hay un argumento más, derivado del 433. Mucho se ha debatido sobre la buena fe. Su presencia ha sido alegada como un argumento favorable a la tesis germanista. Pero, ¿a qué se refiere la buena fe?, ¿a la creencia en adquirir de propietario –tesis germanista– o a la creencia en la veracidad del título –tesis romanista–? Si vamos al artículo que se refiere a la buena fe en materia posesoria, el 433, la referencia a la buena fe será la propia de la tesis romanista: «se reputa poseedor de buena fe al que ignora que en su título o modo de adquirir exista vicio que lo invalide». La buena fe del artículo 433, que en buena lógica es la misma que la del artículo 464, no es buena fe en adquirir de propietario, sino buena fe en la validez del título o el modo: es decir, la propia de la tesis romanista¹⁴⁴.

Como ya sabemos, el principal escollo de la tesis romanista es la segunda frase del artículo 464.1.º, pues no se sabe qué excepción o especialidad contiene. Fuentes Pérez, en cambio, le atribuye un sentido claro, que marca una excepción al párrafo primero y encaja en el texto legal: los poseedores de buena fe, que aun sin título podrían completar según la norma de la frase primera una usucapión ordinaria de tres años (art. 1955.1.º), «pueden sufrir la reivindicación del dueño en el caso especial de cosas perdidas, hurtadas o robadas, mientras que la acción reivindicatoria no se haya extinguido por prescripción. O sea, que mientras el poseedor del párrafo primero puede usucapir por el transcurso de tres años, el del párrafo segundo no podrá adquirir por usucapión hasta que hayan transcurrido los seis años, durante los cuales puede ejercitar el dueño, desposeído involuntariamente, la reivindicación»¹⁴⁵. Por tanto,

¹⁴⁴ La buena fe en adquirir de propietario, que sería la exigible si el artículo 464 entrañase una adquisición *a non domino*, se encuentra en el artículo 1950, en sede de usucapión: ésta, por ser una adquisición *a non domino*, sí exige de la buena fe en la titularidad del *tradens*. Que el objeto de referencia de la buena fe no es el mismo en los artículos 433 y 1950 lo ha subrayado YZQUIERDO TOLSADA («Tipología del justo título en la usucapión. Crónica de una cuestión pendiente», en *ADC*, 2001, p. 562).

¹⁴⁵ FUENTES PÉREZ, *Coordinación del artículo 464 con los 1955 y 1962, todos del Código Civil*, p. 535. El sentido del artículo 464.1.º, por tanto, será según su interpretación: «La posesión de los bienes muebles adquirida de buena fe equivale al título, para adquirir por usucapión ordinaria. Sin embargo, el que ha perdido una cosa o ha sido privado de ella ilegalmente de ella, podrá reivindicarla de quien la posea, aunque sea poseedor de buena fe, mientras no se extinga la acción reivindicatoria del dueño despojado» (*ibid.*).

frente a quien hubiese perdido o hubiese sido despojado, no cabrá alegar una usucapión abreviada que paralice su reivindicatoria: sólo será posible adquirir la propiedad por usucapión, de acuerdo con los plazos del artículo 1955, una vez que se ha extinguido la reivindicatoria por el plazo de seis años del artículo 1962. Hasta entonces el propietario podrá reivindicar frente a cualquiera. Y una vez transcurrido ese plazo de seis años de la prescripción extintiva se podrá alegar tanto la usucapión ordinaria como la extraordinaria.

Ese sentido del artículo 464 se coordina perfectamente con el del artículo 1955. La usucapión será el único modo de adquirir muebles *a non domino*. Según el párrafo primero del artículo 1955, cabe la usucapión ordinaria por tres años con buena fe, dada la equivalencia posesión-título de usucapión del artículo 464. El párrafo segundo establece el plazo de la usucapión extraordinaria. Pero el párrafo tercero recuerda acertadamente la especialidad establecida por la frase segunda del artículo 464.1.º: no cabe usucapión ninguna de cosa perdida, hurtada o robada mientras no se complete el plazo extintivo de la acción reivindicatoria¹⁴⁶. No es que sobre tales cosas no quepa la usucapión ordinaria: cabrán tanto la ordinaria como la extraordinaria de los párrafos primero y segundo del artículo 1955. Pero para la ordinaria, cuyo plazo es más breve que el de prescripción de la reivindicatoria (seis años, según el art. 1962), ha de producirse primero la prescripción extintiva de la acción reivindicatoria. Una vez prescrita la acción reivindicatoria por el transcurso de seis años, cabrá alegar tanto una usucapión ordinaria como extraordinaria. Las referencias del artículo 1955.3.º a las cosas adquiridas en venta pública, en feria, bolsa o mercado, aluden a los otros párrafos del artículo 464 y no plantean problema: se refieren a la especialidad del Derecho de reembolso del párrafo segundo o remiten por su párrafo cuarto al artículo 85 del Código de Comercio.

El artículo 1962 reitera, de modo oportuno, la exclusión de la usucapión sobre cosas perdidas, robadas o hurtadas mientras no se complete el plazo de seis años de prescripción extintiva. Según la regla general, «las acciones reales sobre bienes muebles prescriben a los seis años de perdida la posesión»; por tanto, también la reivindicatoria. Se exceptúa luego un caso: «salvo que el poseedor haya ganado por menos término el dominio, conforme al artículo 1955», es decir, salvo que haya una prescripción extintiva como consecuencia de una usucapión abreviada, como es la del artículo 1955.1.º; finalmente, recordando la frase segunda del artículo 464.1.º, reafir-

¹⁴⁶ FUENTES PÉREZ. *ibid.*

mada por el artículo 1955.3.º, se hace una excepción de la excepción remitiendo a este último artículo: «y excepto los casos de extravío y venta pública, y los de hurto o robo, en que se estará a lo dispuesto en el párrafo 3.º del mismo artículo citado». Es decir, en los casos de extravío (pérdida), y en los de hurto o robo (privación ilegal), no cabe en ningún caso una extinción de la reivindicatoria antes del transcurso de seis años, pues no se admite usucapión hasta que transcurran los seis años de la prescripción extintiva. El final del artículo 1962 no es una segunda excepción a la regla general de prescripción extintiva por seis años, sino una excepción a la excepción: no hay prescripción extintiva por vía de usucapión ordinaria antes de los seis años cuando la cosa sea perdida, hurtada o robada, pues sobre ellas no se puede dar usucapión hasta que transcurran esos seis años necesarios para la prescripción extintiva de la acción reivindicatoria.

El sistema de reenvíos y referencias es ciertamente complejo, pero la idea es clara. Para la usucapión ordinaria de muebles basta un título putativo, no se exige por tanto justo título, y se adquiere por el transcurso de tres años (arts. 464.1.º1 y 1955.1.º). Pero si las cosas fueron perdidas, robadas o hurtadas, se da un privilegio al propietario, pues no cabe la usucapión ordinaria hasta que no se extinga la reivindicatoria conforme al artículo 1962 (arts. 464.1.º1, 1955.3.º y 1962 *in fine*).

A mi parecer, la explicación de Fuentes Pérez es perfectamente coherente tanto desde el punto de vista de una interpretación textual como sistemática. Es la única que consigue dotar de sentido a la tríada de artículos debatidos –464, 1955, 1962–. Queda por ver si esta interpretación se ve confirmada por los antecedentes históricos y legislativos.

4.3 LOS ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL ARTÍCULO 464

4.3.1 Genealogía de la norma

La similitud entre el artículo 464 del Código Civil español y los artículos 2279 y 2280 del Código Napoleón es innegable. El precepto español toma como modelo y refunde en uno solo los dos artículos franceses.

Ahora bien, la pregunta fundamental en cuanto a los antecedentes históricos de la norma es la siguiente: ¿es el artículo 464 una copia, transcripción o, todo lo más, evolución de los preceptos franceses, o es más bien la española una norma de filiación inde-

pendiente, por mas que en su forma haya aprovechado en buena parte el modelo francés?

La respuesta que se dé a esta pregunta determinará sus antecedentes históricos y, en buena parte, su interpretación. Si la norma española no ha hecho sino transcribir, aun con modificaciones, las normas francesas y las ideas en ellas contenidas, los antecedentes históricos del artículo 464 estarán en el Derecho francés. En cambio, si la norma, aun tomando como modelo formal los artículos 2279 y 2280 del *Code civil*, posee un contenido sustantivo propio, debido a que los cambios introducidos en el modelo francés y la propia estructura del Código Civil español la alteran sustancialmente, entonces habrá que indagar a qué ideas responden esos cambios y cómo son explicables.

Para la tesis germanista, el artículo 464 del Código Civil es un mero trasunto del artículo 2279 francés. Su interpretación debe ser la misma que hace la doctrina francesa de su norma: una adquisición *a non domino*. En consecuencia, los autores germanistas insisten, a la hora de interpretar la norma, en la que fue la doctrina francesa coetánea a la redacción del Código Civil español.

Esta filiación francesa del contenido de la norma, y no sólo de su forma, no me parecen sostenible, pues ni la norma española concuerda con la francesa, ni mucho menos encaja en el mismo sistema: el trasplante no es posible, no sólo porque la norma varía en el proceso de traslado, sino porque el terreno en el que enraiza no es el mismo.

Las alteraciones materiales, aun siendo varias, podrían todavía salvarse en pro de la tesis germanista. La inclusión del requisito de la buena fe en la primera frase encaja tanto con una interpretación romanista como germanista –aunque más con la primera que con la segunda si la buena fe es la del art. 433–. La sustitución de robo o hurto por privación ilegal no ha variado su contenido, según ya se ha dicho, pues el artículo 1962 nos aclara que es este sentido restringido el de privación ilegal. La supresión del plazo de tres años para reivindicar las cosas hurtadas o robadas podría entenderse como una remisión para esos bienes al régimen de la usucapión ordinaria.

Pero lo que no cuadra en absoluto con la tesis germanista, y de ello, según diré, eran conscientes los redactores del artículo 464, son las conexiones de la norma con otras y la propia sistemática del Código. En primer lugar, no se debe olvidar que en el Código Napoleón no existe una usucapión de bienes muebles, en buena lógica porque esa función la cumple el artículo 2279, que por ello figura en el capítulo dedicado a las prescripciones. El Código Civil

español, por contra, conoce la usucapión ordinaria y extraordinaria de muebles; y si la ordinaria sólo se aplicase a los bienes perdidos, hurtados o robados, como pretende la tesis germanista, el Código Civil lo hubiese expresado y, en el artículo 1955.3.º, al tratar de dichos bienes, hubiese remitido al artículo 1955.1.º, que es el que regula la usucapión ordinaria, en vez de remitir al artículo 464.

Por otra parte, existe una remisión legal del artículo 1955 al 464, sólo explicable por la tesis romanista; lo mismo que la supresión del requisito del justo título en la usucapión mobiliaria sólo encuentra explicación si el artículo 464 establece una equivalencia de posesión a título a efectos de usucapión.

La sistemática es también clara: el artículo 464 se encuentra situado entre los efectos de la posesión, y justo después de un artículo inexistente en el *Code* y que contradice frontalmente la tesis de la adquisición *a non domino*. Su sentido, en cambio, resulta complementario con el anterior, como bien ha visto Fuentes Pérez, si se entiende como equivalencia de la posesión de buena fe al título de la usucapión: el artículo 463 niega que el acto del tenedor pueda perjudicar al propietario; pero como a favor del tercero puede empezar una posesión *ad usucapionem*, el artículo 464 regula un efecto especial de la posesión de bienes muebles a favor de ese tercero, como es la equivalencia de la posesión de buena fe al título de la usucapión¹⁴⁷.

A todos los problemas textuales y sistemáticos citados hay que sumar la contradicción con el artículo 1160, que exige titularidad para que el pago sea eficaz, y el problema ya referido de que lo que el artículo 464 lo que concede es título, pero que al *accipiens a non domino* lo que le falta para adquirir no es el título sino adquirir de propietario. En resumen, pretender leer el artículo 464 español del mismo modo que los autores franceses leen su artículo 2279 provoca un cortocircuito en el sistema.

También a favor de una filiación francesa del contenido de la norma se encuentra Miquel. Para él, el problema es que la propia interpretación francesa del artículo 2279 del *Code civil* no responde al origen y al texto de la norma. Según defiende –y su tesis me parece totalmente acertada– el sentido de la regla francesa *possession vaut titre*, en los escritos de Bourjon y en la jurisprudencia del *Châtelet* de París, es el de una regla de naturaleza probatoria referente a la reivindicación de bienes muebles. Dicho sentido probatorio habría sido en parte oscurecido por la redacción del artículo 2279 francés. Pero fueron propiamente los comentaristas

¹⁴⁷ FUENTES PÉREZ, *Coordinación del artículo 464 con los 1955 y 1962, todos del Código Civil*, p. 533.

franceses del siglo XIX los que, con su interpretación, transformaron la regla en una norma adquisitiva para terceros ¹⁴⁸.

A su juicio, una interpretación germanista no cuadra ni con el artículo 2279 francés ni mucho menos, por las razones sistemáticas ya vistas, con el artículo 464 español. Su sentido propio es el de una regla de naturaleza probatoria, tal como la plasmó Bourjon en el siglo XVIII.

Ciertamente, me hallo de acuerdo con Miquel en que el sentido primigenio de la regla *possession vaut titre* en Bourjon y la jurisprudencia del *Châtelet* de París era probatorio, y que probatoria también es su naturaleza en el Código Napoleón, si bien ya algo desfigurada por la desaparición de la usucapión mobiliaria. Pero es innegable que los autores franceses del siglo XIX interpretaron la regla como una fórmula adquisitiva *a non domino*. Considero por ello poco probable que los redactores del Código Civil español redescubrieran su sentido probatorio, más aún cuando las modificaciones que le hicieron –la referencia a la buena fe– la apartan de ese sentido y cuando la pusieron claramente en relación con la usucapión mobiliaria del artículo 1955, lo cual tampoco se adecúa a esa naturaleza probatoria ¹⁴⁹.

Bloqueado o dificultado el origen francés del contenido del artículo 464, según se trate de la tesis germanista o de la sostenida por Miquel y Vallet, habrá que probar otro camino. En buena lógica, los precedentes castellanos, que son los que la Ley de Bases ordenaba tener en cuenta, pues la finalidad del Código era «regularizar, armonizar y aclarar los preceptos de nuestras leyes» (Base primera) ¹⁵⁰. Se tratará de ver si, pese a su forma francesa, el artículo 464 y concordantes contienen una «carga genética» española.

¹⁴⁸ MIQUEL, *La posesión de bienes muebles*, pp. 109-244.

¹⁴⁹ A mi parecer, la interpretación sostenida por MIQUEL y VALLET DE GOYTISOLO en torno al artículo 464 acierta plenamente para la interpretación del artículo 2279 francés. Pero, por las modificaciones operadas en la redacción del artículo 464 español, y por su relación directa e innegable con el artículo 1955, se ajusta con más dificultades al sistema español, pues se ve obligada a dejar sin explicación varios puntos: el inciso final del artículo 1962, el 1955.3.º, el silencio sobre el título en el 1955.1.º y la exigencia de buena fe en el artículo 464.

¹⁵⁰ Conviene no olvidar que la Ley de Bases ordenaba «atender a algunas necesidades nuevas con soluciones que tengan un fundamento científico o un precedente autorizado en legislaciones propias o extrañas» cuando hayan «obtenido ya común asentimiento entre nuestros juristas, o resulten bastante justificadas, en vista de las exposiciones de principios o de métodos hechas en la discusión de ambos Cuerpos Colegisladores» (base primera). Como se verá, ni la tesis germanista ni la propugnada por VALLET y MIQUEL habían obtenido el común asentimiento de nuestros juristas –más bien, eran desconocidas al redactarse el Código–, ni fueron discutidas ante los Cuerpos Colegisladores.

4.3.2 La usucapión en el Derecho castellano

Hemos visto que la única interpretación que, englobando los artículos 464, 1955 y 1962, se adecua al texto legal y al sistema del Código Civil es la tesis romanista tal como fue expuesta por Fuentes Pérez. Ahora vamos a tratar de ver si dicha interpretación se ve refrendada y explicada por los posibles antecedentes de estas normas en Derecho castellano¹⁵¹. Se trata de ver, a la luz del Derecho castellano, si el sentido de la frase primera del artículo 464 puede ser admitir un título putativo para la usucapión de muebles, y el de la frase segunda, concordante con el artículo 1955.3.º y el inciso final del artículo 1962, excluir toda usucapión de bienes muebles hurtados o robados en tanto que no prescriba la acción reivindicatoria¹⁵².

El Derecho castellano había acogido en el título veintinueve de la Partida tercera, una regulación amplia y plenamente romanizada de la usucapión ordinaria y extraordinaria, con diferentes requisitos para una y otra, y distintos plazos en materia de usucapión ordinaria según se trate de bienes muebles o inmuebles¹⁵³.

En línea de principio, para la usucapión ordinaria, además del requisito de la buena fe y del transcurso del tiempo necesario en cada caso, se exigía un título válido, del mismo modo que lo exige hoy el artículo 1953 del Código Civil. Los textos de los que se deduce la exigencia de un título válido eran Partidas 3,29,9, y

¹⁵¹ Para redactar las páginas que siguen me he servido de los tratados de Derecho civil más al uso anteriores a la redacción del Código Civil, en las exposiciones que hacen de la usucapión y prescripción extintiva. Básicamente: GUTIÉRREZ, *Códigos o Estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, III, Madrid, 1871, pp. 43 ss.; GÓMEZ DE LA SERNA/MONTALBÁN, *Elementos de Derecho civil y penal de España*, I, Madrid, 1865, pp. 520 ss.; MORATÓ, *El Derecho civil español con las correspondencias del romano*, I, Valladolid, 1877, pp. 305 ss.; ASSO Y DE MANUEL, *Instituciones de Derecho civil de Castilla*, Madrid, 1805, pp. 98 ss.; DEL VISO, *Lecciones elementales de Historia y de Derecho civil, mercantil y penal de España*, II, 1.º, Valencia, 1859, pp. 593 ss.; ESCRICHE, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, II, Madrid, 1839, pp. 344 ss. Aunque posterior al Código Civil, contiene una detallada exposición del Derecho anterior SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*, III, Madrid, 1891, pp. 258. Los textos de las normas legales anteriores al Código Civil las he tomado de *Los Códigos españoles anotados y concordados*, varios tomos, Madrid, 1848-1850. Para evitar una profusión de notas sólo se citarán los autores cuando su opinión sea especialmente relevante o ejemplificativa.

¹⁵² Al final de este epígrafe ofrezco una sinopsis de la regulación de la usucapión de bienes muebles en las Partidas, el Proyecto de 1851 y el Código Civil, a fin de facilitar su comparación y ver la evolución de la normativa.

¹⁵³ La regulación de las Partidas referente a la usucapión es fiel trasunto, hasta en los plazos, de la del *Corpus Iuris Civilis*: usucapión ordinaria de muebles por tres años con justo título y buena fe, usucapión ordinaria de inmuebles por diez años entre presentes y veinte entre ausentes con justo título y buena fe, prescripción extraordinaria por el transcurso de treinta años. Sobre la regulación de la *usucapio* y la *longi temporis praescriptio* en el Derecho justinianeo, D'ORS, *Derecho Privado Romano*, Pamplona, 1997, § 181.

3,29,18, referidos respectivamente a la usucapión mobiliaria e inmobiliaria ¹⁵⁴.

Sin embargo, y con carácter excepcional, sí se admitía el título putativo como suficiente para la usucapión ordinaria de bienes muebles. Ello fue fruto, sin duda, de la influencia de los numerosos textos de Derecho romano ya vistos que aceptaban la usucapión fundada en un título putativo. Los dos textos en que se admitía el título putativo, y precisa y exclusivamente en materia mobiliaria, son Partidas 3,29,14 y 15 ¹⁵⁵.

Estos textos de las Partidas que recogían el título putativo en materia de usucapión mobiliaria eran bien conocidos por los autores del siglo XIX, que se hacen eco de esta especialidad, con una tendencia a ampliar o a restringir estos casos de la admisibilidad del título putativo según sus propios criterios. A modo de ejemplo, se puede citar a Gutiérrez, que lo acepta con bastante amplitud;

¹⁵⁴ El texto de P. 3,29,9, relativo a la usucapión mobiliaria ordinaria y a sus requisitos, dice así: «*Por quanto tiempo puede ome ganar las cosas muebles, e que ha menester para ganarlas. Por tiempo queriendo ganar algun ome cosa mueble, ha menester primeramente, que aya buena fe en tenerla, e que la aya por alguna derecha razon; assi como por compra, o por donadio, o por cambio, o por otra razon semejante destas. E aun demas desto que crea, que aquel de quien la ovo por algunas destas razones sobredichas, que era suya, e que avia poder de la enagenar. E aun le ha menester, que sea tenedor della por si mismo, o por otri que la tenga en su nombre continuadamente tres años a lo menos; e teniendola tanto tiempo, asi como sobredicho es, gana el señorío della: e maguer despues desso viniessse el señor della a demandarla, non deve ser oydo; fueras ende, si el señor de la cosa quisiesse probar, que le fuera furxada, o robada, o forçada.*»

¹⁵⁵ P. 3,29,14: «*Como puede ome ganar por tiempo alguna cosa por suya, cuydando que la oviera por alguna derecha razon, e non es assi. Teniendo ome alguna cosa mueble por suya, cuydando que la avia comprado, o que le fuera dada, o que la avia por otra derecha razon, si despues sopiessse que non era assi, maguer fuese tenedor della tres años, non la podria ganar por ese tiempo. Mas si por aventura oviesse mandado a su mayordomo, o a su personero, o a algund otro ome, que le comprasse alguna cosa, o que gela aduxesse por alguna otra derecha razon, assi como por cambio, o por donadio, o por otra cosa semejante; e aquel a quien lo mandasse, non lo fiziesse assi, mas lo oviesse por otra razon que non fuesse derecha, diziendole que la avia comprado, o que la avia por aquella razon misma que gela el mandare aver; si tal cosa como esta tuviesse tres años, poderla y a ganar por tiempo, porque avria buena fe, en tomandola, maguer y errase. Ca pues que el yerro aviene por derecha razon, non le deve empecer.*»

P. 3,29,15: «*Como gana ome por tiempo las mandas de los finados, e las pagas que le fazen de algunas cosas, cuydando que gelas devian. Mandas de cosas muebles fazen los omes a las vegadas en sus testamentos, que non son valederas segun derecho; o fazenlas en un testamento, e despues revocanlas en otro: e los herederos, e los que han de cumplir el testamento, paganlas, cuydando que son valederas. E porende dezimos, que si aquellos que las cosas reciben, son tenedores dellas tres años, que les non sean demandadas, que las pueden ganar por este tiempo. Esso mismo dezimos que seria, si algund ome mandasse en su testamento alguna cosa mueble a un ome, nombrandolo señaladamente, e viniessse otro que oviesse aquel nombre mismo, e recibiesse aquella cosa misma, cuydando que a el era mandada. Ca si este tal fuere tenedor della tres años, que non sea perdida, puedela ganar por este tiempo; maguer el otro, a quien fuera mandada, quisiesse provar, que su voluntad fuera del testador, que la oviesse a el mandada, e non a aquel a quien la dieron. E aun dezimos, que si un ome cuydasse que devia a otro alguno alguna cosa, e gela diesse, e aquel que la rescibiesse cuydasse otrosi que la devia aver, maguer non fuesse assi, si fuesse tenedor della tres años, que gela non demandassen, que la podria ganar por este tiempo.*»

dice comentando el texto de Partidas 3,29,15: «Bajo la forma de tres declaraciones especiales el enunciado de la norma es general. El que posee durante tres años una cosa mueble por título que creyó verdadero, aunque no lo sea, usucape»¹⁵⁶. O Escriche, que admite el título putativo con una tendencia más restrictiva: «Así es que si poseo como mía cosa creyendo por inadvertencia haber venido a mi poder por justa causa, que realmente no ha existido, no puedo prescribirla; pero si la creo mía en virtud de un error en que no incurri por culpa ni por inadvertencia, v. gr., si se me entregó como comprada por mi procurador que realmente la adquirió por un medio injusto, o como legada en un testamento que después resulta nulo, o como debida por uno que se creía mi deudor pensándolo yo también así, la podré prescribir sin duda alguna, no siéndome demandada durante el tiempo que la ley ha señalado, Leyes 14 y 15, tit. 29, Part. 3»¹⁵⁷. El resto de tratadistas recogen igualmente la admisión del título putativo para la usucapión ordinaria de muebles¹⁵⁸.

La usucapión ordinaria de bienes muebles se hallaba regulada fundamentalmente en el texto ya citado de Partidas 3,29,9, y exigía del transcurso de tres años. Con todo, regía la prohibición de origen romano de adquirir por usucapión ordinaria las *res furtivae*: las leyes 4, 9 y 21 de Partidas 3,29 excepcionan de la usucapión ordinaria las cosas «furtadas, robadas o forçadas».

La prescripción adquisitiva extraordinaria para muebles e inmuebles exigía el transcurso de treinta años sin ningún otro requisito¹⁵⁹, según dispone Partidas 3,29,21¹⁶⁰. Según el propio

¹⁵⁶ GUTIÉRREZ, *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, III, p. 76.

¹⁵⁷ ESCRICHE, *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia*, III, Madrid, 1845, voz «prescripción», p. 346.

¹⁵⁸ GÓMEZ DE LA SERNA/MONTALBÁN, *Elementos de Derecho civil y penal de España*, I, p. 522; MORATÓ, *El Derecho civil español con las correspondencias del romano*, I, p. 312; DEL VISO, *Lecciones elementales de Historia y del Derecho civil, mercantil y penal de España*, II, 1.º, p. 602; FERNÁNDEZ ELÍAS, *Novísimo tratado histórico-filosófico del Derecho civil español*, Madrid, 1873, p. 473; SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*, III, p. 272.

¹⁵⁹ Con todo, y por influencia de la doctrina canónica, sostenían algunos autores que esta prescripción exigía también, si no justo título, sí buena fe; *vid.* GUTIÉRREZ, *Códigos o Estudios Fundamentales sobre el Derecho civil español*, III, pp. 85 ss.

¹⁶⁰ Partidas 3,29,21: «Como por tiempo de treynta años puede ome ganar qual cosa quier que tenga, quier aya buena fe, quier non. Treynta años continuadamente, o dende arriba, seyendo algun ome tenedor de alguna cosa, por qua manera quier que oviesse la tenencia, que non le moviessen pleyto sobre ella en todo este tiempo, ganarla ya, maguer fuesse la cosa furtada, o forçada, o robada; e maguer que el señor della gela quisiesse demandar, dende adelante non seria tenudo de responderle sobre ella, amparandose por este tiempo. Pero si acaciesse, que el fuesse desapoderado de la tenencia, perdiendola, o en otra manera, non le finca derecho para poderla demandar en juyzio a aquel a quien la

texto de esta ley, en concordancia con los de las leyes 4 y 9 del mismo título, esta usucapición extraordinaria será la requerida para la adquisición de cosas «furtadas, robadas o forçadas». Pero en ningún caso podrán ser prescritas por el ladrón, según se recoge en las leyes 1 y 2, del libro 11, título 8 de la Novísima Recopilación ¹⁶¹.

Por lo que respecta a la prescripción extintiva, no existía como tal, con naturaleza autónoma respecto a la adquisitiva. La acción reivindicatoria no se extinguía por sí sola, independientemente, sino sólo como efecto provocado por una prescripción adquisitiva de otro ¹⁶².

Por último, para acabar con el Derecho histórico, vale la pena destacar que la adquisición *a non domino* de bienes muebles era totalmente desconocida en nuestros textos legales, y constituía una regulación extraña a la mentalidad de los autores del siglo XIX. Unas palabras de Escriche son buena muestra del sentir de los autores de esta época, que ni siquiera se sentían inquietados por el problema de una adquisición *a non domino* de bienes muebles: «si

fallase; fueras ende, si aquel que la toviesses, la oviesse furtada, o forçada, o robada a el mismo; o la oviesse recibido del en manera de emprestamo, o de loguero. Ca estonce bien la podria demandar, e cobrar. Esso mismo dezimos que seria, si le oviesse apoderado della algun Judgador, por mengua de respuesta de aquel que la avia ganada por este tiempo. Ca entonce, si viniessse fasta un año, e quisiesse responder a la demanda que avian movido contra el, e pagar las costas, puedela cobrar. Otrosi dezimos, que quando alguno fuere tenedor a buena fe de alguna cosa que sea rayz, por trynta años, o mas, cuidando que era suya, o que fuera de su padre, o quela oviera por otra razon derecha; que la puede ganar por este tiempo, e ampararse por el contra todos queantos gela quisieren demandar: e si acaciesse, que perdiesse la tenencia della, puedela demandar a quien quier que la falle; fueras ende, si la fallase al verdadero dueño della. Ca estonce, si el señor la cobrasse sin fuerça, e sin engaño, e pudiesse provar el señorío que avia sobre aquella cosa, non seria tenudo de gela dar».

¹⁶¹ Novísima Recopilación 11,8,1: «*Los tenedores de la cosa empeñada, depositada, arrendada y forçada, no puedan alegar prescripción de ella*: Si alguno tuvo o poseyó alguna heredad, o otra cosa a empeño o encomienda, o arrendada o alogada, o forçada, no se pueda defender por tiempo; que estos tales no son tenedores por si, mas por aquellos de quien la cosa tienen»

Novísima Recopilación 11,8,2: «*El tenedor de la cosa hurtada, y de la que tenga común con otro, no puede prescribirla por tiempo*: Si los herederos o otros hombres tuvieren o poseyeren alguna cosa de consumo, que no sea partida entre ellos, maguer que el uno de ellos sea tenedor de la cosa, no se pueda defender por tiempo, que no dé su derecho a cada uno de los otros queando quier que se lo demandare: otrosi mandamos, que si alguna cosa fuere hurtada, o alguno tuviere escondida, no pueda defender por tiempo, que no se responda a su dueño, quando quier que ge la demandare».

¹⁶² Sobre ello, DE PABLO, *Prescripción de la acción reivindicatoria*, Madrid, 1992, pp. 159 ss. A veces se cita a favor de la prescripción extintiva autónoma de la acción reivindicatoria el texto de Novísima Recopilación 11,8,5; pero quien confronte el texto verá que trata de la prescripción de acciones personales e hipotecarias, pero no de la acción reivindicatoria. En el sentido de que la prescripción extintiva sólo se produce como consecuencia de una usucapición, dicen GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBAN: «la prescripción de las acciones reales es una consecuencia necesaria de la extinción del dominio en aquel, que por la prescripción hecha por otro perdió lo que antes le pertenecía» (*Elementos de Derecho civil y penal de España*, 1, p. 529).

el que me hace la tradición no es el dueño verdadero no me traspasa el dominio, porque nadie puede dar lo que no tiene; pero la posesión que me transfiere me da derecho para prescribir la cosa, esto es, para ganar y adquirir su propiedad con el transcurso del tiempo prefijado por la ley»¹⁶³.

4.3.3 El Proyecto de 1851

El Proyecto de García Goyena presentó varias novedades en materia de prescripción adquisitiva y extintiva. Muchas de ellas no llegaron a pasar a nuestro Código Civil, que se muestra más cercano a nuestro Derecho histórico que lo que lo estaba el Proyecto. Con todo, tiene interés el estudio del Proyecto de 1851, ya que hubo algunas variaciones introducidas por él –básicamente, la equiparación que hace del tratamiento de las cosas perdidas con las hurtadas y robadas– que se perpetuaron en el Código Civil, y que han podido dificultar la intelección del artículo 464, y otros puntos en que el sentido del Código se entiende mejor si se compara con el Proyecto de 1851.

La prescripción adquisitiva ordinaria y extraordinaria presenta una regulación amplia en el Proyecto de 1851, con diferentes plazos según la diversidad de tipos. En línea con el Derecho histórico, se parte de la exigencia de un título válido para la usucapión ordinaria, tanto mobiliaria como inmobiliaria. El artículo 1959 dice: «el título para la prescripción ha de ser verdadero y válido».

Pero el Proyecto quiere ir más allá, cerrando el paso tajantemente a cualquier admisión de un título putativo, y rechazando así la doctrina del título putativo para la usucapión de bienes muebles que habían aceptado las leyes 14 y 15 de Partidas 3,29. El artículo 1959, recién transcrito en su primer párrafo, viene completado por un segundo: «el error de hecho no basta para subsanar ninguno de estos defectos». Se evita así toda concesión a un título putativo¹⁶⁴. El comentario de García Goyena expresa con claridad que la finalidad del párrafo segundo era evitar cualquier excepción que

¹⁶³ ESCRICHE, *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia*, III, Madrid, 1845, voz «título», p. 541.

¹⁶⁴ Si el párrafo segundo del artículo 1959 sólo se refiere al error de hecho y no al de Derecho, esto es así porque, de acuerdo con el artículo 989 del Proyecto, sólo el error de hecho puede tener relevancia jurídica. El artículo 989 del Proyecto decía: «Para que el error invalide el consentimiento ha de ser de hecho y debe recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, y no sobre la persona con quien se contrata; a no ser que la consideración de ésta hubiere sido la causa principal del contrato.

El error de derecho no anula el contrato.

El error material de aritmética sólo da lugar a su reparación».

posibilitase la admisión de un título putativo para la usucapión ordinaria ¹⁶⁵.

No hay, por tanto, ningún vestigio de la admisión de un título putativo. Ni existe tampoco una norma que sea precedente de nuestro actual artículo 464.

El artículo 1962 regula, en línea con el Derecho histórico, la usucapión ordinaria de bienes muebles. Exige justo título, buena fe, y el transcurso de tres años ¹⁶⁶. Ahora bien, para las cosas hurtadas o perdidas no sirve esta usucapión ordinaria con plazo de tres años, según declara el párrafo segundo del mencionado artículo 1962. Vale la pena destacar, como ya he dicho antes, que aquí se produce la equiparación, que no se daba en nuestro Derecho histórico pero que pasará al Código Civil, entre cosas hurtadas o robadas y cosas perdidas.

De la prescripción extraordinaria de bienes muebles, sin justo título ni buena fe, trata el artículo 1963 del Proyecto. Recorta el plazo de treinta años de las Partidas a otros de diez o veinte años, según proceda entre presentes o ausentes ¹⁶⁷.

De la prescripción adquisitiva de bienes muebles hurtados o perdidos trata el párrafo segundo del artículo 1962. Lo hace con un régimen diferente al histórico de las Partidas, pues no exige ya la usucapión extraordinaria, sino que acepta la prescripción ordinaria pero con un plazo alargado. En lugar de los tres años de usucapión

¹⁶⁵ «Conforme con el párrafo 6, título 6, libro 2, Instituciones, y con las leyes 27, título 3, libro 41 del Digesto, y 14, título 29, Partida 3. Esta ley y las 33, párrafo 1, título 3, y 11, título 4, libro 41 del Digesto, exceptúan el caso en que haya mediado un justísimo error de hecho, poniendo de ello algunos ejemplos. Pero se ha preferido la sencillez absoluta de la regla a consideraciones especiosas de equidad, que acaso harían nacer un litigio. La verdad es que aun en los mismos casos excepcionales de las citadas leyes no existía título, y la verdad debe prevalecer sobre la falsa creencia, por excusable que esta sea: vé lo espuesto en el artículo 428.

Válido: conforme con las leyes 2, párrafo 15, título 4, y 1 y 2, título 6, libro 41 del Digesto. La ley 2 admite aquí también como excepción el justo o excusable error de hecho, como si compro de un menor de edad creyéndole mayor, o de uno puesto bajo interdicción, ignorando yo esta circunstancia.

Tampoco puede tener lugar esta excepción, según el párrafo segundo de nuestro artículo» (GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, reimpr. Zaragoza, 1974, p. 1008).

¹⁶⁶ Artículo 1962: «La propiedad de los bienes muebles se prescribe por la posesión no interrumpida de tres años, con justo título y buena fe.

El tiempo de la posesión para prescribir las cosas hurtadas o perdidas, deberá ser doble; pero si hubiese sido comprado en feria, mercado, subasta pública o de comerciante que vendía efectos parecidos, el dueño que la reclama antes de la prescripción, debiera indemnizar al poseedor el precio que pagó por ellas».

¹⁶⁷ Artículo 1963: «El poseedor de un bien mueble, por diez años no interrumpidos, residiendo su dueño en la provincia, o por veinte años fuera de ella, prescribe la propiedad, sin necesidad de presentar título, y sin que pueda oponérsele su mala fe.

Lo dispuesto en este artículo no se entiende respecto del que hurtó la cosa, ni de sus cómplices o encubridores, para los cuales se estará a lo dispuesto en el Código Penal».

ordinaria del 1962.1.º, exige el transcurso de un período de seis años ¹⁶⁸. Además, el mismo párrafo segundo establece un derecho de reembolso a favor de quien hubiese comprado la cosa hurtada o perdida en feria, mercado, subasta pública o de comerciante. El ladrón, cómplice o encubridor, conforme al artículo 1963.2.º, nunca podrá usucapir, ni por prescripción ordinaria alargada ni por extraordinaria, hasta que prescriba el delito o falta.

Por último, el artículo 1966 del Proyecto establece una prescripción extintiva de las acciones reales, autónoma de la adquisitiva, por el transcurso de treinta años ¹⁶⁹. De una adquisición *a non domino* de bienes muebles no hay rastro alguno en el Proyecto.

4.3.4 La redacción del Código Civil a la luz de sus antecedentes

Llegamos ya a la redacción del Código Civil ¹⁷⁰. Lo mismo que las Partidas y el Proyecto de 1851, el Código Civil exige, en línea de principio, un título válido para la usucapión ordinaria, según expresa el artículo 1953.

Sin embargo, este artículo del Código resulta en comparación menos exigente que su precedente ya visto, el artículo 1959 del Proyecto de García Goyena; mientras que son idénticos en su pri-

¹⁶⁸ El comentario de GARCÍA GOYENA al artículo 1962 muestra el interés en reducir el plazo de prescripción de los bienes hurtados o robados –a los que el Proyecto añade los perdidos–: «se desprende de esta reseña la uniformidad de todos los Códigos en acortar el tiempo de la prescripción de los muebles y reducirlo a tres años.

Pero no hay la misma uniformidad en cuanto a las cosas hurtadas, y era preciso optar por algún Código. El termino romano de treinta años (poseyéndose la cosa hurtada con título y buena fe), sobre estar generalmente desechado, era evidentemente demasiado largo; el francés de tres años, demasiado corto, mayormente cuando no se exigen título ni buena fe: la distancia es inmensa y difícil de reemplazar por un termino medio razonable.

Optose al fin por el termino medio del artículo austríaco, aunque no en su riguroso y literal contexto: se duplica el tiempo por consideración a la calidad viciosa de la cosa; pero se supone siempre posesión de buena fe» (*Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, p. 1010).

¹⁶⁹ Artículo 1966: «Toda obligación real se prescribe por treinta años, sin distinción entre presentes y ausentes». Con todo, suscita dudas si con obligación real el Proyecto se refiere al dominio y a la acción reivindicatoria o a las cargas y gravámenes reales (*vid. DE PABLO CONTRERAS, Prescripción de la acción reivindicatoria*, pp. 149 ss.).

¹⁷⁰ Las modificaciones entre el Anteproyecto de 1882-88 y la edición definitiva del Código Civil, en lo que a nosotros nos interesa, no tuvieron importancia. Los artículos 1962 y 1955 son idénticos en Anteproyecto y Código, salvo el cambio de numeración en el articulado y sus remisiones. Lo cual, por cierto, dificulta aún más la tesis de que la remisión del inciso final del artículo 1962 al 1955 sea resultado de un error, pues debió hacerse al 1956: si fuese un error, lo hubiesen percibido al reenumerar las remisiones para la edición definitiva del Código. Pero no fue así, sino que tanto en el Anteproyecto como en el Código la remisión del artículo 1962 es al 1955 o al que, con otro número, tenía en el Anteproyecto.

El artículo 464 (469 del Anteproyecto) tiene en parte otra redacción, pero no influye en su sentido. El único cambio material, y tampoco tiene para nosotros interés, fue la inclusión en la redacción definitiva del Código Civil del párrafo tercero, referido a las cosas empeñadas en los montes de piedad.

mer párrafo, el del Proyecto de 1851 incluía otro segundo, tajante en cuanto a la inadmisibilidad del título putativo, que se suprimió en la redacción definitiva del Código Civil ¹⁷¹.

Esta relajación del rigor con que el Código Civil exige la validez del justo título de la usucapión, en relación con el Proyecto de 1851, coincide en el tiempo con la inclusión del artículo 464. El origen del artículo 464 es oscuro. Peña Bernaldo de Quirós ha publicado el acta de la sesión de la comisión codificadora de 24 de enero de 1882, en la que se acordó introducir el artículo 464 ¹⁷². Su inclusión fue propuesta por Cárdenas, y su redacción se le encargó a Silvela. No es fácil saber cuál era el sentido de la norma que pretendía introducir Cárdenas, ni si Silvela entendió y redactó lo que aquél propuso ¹⁷³. Sí me parece claro que el significado más obvio del texto literal de la norma es admitir el título putativo en la usucapión mobiliaria: «la posesión de los bienes muebles, adquirida de buena fe, equivale al título».

Simultánea también a la aparición del artículo 464 en la redacción del Código Civil, y a la relajación del rigor con que se exigía la validez del título en la usucapión, es la supresión de la referencia al justo título como requisito de la usucapión ordinaria de bienes muebles en el artículo 1955.1.º, variando así respecto a su antece-

¹⁷¹ El artículo 1953 del Código dice, en línea con las Partidas, que «el título para la prescripción ha de ser verdadero y válido»; en cambio, el artículo 1959 del Proyecto de 1851, ya visto, incluía un segundo párrafo diciendo que «el error de hecho no basta para subsanar ninguno de estos dos defectos».

Por cierto, que si el Proyecto de 1851 se refería sólo al error de hecho, pues según el artículo 989 el de Derecho carecía de toda consecuencia, el Código modificó también esto, pues, el artículo 1279 del Anteproyecto 1882-88 expresamente y el artículo 1266 del Código implícitamente, aceptan las consecuencias tanto del error de hecho como del de Derecho.

¹⁷² PEÑA BERNALDO DE QUIROS, «Antecedentes del Código Civil vigente», en *ADC*, 1965, pp. 916 ss.

¹⁷³ El acta de la sesión citada de 24 de enero de 1882 dice: «... La segunda observación del señor Cárdenas se refería a los efectos de la posesión en las cosas muebles, sobre lo cual tampoco recordaba hubiera disposición alguna en el título aprobado, y, sin embargo, le parecía deber establecerse algo sobre este punto, a fin de determinar bien cuándo se gana la posesión de estas cosas, puesto que en su adquisición es muchas veces fácil que haya vicio, conocido o ignorado, del que las adquiere... Se recordó que sobre esto contiene alguna disposición el Código de Comercio y se leyó, en efecto, el artículo 57 del Proyecto en que se dan reglas sobre la reivindicación de efectos o valores públicos o particulares; pero el señor Cárdenas dijo que la disposición del Código de Comercio, la cual se refiere a las materias de su especialidad, no excusaba la que para el Código Civil reclamaba; y reconociéndolo así la Sección, encomendó al señor Silvela el estudio del punto que acababa de tratarse, y la redacción del artículo que indicaba el señor Cárdenas»

¿Qué pretendía incluir CÁRDENAS? Puede ser que quisiera introducir una norma favorable a la adquisición *a non domino* de buena fe. La referencia al que luego sería el artículo 85 del Código de Comercio así parece indicarlo; pero la referencia a la adquisición de la posesión (no de la propiedad), y las propias palabras de CÁRDENAS en la introducción de los comentarios al Código Civil de Manresa (MANRESA, *Comentarios al Código Civil español*, I, Madrid, 1914, pp. XLV ss.), donde parece limitar el efecto protector del artículo 464 respecto al tercero al derecho de reembolso de las adquiridas con ciertas solemnidades dejan su pensamiento en penumbra.

dente en el Proyecto de 1851, el artículo 1962, que exigía buena fe y justo título.

Contemplando el sentido propio de las palabras de la frase primera del artículo 464, ya de suyo claras, junto a esas significativas supresiones que su aparición produce, y a los textos de las Partidas, Derecho vigente al redactarse el Código, que aun exigiendo la validez del justo título para la usucapión ordinaria, admitían luego un título putativo en materia de usucapión mobiliaria (Partidas 3,29,14 y 15), no me parece arriesgado aventurar que la finalidad de esa frase primera del artículo 464 fue admitir un título putativo como suficiente para la usucapión ordinaria de bienes muebles. Antecedentes, texto, y génesis de la norma convergen en esa dirección. A la luz de estos datos, se puede concluir que Silvela, que conocía esos antecedentes, redactó el texto en conformidad con ellos, y modificó en lo necesario el resto de artículos del Código Civil para que no hubiese contradicciones. Eso respecto a la frase primera del artículo 464.1.º.

Por lo demás, la usucapión ordinaria de bienes muebles, en la que se exoneraba por lo dicho del requisito del título, permanecía con un plazo de tres años (art. 1955.1.º), conforme con las Partidas y el Proyecto de 1851.

Por lo que respecta a los bienes «hurtados, robados o forçados», el Derecho histórico español exigía para poder prescribirlos el transcurso del plazo de la usucapión extraordinaria de Partidas 3,29,21. El Proyecto de 1851, a la vez que asimiló el tratamiento de los bienes muebles perdidos al de los hurtados o robados, admitió la usucapión ordinaria de dichos bienes, exigiendo, eso sí, un plazo especialmente prorrogado para su usucapión. Por lo que se desprende de los artículos que tratan de estos bienes, parece que los redactores del Código Civil decidieron, también en este punto, volver a la regulación histórica, prescindiendo del plazo especial para la usucapión ordinaria que preveía el Proyecto de 1851. Pero al pretender adoptar la regulación histórica se les planteaba una encrucijada ante la que tenían que decidir. El Derecho histórico español, ya lo vimos, no conocía una prescripción extintiva autónoma de los derechos reales, sino que ésta se producía sólo como consecuencia de la usucapión. Se entendía que Partidas 3,29,21 recogía conjuntamente usucapión extraordinaria y prescripción extintiva, pues se decía que, salvo que procediese como efecto propio de una usucapión ordinaria, era la prescripción extraordinaria la que provocaba la extinción del derecho real¹⁷⁴. En cambio, el

¹⁷⁴ DE PABLO CONTRERAS, *Prescripción de la acción reivindicatoria*, pp. 175 ss.

Código Civil admitió, al menos en el plano teórico, una prescripción extintiva autónoma de la acción reivindicatoria¹⁷⁵. En consecuencia, al independizarse ambas instituciones, se planteaba el dilema, pues tan de acuerdo con la regulación histórica era exigir para los bienes hurtados o robados –a cuyo tratamiento se equipararon, igual que en el Proyecto de 1851, los bienes perdidos– la prescripción extraordinaria, como exigir para su usucapión la previa extinción de la acción reivindicatoria: lo que en la regulación histórica era unitario (Partidas 3,29,21) ahora estaba dissociado (arts. 1955.2.º y 1962).

En esa alternativa, tal vez hubiese sido más sencillo exigir para los bienes muebles perdidos o «hurtados, robados o forçados» –englobados como objeto de «privación ilegal» en el art. 464– la prescripción extraordinaria. Pero el Código Civil optó por que la peculiaridad de la usucapión de esos bienes fuese la exigencia del transcurso previo del plazo de prescripción de la acción reivindicatoria. La frase segunda del artículo 464.1.º fue la norma básica en que se plasmó tal especialidad: «sin embargo, el que hubiese perdido una cosa mueble o hubiese sido privado de ella ilegalmente, podrá reivindicarla de quien la posea». Pese a existir una usucapión abreviada de tres años (art. 1955-1.º), y que ésta se ve facilitada por la admisión de un título putativo (art. 464.1.º¹), si se trata de cosas perdidas, hurtadas o robadas, siempre cabe reivindicarlas mientras no prescriba la acción (art. 464.1.º²). Y para recalcar la especialidad en materia de usucapión de dichos bienes, el Código remitió a dicho artículo allí donde era necesario, es decir, en el párrafo tercero del artículo 1955 y en el inciso final del artículo 1962, pues así recordaba en cada sede que sobre cosas robadas, hurtadas o pérdidas no cabía ni usucapión antes de prescripción de la acción, ni prescripción sobrevenida por efecto de una usucapión abreviada: los seis años de prescripción extintiva de la acción reivindicatoria habían de transcurrir en todo caso (arts. 464.1.º², 1955.3.º, 1962 *in fine*).

Si todo esto es así, y ello me parece la hipótesis más probable, el párrafo primero del artículo 464 sirvió, por obra de Silvela, para dar

¹⁷⁵ Digo en el plano teórico porque me hallo de acuerdo con MIQUEL («Comentario a la STS de 29.IV.1987», en *CCJC*, 14, pp. 4591 ss.) y DE PABLO CONTRERAS (*La prescripción de la acción reivindicatoria*, Madrid, 1992), en que lo que prescribe extintivamente en Derecho español no es el derecho sino la acción. Esto, unido al idéntico plazo de usucapión extraordinaria y de prescripción extintiva, seis años, provoca en general que no se pueda producir una prescripción extintiva de la acción sin usucapión simultánea. Sin embargo, el efecto paralizador de la usucapión establecido por el artículo 1956, provoca que en caso de robo o hurto comience un plazo de prescripción extintiva sin que simultáneamente se inicie otro de usucapión. Ello da lugar a que en tal caso se dé una prescripción extintiva de la acción sin paralela usucapión.

acogida a dos especialidades propias, si bien la segunda algo modificada, del Derecho histórico español: que valía un título putativo para la usucapión ordinaria de bienes muebles, y que sobre los bienes muebles robados o hurtados, a los que se agregaron los perdidos, no cabía usucapión en tanto que no se hubiese extinguido la acción reivindicatoria. El texto del artículo fue tomado del de los artículos 2279 y 2280 del *Code civil*. Pero Silvela aprovechó ese material para reinterpretarlo de acuerdo con la propia doctrina española y, modificando en parte el modelo, redactó una norma que no tiene nada que ver en su sentido con los textos legales franceses¹⁷⁶.

En el resto de materias referentes a la usucapión mobiliaria, el Código siguió también bastante de cerca sus precedentes castellanos, si bien adaptándolos en parte: previó una usucapión extraordinaria de bienes muebles, sin justo título ni buena fe, exigiendo para ella el transcurso de seis años (art. 1955.2.º); excluyó la prescripción de los bienes hurtados o robados por el ladrón, en tanto que no prescriba el delito o falta (art. 1956); y, según lo ya dicho, distinguió y reguló en artículo aparte la prescripción extintiva de la acción reivindicatoria (art. 1962). A todo esto añadió, y ello sí fue una novedad proveniente del Derecho francés a través del artículo 2280 del Código Napoleón y del artículo 1962.2.º del Proyecto de 1851, un derecho de reembolso a favor de quien adquiriese ciertos bienes muebles con determinadas condiciones de publicidad (art. 464.2.º y 3.º), y una remisión a la norma especial del artículo 85 del Código de Comercio (art. 464.4.º).

4.4 CONCLUSIÓN

El análisis sistemático y el histórico han conducido al mismo punto. El artículo 464, párrafo primero, pese a su complejidad textual y a sus precedentes formales franceses, es una norma dirigida a admitir el título putativo como suficiente para la usucapión ordinaria de bienes muebles y a excluir en su frase segunda que pueda

¹⁷⁶ Este modo de proceder fue muy utilizado por la Comisión redactora del Código Civil. A la redacción e interpretación del artículo 464 convienen plenamente las siguientes palabras del profesor DE CASTRO: «los amagos de extranjerización de nuestro Derecho, justo es decirlo, parten de los teóricos y a ellos corresponden culpas de que está libre la Comisión general de Codificación; son los comentaristas del Código Civil los que lo tratan como una mala traducción del francés, que hay que corregir o completar conforme a su original y los que con increíble ceguera no ven las patentes particularidades del texto español; la sabiduría práctica de la Comisión se revela precisamente en que con sólo cambiar, añadir o suprimir una o más palabras al texto utilizado como modelo (en general el P. de 1851) se cambia el sentido del artículo, rechazando la doctrina francesa y manteniendo la tradicional española» (DE CASTRO, *Derecho civil de España*, I, Madrid, 1949, p. 206, nota 3).

darse la usucapión ordinaria sobre bienes muebles perdidos, hurtados o robados en tanto que no prescriba por el transcurso de seis años la acción reivindicatoria.

Me parece que, vistas así las cosas, pocas críticas textuales, históricas o sistemáticas se le podrán hacer a la norma. Cabrá decir que tiene escasa trascendencia, sobre todo en su frase primera, pues es un supuesto raro que se pueda dar una entrega de cosa mueble por quien no es dueño en virtud de un título que a su vez sea nulo¹⁷⁷. Ciertamente. Pero se convendrá conmigo en que la escasa trascendencia de la norma no obsta a que ese sea su significado. Hay muchos otros artículos del Código Civil cuyo alcance es también reducido y ello no nos lleva a negar el significado de su tenor literal. La finalidad primera del intérprete es descubrir el sentido que el legislador quiso dar a una norma, pues, en cualquier caso, descubrir ese sentido es un paso necesario antes de plantearse llevar a cabo una interpretación correctora.

En todo caso, creo que se puede confirmar la hipótesis de trabajo planteada al final del epígrafe tercero: que, al menos respecto a los bienes muebles, y por influjo de la tradición histórica, la doctrina del título putativo ha encontrado acogida en nuestro Código Civil, tanto en materia de usucapión como de tradición. Queda por ver lo referente a la usucapión inmobiliaria.

Cuadro comparativo de los antecedentes del artículo 464 y concordantes

Derecho histórico, vigente al redactarse el Código Civil:

1. La usucapión ordinaria exige en general título válido (Partidas 3,29,9; P. 3,29,18).
2. A modo de excepción, el título putativo vale en usucapión mobiliaria (P. 3,29,14-15).
3. Usucapión ordinaria de muebles a los tres años con buena fe y justo título (P. 3,29,9).
4. No cabe usucapión ordinaria de bienes muebles hurtados o robados (P. 3,29,4; P. 3,29,9; P. 3,29,21).
5. Usucapión extraordinaria de muebles a los 30 años, sin otro requisito (P. 3,29,21).
6. Sobre muebles hurtados o robados sólo cabe usucapión extraordinaria (P. 3,29,21).
7. El ladrón no puede usucapir (Nov. Rec.11,8,1-2).
8. Prescripción extintiva sólo por usucapión de otro.

¹⁷⁷ Esta crítica la hace MIQUEL, *La posesión de bienes muebles*, p. 265.

Proyecto de García Goyena:

1. La usucapión ordinaria exige siempre título válido (art. 1959, art. 1962).
2. No cabe nunca título putativo (art. 1959.2.º).
3. Usucapión ordinaria de muebles a los tres años con buena fe y justo título (art. 1962.1.º).
4. No cabe usucapión ordinaria trienal de bienes muebles hurtados, robados o perdidos (art. 1962.2.º).
5. Usucapión extraordinaria de muebles a los 10 ó 20 años, sin otro requisito (art. 1963.1.º).
6. Sobre muebles hurtados, robados o perdidos, la usucapión ordinaria exige 6 años (art. 1962.2.º).
7. El ladrón no puede usucapir en tanto no prescriba el delito (art. 1963.2.º).
8. Prescripción extintiva muebles e inmuebles a los 30 años (art. 1966).

Redacción del Código Civil:

1. La usucapión ordinaria exige en general título válido (art. 1952).
2. A modo de excepción, el título putativo vale en usucapión mobiliaria (art. 464.1.º1.ª).
3. Usucapión ordinaria de muebles a los tres años con buena fe (art. 1955.1.º).
4. No cabe usucapión de bienes muebles hurtados, robados o perdidos en tanto no prescriba la acción reivindicatoria (art. 464.1.º2.ª; art. 1955.3; art. 1962 *in fine*).
5. Usucapión extraordinaria de muebles a los 6 años, sin otro requisito (art. 1955.2.º).
6. Cabe usucapión de bienes muebles hurtados, robados o perdidos una vez prescrita la acción reivindicatoria (art. 464.1.º, 2.ª; 1955.3, y 1962 *in fine*).
7. El ladrón no puede usucapir en tanto no prescriba el delito (art. 1956).
8. Prescripción extintiva de muebles a los 6 años, salvo que haya usucapión previa de otro, y con la excepción, para este último caso, de lo reseñado en números 4 y 6 (art. 1962).

5. EL TÍTULO PUTATIVO EN LA USUCAPIÓN DEL ARTÍCULO 35 DE LA LEY HIPOTECARIA

5.1 ORIGEN Y PROBLEMAS DEL ARTÍCULO 35 LH

Otro artículo donde se plantea el problema de la admisibilidad del título putativo, esta vez en referencia a la usucapión de bienes inmuebles, es el 35 de la Ley Hipotecaria. Como sucede con los otros artículos donde ya hemos visto que late la doctrina del título putativo, bien en tradición (art. 1897 CC), bien en usucapión (art. 464 CC), el artículo 35 de la Ley Hipotecaria ha sido objeto de viva polémica, recrudescida en los últimos años, en la que se debate precisamente si la norma da lugar a una usucapión sin título válido. Para los que admiten este efecto, la inscripción equivaldrá al título, y suplirá su vicio o defecto. Para los que lo niegan, el artículo 35 establecerá sólo una presunción *iuris tantum* de existencia y validez de título a efectos de usucapión, pero sin suplir este requisito ni convalidar su vicio o defecto.

A diferencia de los artículos citados del Código Civil, que contienen una fuerte carga histórica, y que contaban con precedentes que los enlazaban sin solución de continuidad con la doctrina medieval del título putativo, el artículo 35 de la Ley Hipotecaria es una norma de génesis reciente en el ordenamiento español. La posibilidad de una usucapión inmobiliaria basada en un título putativo inscrito en el Registro de la Propiedad aparece con la reforma de la Ley Hipotecaria de 1944. Las normas hipotecarias anteriores, aunque hacían referencia a la relación entre la usucapión y el Registro, no daban pie a una usucapión *secundum tabulas* surgida a raíz de un contrato inválido¹⁷⁸.

¹⁷⁸ El antiguo artículo 35, que era la norma principal que regulaba las relaciones entre la usucapión y el Registro, decía en la Ley Hipotecaria de 1861: «La prescripción no perjudicará a tercero si, requiriendo justo título, no se hallare éste inscrito en el Registro. El término de la prescripción empezará a correr, en tal caso, y para dicho efecto, desde la fecha de la inscripción. En cuanto al dueño legítimo del inmueble o derecho que se esté prescribiendo, se calificará el título y se contará el tiempo con arreglo a la legislación común».

El artículo se reformó en 1869, y con ese texto pasó a la Ley Hipotecaria de 1909: «La prescripción que no requiera justo título no perjudicará a tercero si no se halla inscrita la posesión que ha de producirla. Tampoco perjudicará a tercero la que requiera justo título si éste no se halla inscrito en el Registro. El término de la prescripción principiará a correr, en uno y otro caso, desde la fecha de la inscripción.

En cuanto al dueño legítimo del inmueble o derecho que se esté prescribiendo, se calificará el título y se contará el tiempo con arreglo a la legislación común». He tomado las referencias de MACÍA MORILLO, «La usucapión secundum tabulas. El artículo 35 de la Ley Hipotecaria», en *RCDI*, 2001, p. 479.

5.2 LA TESIS DE LA INSCRIPCIÓN COMO EQUIVALENTE AL TÍTULO

El texto del artículo 35 de la Ley Hipotecaria dice: «A los efectos de la prescripción adquisitiva en favor del titular inscrito, será justo título la inscripción, y se presumirá que aquél ha poseído pública, pacífica, ininterrumpidamente y de buena fe durante el tiempo de vigencia del asiento y de los de sus antecesores de quienes traiga causa».

Para un sector de la doctrina, ligeramente preponderante, y para una corriente jurisprudencial, la primera parte de este artículo establece una equivalencia entre la inscripción y el justo título de la usucapión ordinaria, de modo que aquélla puede suplir la falta o nulidad de éste. La inscripción de dominio servirá, en virtud de este artículo, para fundar una usucapión ordinaria, salvando así el obstáculo que podría suponer la nulidad o invalidez en general del contrato o acto que ha provocado la inscripción. De este modo se le facilitará al titular inscrito la usucapión ordinaria, pues contará, en todo caso, con un justo título. Si concurren el resto de requisitos de la usucapión ordinaria –posesión *ad usucapionem*, buena fe y tiempo–, presupuesto que la misma norma facilita, pues presume en su segunda parte su existencia, el titular inscrito se convertirá en propietario, a pesar del defecto que pueda existir en el título material.

Para los partidarios de esta tesis, el artículo 35 de la Ley Hipotecaria viene a posibilitar la usucapión ordinaria no sólo a favor de tercero registral, sino a favor del mismo titular que sea parte en el negocio que originó la inscripción pero que no adquirió por un vicio o defecto de ese acto. Así, el comprador que inscribió la adquisición podrá adquirir por usucapión ordinaria ex artículo 35 frente al vendedor, a pesar de la nulidad del contrato. Servirá también para proteger a terceros que no adquirieron la propiedad ex artículo 34 por no darse los requisitos que esta norma exige –tercero que adquirió en virtud de contrato inválido, o a título lucrativo–; pero, en tales casos, si la donación o el legado fue válido, la equivalencia de la inscripción al título no variará su situación, pues reúnen igualmente los requisitos de la usucapión ordinaria de bienes inmuebles del artículo 1957 del Código Civil. La ventaja que brinda el artículo 35 de la Ley Hipotecaria respecto a la regulación de la usucapión ordinaria de bienes inmuebles en el Código Civil consiste precisamente en permitir la usucapión a pesar de la inexistencia o nulidad del título. La buena fe del adquirente se referirá a la creencia en la validez del título, y sólo cuando sea necesario –casos

de adquisición *a non domino* por negocio inválido— a la validez del título y titularidad del *tradens*.

Entendido así el artículo, el propietario del bien inmueble debe, si quiere evitar la usucapión del inmueble por parte del titular inscrito, impugnar la inscripción y demandar su cancelación. Pero esa impugnación no podrá hacerse una vez consumada la usucapión, pues entonces se habrá consolidado la propiedad en el titular inscrito. La invalidez del acto sustantivo que ha provocado la inscripción no podrá ya afectar al dominio, pues el titular inscrito ha adquirido a pesar de esa invalidez: la inscripción habrá servido de justo título a su usucapión ¹⁷⁹.

El mecanismo empleado por el artículo no consiste en admitir un título nulo o inexistente pero creído válido como suficiente para la usucapión ordinaria, sino en transformar la inscripción en justo título de la usucapión, prescindiendo así de los defectos, vicios o incluso de la inexistencia del acto sustantivo que dio lugar a dicha inscripción. Pese a que tal sea el mecanismo, la norma acoge la usucapión basada en un título putativo y es expresión de la doctrina del título putativo, pues, a pesar de que técnicamente es justo título la inscripción, ésta sólo servirá de justo título si el titular usuca-piente creía en la existencia y validez del acto sustantivo que provocó la inscripción.

Para la tesis expuesta, el artículo 35 se funda en el principio de legitimación registral y tiene una función convalidante o sanatoria de las inexactitudes que existan en el Registro ¹⁸⁰. Será, junto con el artículo 34, uno de los medios fundamentales para conseguir la coincidencia entre realidad y Registro: el artículo 34 proporcionará la titularidad a quien adquiera de buena fe *a non domino*; el artículo 35 posibilitará la usucapión ordinaria a quien adquiera de buena fe por título inexistente o inválido ¹⁸¹.

La tesis de la equivalencia entre la inscripción y el justo título de la usucapión cuenta con dos importantes argumentos a su favor. Uno el propio texto de la Ley, claro en el sentido de que la pres-

¹⁷⁹ Así, GARCÍA GARCÍA, «El principio hipotecario de usucapión secundum tabulas», en *RCDI*, 1997, pp. 1724 ss. y 1739; NUÑEZ LAGOS, «Realidad y Registro», en *RGLJ*, 1944, p. 454.

¹⁸⁰ ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, I, 1954, p. 644; GARCÍA GARCÍA, «El principio hipotecario de usucapión secundum tabulas», pp. 1716 ss.

¹⁸¹ Como ya he dicho, en el ámbito protegido por la usucapión del artículo 35 se encontrarán también quienes adquirieron *a non domino* por título valido pero no cumplen el resto de requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria —adquirentes por título lucrativo, inmatriculantes—. El artículo 35 les aprovechará en cuanto que les dispensa incluso de probar ese título y presume los otros requisitos. Pero la ventaja será de carácter meramente procesal, pues ellos reúnen los requisitos sustantivos de la usucapión ordinaria de inmuebles del artículo 1957 del Código Civil. Podrían usucapir sin el artículo 35; el adquirente por título nulo o inexistente, no.

cripción *es* título, y no simplemente presunción *iuris tantum* de éste. Como dice Roca Sastre «ante lo terminante del precepto, es ocioso dilucidar la idoneidad y la validez de tal título, así como si tal inscripción fue practicada con o sin título documental. [...] Dicho precepto dispone que la inscripción a favor del usucapiente “será justo título” para usucapir, y ante estas palabras huelga toda polémica y sobra todo mayor examen a fondo, pues el artículo 35 es claro en este punto»¹⁸².

Un segundo argumento a favor de esta tesis radica en el hecho de que Porcioles –Director general de los Registros al tiempo de redactarse la norma, y considerado el padre de la reforma de 1944, pues preparó el borrador que sirvió de base al Proyecto de reforma– sostuviese la equivalencia entre inscripción y justo título como finalidad buscada al redactar la norma del artículo 35¹⁸³. Argumento de valor limitado, ya que no puede confundirse la voluntad del legislador con la del autor material del texto, pero que no carece de cierto peso a la hora de enjuiciar los antecedentes legislativos.

Pero la equivalencia entre inscripción y justo título que parece derivarse del texto legal y de la intención de los redactores de la norma ha sido rechazada por numerosos autores, que impugnan esta tesis basándose sobre todo en argumentos sistemáticos.

En contra de que el artículo 35 pueda posibilitar una usucapión fundada en un título nulo se aduce el argumento derivado de la propia finalidad de la usucapión ordinaria. Ésta tiene como finalidad convalidar una transmisión que haya resultado ineficaz por falta de titularidad del *tradens*, pero no la que haya resultado ineficaz por vicio o defecto del título. Para ello habrá que recurrir a la prescripción extraordinaria. En consecuencia, deviniendo ineficaz la transmisión en este caso por defecto o nulidad del título, no procede la usucapión ordinaria, sino que se ha de recurrir a la extraordinaria¹⁸⁴.

El argumento encierra, a mi parecer, una petición de principio. No se trata de que la usucapión ordinaria sólo pueda convalidar

¹⁸² ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, I, p. 648.

¹⁸³ PORCIOLES, «La prescripción y el Registro de la propiedad», en *Cuestiones de Derecho Hipotecario y social, Colegio Notarial de Barcelona*, 1945, p. 189. El trabajo no me ha sido accesible. Pero aparece citado y tienen en cuenta su opinión, valorando la influencia del autor en la redacción del precepto, GARCÍA GARCÍA («El principio hipotecario de usucapión secundum tabulas», pp. 1722 ss.), ALBALADEJO («La inscripción en el Registro como justo título a efectos de usucapión», en *ADC*, 1992, p. 28) y MACÍA MORILLO («La usucapión secundum tabulas. El artículo 35 de la Ley Hipotecaria», p. 480).

¹⁸⁴ MORALES MORENO, «La inscripción y el justo título de usucapión», en *ADC*, 1971, pp. 1129 ss.; MACÍA MORILLO, «La usucapión secundum tabulas. El artículo 35 de la Ley Hipotecaria», pp. 466 ss.

defectos de titularidad del *tradens*, y por ello el artículo 35 no pueda posibilitar una usucapión basada en un título putativo. Es, más bien, que la usucapión ordinaria exige generalmente un justo título verdadero y válido, y por eso sólo sirve para sanar los defectos de titularidad del tradente. Como bien ha expuesto Wubbe, si se prescindiese del requisito del título válido, la usucapión ordinaria serviría también para sanar los vicios del título y podría alegarse por quien contratase con el propietario, como sucede en la usucapión extraordinaria¹⁸⁵. Por tanto, si se permite la usucapión ordinaria en virtud de título putativo –que, al fin, es lo que se discute del art. 35–, no habrá ya problema para que la usucapión pueda sanar el defecto del título, del mismo modo que lo hace la usucapión extraordinaria.

Un segundo argumento en contra de la equivalencia entre inscripción y justo título es que supondría admitir una usucapión ordinaria sin justo título, o, al menos, dispensar a la usucapión *secundum tabulas* de la exigencia de validez del título (art. 1953 CC), alterando así las normas del Código Civil.

Ciertamente, tal equivalencia alteraría la normativa del Código Civil. Pero si se contempla el mecanismo adoptado por el artículo 35 de la Ley Hipotecaria, se ve que la norma no conduciría a una usucapión ordinaria sin justo título, ni siquiera a una usucapión ordinaria basada en un título inválido; técnicamente, lo que hace el artículo 35 es crear un «título por equivalencia» (Badosa) o «título formal» (Albaladejo), pues será la misma inscripción la que sirva como justo título de la usucapión. Como bien ha visto Roca Trías, la norma que excepciona el artículo 35 de la Ley Hipotecaria es la del artículo 1952 del Código Civil, pues convierte en justo título al que legalmente no basta para transferir el dominio¹⁸⁶. Ello supone una alteración de la normativa del Código Civil, pero nada impide que lo hagan las normas hipotecarias en su ámbito.

También se impugna la equivalencia argumentando que entraría a atribuir a la inscripción eficacia convalidante del acto o contrato nulo, en contra de lo establecido por el artículo 33 de la Ley Hipotecaria. Pero esto tampoco es cierto, pues el artículo 35, entendido como equivalencia de la inscripción al título, no tiene eficacia convalidante alguna. No prescribe que la inscripción sane la nulidad del acto o contrato, aun a los solos efectos de la usucapión ordinaria, ni que el título nulo o inexistente valga como justo

¹⁸⁵ WUBBE, «Die Interessenlage bei traditio und usucapio», pp. 569 ss.

¹⁸⁶ ROCA TRÍAS, «Las relaciones entre la posesión y el Registro de la propiedad», en *ADC*, 1979, p. 46.

título de usucapión. Dice algo más simple: que la inscripción es justo título. Ello no choca ni con el artículo 33 de la Ley Hipotecaria, ni con el artículo 1953 del Código Civil, sino que, según lo dicho, contradice y rectifica en este punto lo prescrito por el artículo 1952 del Código.

Por último, se ha rebatido la tesis de la equivalencia alegando que el concepto de buena fe en la usucapión se refiere exclusivamente a la creencia en la titularidad del *tradens*, y no a la veracidad y validez del título (art. 1950 CC). Pero aparte de que no habría serio obstáculo para diseñar un concepto de buena fe en el artículo 35 de la Ley Hipotecaria que entrañase la creencia en la validez del acto o contrato inscrito, ello no es necesario; la creencia en la validez del título material puede ser llamada a integrar el concepto de buena fe en la usucapión por cuanto el artículo 1951 del Código Civil, a través del artículo 433, recoge el concepto de buena fe como creencia en la validez del título. En consecuencia, no habrá problemas para declarar, partiendo del concepto de buena fe en la usucapión del Código Civil, que ésta incluye no sólo la creencia en la titularidad del *tradens* sino también en la validez del título.

5.3 LA TESIS DE LA INSCRIPCIÓN COMO PRESUNCIÓN *IURIS TANTUM*

A raíz del rechazo, por los motivos vistos, de la equivalencia entre inscripción y título, surgió, casi desde la promulgación misma de la norma, una segunda tesis en torno al valor del artículo 35 de la Ley Hipotecaria¹⁸⁷. Se ha ido perfilando y ganando defensores, y cuenta con el apoyo de una buena parte de la jurisprudencia¹⁸⁸.

Entienden los defensores de esta otra tesis que el artículo 35 sólo establece en su primera parte una presunción *iuris tantum* de existencia y validez del título a efectos de la usucapión ordinaria, pero sin llegar a suplir la inscripción al acto o contrato inscrito. Será éste el que sirva de justo título a la usucapión y, por lo tanto, en caso de inexistencia o invalidez de ese acto o contrato, la usucapión ordinaria no podrá consumarse por faltar el justo título verdadero y válido.

¹⁸⁷ SANZ, «La reforma de la Ley Hipotecaria», en *RDP*, 1945, p. 22.

¹⁸⁸ La jurisprudencia en torno al artículo 35 está dividida entre las dos tesis en liza, sin que hasta ahora se haya impuesto ninguna línea jurisprudencial. *Vid.* MACÍA MORILLO, «La usucapión secundum tabulas. El artículo 35 de la Ley Hipotecaria», pp. 520 ss; GARCÍA GARCÍA, «El principio hipotecario de usucapión secundum tabulas», pp. 1732 ss.

Según esta interpretación del artículo 35, la norma carece de contenido sustantivo, y tiene una eficacia puramente procesal. Establece una presunción *iuris tantum* de que el titular inscrito reúne los requisitos para la usucapión ordinaria. Si, para establecer esa presunción, la parte primera de la norma dice que «será justo título la inscripción», y para el resto de requisitos emplea con más propiedad la expresión «se presumirá», ello es así porque para enervar la presunción de título se exige impugnar la inscripción en que se basa, mientras que el resto de presunciones pueden destruirse sin impugnar ese título¹⁸⁹.

Para esta tesis, la demanda de nulidad o cancelación de la inscripción tiene eficacia aunque se suscite después de transcurrido el plazo de la usucapión ordinaria¹⁹⁰. Impugnada la inscripción y conseguida su cancelación, cae con efectos *ex tunc* la presunción. En consecuencia, si el título material era nulo o inexistente, no reúne los requisitos del artículo 1953 del Código Civil y no cabrá una usucapión ordinaria. El artículo 35 no alterará la normativa de la usucapión contenida en el Código Civil.

La tesis tiene la virtud de adecuarse al texto legal y salvar las críticas que recibía la teoría de la equivalencia. Ciertamente, el sentido propio de las palabras del artículo 35 de la Ley Hipotecaria parece más cercano a aquella otra tesis; pero la interpretación dada por Morales Moreno a la locución «será justo título la inscripción», explicando que la presunción allí establecida sólo puede atacarse si a la vez se impugna la inscripción, resulta conforme al texto y explica la diferente expresión respecto a la presunción simple establecida en la segunda parte de la norma.

Con todo, tampoco esta tesis ha quedado exenta de críticas, provenientes esta vez de los partidarios de la primera. Se aduce en su contra que si la inscripción no sirve para convalidar defectos del título a efectos de la usucapión, la norma sería superflua, pues el defecto de titularidad del *tradens* vendrá ya salvado por la norma del artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Pero esta crítica no es acertada, pues la adquisición *a non domino* del artículo 34, aparte del título válido, exige de varios requisitos –título oneroso, adquirir de titular inscrito– que pueden faltar, en cuyo caso será necesario recurrir a la usucapión *secundum tabulas*. En estos casos, la norma

¹⁸⁹ MORALES MORENO, «La inscripción y el justo título de usucapión», pp. 1140 ss.; DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, III, p. 749.

¹⁹⁰ MORALES MORENO, «La inscripción y el justo título de usucapión», p. 1141; MACÍA MORILLO, «La usucapión secundum tabulas. El artículo 35 de la Ley Hipotecaria», p. 536; ALBALADEJO, «La inscripción en el Registro como justo título a efectos de usucapión», pp. 31 ss. Precisamente este punto me lleva a encuadrar a ALBALADEJO entre los defensores de esta interpretación.

del artículo 35, aunque no alteraría las normas sustantivas de la usucapión inmobiliaria en el Código Civil, no resultaría superflua, pues facilitaría con la presunción la prueba de los requisitos de la usucapión¹⁹¹.

Más razón lleva la objeción de que el artículo 35 de la Ley Hipotecaria, entendido como una presunción *iuris tantum* del título, supone una reiteración del artículo 38 de la misma ley¹⁹². Los propios defensores de esta interpretación aceptan en parte esta crítica¹⁹³. Pero replican que la posible reiteración queda justificada por motivos de seguridad jurídica y como aplicación concreta de la presunción de título en materia de usucapión. En todo caso, y en línea de principio, el carácter repetitivo de una norma no basta por sí solo para variar su interpretación, cuando otra interpretación resulta contradictoria con otras normas.

Argumento de peso en contra de esta tesis es que interpretar la inscripción como presunción de título choca con la norma del artículo 1954 del Código Civil, que expresa tajantemente que el justo título no se presume nunca. Ciertamente es una norma procesal. Pero no se ve claro por qué, pese a la supuesta armonía que predica esta interpretación entre las normas del Código Civil y de la Ley Hipotecaria en materia de usucapión, la Ley Hipotecaria sí se permite infringir y excepcionar esa norma del Código.

5.4 LA EQUIVALENCIA COMO INTERPRETACIÓN MÁS POSIBLE

Hemos analizado los argumentos a favor y en contra de una y otra tesis. Su repaso me lleva a concluir que lo más posible es que el texto legal quisiera admitir una usucapión ordinaria *secundum tabulas* que salvase la nulidad del título material. A ello parece conducir el mecanismo empleado al establecer que «será justo título la inscripción». El sentido más propio del texto legal parece apoyar esta interpretación. En su contra milita que esa interpretación choca necesariamente con el artículo 1952 del Código Civil, pues admite como justo título de la usucapión el que no basta legalmente para transferir el dominio, la inscripción provocada por un

¹⁹¹ MACÍA MORILLO, «La usucapión secundum tabulas. El artículo 35 de la Ley Hipotecaria», pp. 492 ss.

¹⁹² GARCÍA GARCÍA, «El principio hipotecario de usucapión secundum tabulas», pp. 1715 ss.

¹⁹³ MORALES MORENO, «La inscripción y el justo título de usucapión», p. 1141; MACÍA MORILLO, «La usucapión secundum tabulas. El artículo 35 de la Ley Hipotecaria», p. 513.

título nulo. Pero si se tiene en cuenta que la tesis de la presunción *iuris tantum* de título vulnera a su vez el artículo 1954 del Código Civil, se concluye que de todos modos habrá que aceptar una contradicción entre el artículo 35 de la Ley Hipotecaria y el Código Civil. Y puestos a hacerlo, parece que el resto de argumentos apoyan la tesis de la equivalencia.

Aceptado esto, se concluye que la doctrina del título putativo también se ha infiltrado en sede de usucapión inmobiliaria. No ciertamente como regla general, pues la usucapión inmobiliaria extrarregistral sí exige la validez del justo título. Pero la norma especial del artículo 35 de la Ley Hipotecaria, convirtiendo en título a la inscripción, habrá posibilitado la usucapión *secundum tabulas* en virtud de título putativo.

6. ARGUMENTO HISTÓRICO Y REVISIÓN DEL TÍTULO PUTATIVO

6.1 RECAPITULACIÓN

Al final del epígrafe tercero veíamos que el título putativo se encontraba presente en los artículos 1896 y 1897 del Código Civil, determinando que la buena fe del *accipiens* produjese el efecto transmisivo del pago de lo indebido. En los dos últimos epígrafes hemos visto que esa posibilidad de que un título putativo sea suficiente para llevar a cabo una adquisición se encuentra también presente en la usucapión mobiliaria, a través del artículo 464 del Código, y en la usucapión inmobiliaria *secundum tabulas*, acogida en el artículo 35 de la Ley Hipotecaria.

La doctrina del título putativo habría revelado una particular capacidad generativa en nuestro ordenamiento. Ha aparecido en tres lugares diversos pero interrelacionados, como son la tradición, la usucapión mobiliaria y la usucapión inmobiliaria registral.

Conviene resaltar que en dos de esos casos, tradición y usucapión mobiliaria, el Código no ha hecho sino recoger, sin que lo percibiesen tal vez sus propios redactores, una regulación medieval, la del título putativo en tradición y usucapión, que se había convertido en el modo de solucionar por los autores del *ius commune* las contradicciones entre una transmisión causal y una *condictio indebiti* de naturaleza personal. Aunque resulte llamativo, a mí me parece indudable que los artículos 464 y 1897 del Código son la última reminiscencia en la legislación española de una tesis construida por glosadores, comentaristas, autores del humanismo y de

la jurisprudencia elegante para solventar concretos problemas de interpretación del *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano. En cambio, el artículo 35 de la Ley Hipotecaria, aunque instrumenta también una usucapión por título putativo, es ajeno a esa génesis histórica y es fruto de consideraciones doctrinales contemporáneas a la redacción de la ley.

En todo caso, los artículos están ahí, y me parece innegable, desde una perspectiva histórica, que comportan la admisión de un título putativo. Esa perspectiva histórica me parece que brinda un criterio previo y necesario para su interpretación. Si se acepta que escondían en su origen un título putativo, no cabrá apoyar en ellos un retorno al sistema romano de la *causa solutionis* abstracta (art. 1897), ni una admisión de la adquisición mobiliaria *a non domino* (art. 464), por cuanto su génesis no justifica lo que de suyo rechaza el sistema. Su génesis justificará, todo lo más, la admisión de un título putativo.

6.2 LA CONVENIENCIA DE CONSUMAR LA EVOLUCIÓN DEL SISTEMA

La perspectiva histórica de la que acabo de tratar, siendo importante, tampoco es única. La interpretación histórica deberá conjugarse con los restantes criterios, textual, sistemático y teleológico, a fin de determinar el sentido que hoy día conviene atribuir a los artículos mencionados.

Porque si ellos militan a favor de la admisión de un título putativo como suficiente para la tradición y la usucapión, tampoco conviene olvidar que hay otros artículos que predicán la solución contraria. Básicamente, el artículo 609 y el 1953 del Código. La referencia del primero, respecto a la tradición, a «ciertos contratos», y, con mucha mayor claridad, la exigencia en el segundo de un título «verdadero y válido», chocan con la doctrina del título putativo.

Con una perspectiva meramente textual podría defenderse la compatibilidad y coordinación entre todos esos artículos, por cuanto el artículo 609 no supone un serio obstáculo a la transmisión por título putativo y los artículos 464 del Código y 35 de la Ley Hipotecaria tienen sus propios mecanismos para salvar el requisito del artículo 1953, bien prescindiendo del requisito del título en la usucapión mobiliaria (art. 1955), bien dotando del carácter de título a la inscripción (art. 35 LH).

Sin embargo, no es esa la solución por la que yo me inclino, y la que me parece más adecuada con la interpretación sistemática y teleológica que se debe hacer de las normas. Es más, la propia

perspectiva histórica nos brinda un criterio finalista que no conviene despreciar, pues orienta en la solución que se ha de dar al problema de la admisión o rechazo de un título putativo.

Con un criterio general, y dejando aparte ciertas excepciones –título *pro derelicto*, *pro suo*– hay que partir de que la tradición y la usucapión se apoyan en las mismas causas; existe una coincidencia esencial entre las justas causas de la tradición y los justos títulos de la tradición.

Pues bien, la historia de las instituciones presenta una evolución tendente a equiparar las justas causas de la tradición y de la usucapión con los negocios obligatorios. En Derecho romano causa de la tradición o de la usucapión no es siempre la obligación o el contrato. El caso más claro es el de las entregas *solvendi causa*, en las que el efecto transmisivo es totalmente independiente de la existencia o no de la obligación previa que se pretende extinguir: la *indebiti solutio* transmite, por más que dé lugar a una *condictio indebiti*.

Un paso adelante en la identificación entre justo título y obligación o contrato lo dieron los autores del *ius commune*, si bien aceptando todavía la obligación o el contrato putativo como causa. La doctrina del título putativo surgió como un punto de equilibrio, inestable pero necesario, para compatibilizar *traditio* causal y *condictio indebiti* personal.

Pero desde entonces, bien por vía legal como en Austria, bien por vía doctrinal como en Francia, los países que han recibido el sistema causal han completado la evolución tendente a identificar justa causa y negocio obligatorio. Superada la vinculación a los textos del *Corpus Iuris* como argumento de autoridad, la doctrina europea ha proseguido en la tendencia iniciada por los autores medievales, y hoy entiende por causa de la *traditio* y de la *usucapio* solamente el negocio obligatorio válido. En consecuencia, ha reinterpretado y transformado la *condictio indebiti* para convertirla en una acción encaminada meramente a recuperar la posesión. Esa adquisición derivativa plenamente causal, en la que causa es sólo el negocio obligatorio válido, es, como dice Kupisch, el último paso de la evolución histórica y la consumación de una tendencia secular¹⁹⁴.

Pues bien, esa identificación entre negocio obligatorio y justa causa de la tradición y de la usucapión, a la que ha tendido el desarrollo histórico, me parece también lo más adecuado desde una perspectiva sistemática y teleológica. No ignoro que una cierta

¹⁹⁴ KUPISCH, «Causalità e astrattezza», en VACCA (ed.), *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico comparatistica*, II, Milán, 1991, pp. 442 ss.

dosis de abstracción, como la que brinda la doctrina del título putativo, puede favorecer la seguridad del tráfico jurídico, rebajando la causalidad del sistema en favor del que actúo de buena fe, según ya expuse en el epígrafe tercero ¹⁹⁵. Pero la admisión de un título putativo supondría alterar las bases de nuestro sistema causal y, aunque pueda proporcionar cierta seguridad al tráfico, crearía también muchas perturbaciones ¹⁹⁶; por ello en la misma Alemania buena parte de la doctrina ha propugnado el abandono de la abstracción y la instauración de una transmisión absolutamente causal ¹⁹⁷. A mi parecer, la seguridad del tráfico, necesaria, pero que no debe convertirse en valor supremo, puede alcanzarse mucho más perfectamente por mecanismos propios, como es la protección ofrecida por la fe pública registral. Lo contrario supone abrir la puerta a una abstracción que, en pro de la seguridad del tráfico, desampara el derecho de propiedad.

Ni siquiera me parece conveniente aceptar que un título putativo pueda ser suficiente para la usucapión ordinaria, aunque su eficacia sea menos distorsionante que en la tradición, y aunque cuente con el apoyo de los artículos 464 del Código Civil y 35 de la Ley Hipotecaria, este último redactado con clara intencionalidad permisiva. Prescindir del requisito de validez del justo título permitiría que quien no adquirió la propiedad derivativamente por vicio del contrato pueda alegar en su favor, transcurrido el tiempo necesario, la adquisición por usucapión ordinaria. Efecto este que no me parece conveniente introducir, pues recorta gravemente en el tiempo las posibilidades que tiene el transmitente por título nulo o anulable de

¹⁹⁵ Así, por ejemplo, quien fue objeto de dolo o violencia por la otra parte, y no quien la ejerció, adquiriría la propiedad de la cosa entregada; si luego transmitiese, el tercero habría adquirido una posición inatacable; quien ejerció la violencia sólo podría reclamarle a la contraparte el precio o enriquecimiento; de ese modo, además, el contratante de buena fe quedaría libre de la responsabilidad por evicción. A favor de rebajar la causalidad absoluta del sistema español, Díez-PICAZO, «La tradición y los acuerdos traslativos en el Derecho español», en *ADC*, 1966, p. 568.

¹⁹⁶ No hay más que pensar en el ejemplo visto en la nota anterior cuando la violencia o el dolo fuese ejercido por un tercero.

¹⁹⁷ Entre los civilistas que se han declarado partidarios de un sistema transmisivo causal se pueden citar algunos bien conocidos: VON TUHR («Eigentumsübertragung nach schweizerischem Recht», en *Zeitschrift für schweizerisches Recht*, 1921, p. 42), HECK (*Das abstrakte dingliche Rechtsgeschäft*, Tübingen, 1937), WIEACKER («Die Forderung als Mittel und Gegenstand der Vermögenszuordnung», en *Deutsche Rechtswissenschaft*, 1941, pp. 41 ss.; recopilado en sus *Kleine juristische Schriften*, Gottingen, 1988, pp. 243 ss., 250), LARENZ (*Lehrbuch des Schuldrechts*, II, 1.º, Munich, 1986, pp. 20 ss.), FERRARI («Vom Abstraktionsprinzip und Konsensualprinzip zum Traditionsprinzip», en *ZEuP*, 1993, pp. 52 ss. y 77 ss.), DROBNIG («Transfer of Property», en *Towards a European civil code*, Nijmegen-La Haya-Londres-Boston, 1998, pp. 495 ss., y 510), WESTERMANN (*Sachenrecht*, Heidelberg, 1998, pp. 30 ss.) y WACKE («Eigentumserwerb des Käufers durch schlichten Konsens oder erst mit Übergabe? Unterschiede im Rezeptionsprozeß und ihre mögliche Überwindung», en *ZEuP*, 2000, pp. 254 ss.).

recobrar la cosa antes de que la otra parte la adquiriera por prescripción extraordinaria.

En consecuencia, amparándose en el criterio sistemático y teleológico, me parece que conviene realizar una interpretación correctora de todos los artículos en los que nuestro ordenamiento ha recibido la doctrina del título putativo: 464 y 1897 del Código Civil, y 35 de la Ley Hipotecaria. Convendrá incidir sobre los principios sentados en los artículos 609, 1952 y 1953 del Código: sólo es título de tradición y usucapión el verdadero y válido que tenga la virtualidad de transmitir el dominio. Lo cual no es óbice para saber que el origen histórico de aquellos artículos es bien distinto.

Lógicamente, esta interpretación correctora tendrá que procurar adecuarse al máximo al texto legal y resultar ajustada al sistema. De acuerdo con eso, me permito sugerir como interpretación del artículo 1897 la postulada por Ballarín; para el artículo 464, la de Vallet de Goytisolo y Miquel, y para el artículo 35 de la Ley Hipotecaria, la de Morales Moreno. Seguir esas interpretaciones supondrá rectificar el sentido de estas normas, deducido de su historia. Pero esa rectificación es consecuente aplicación del método histórico a la ciencia del Derecho, según lo formuló Savigny: «el carácter de este método no es, como se ha dicho injustamente, la veneración exclusiva del Derecho romano, o bien el acatamiento ciego de determinados materiales; todo lo contrario. Su objeto es encontrar hasta en su raíz la doctrina toda del pasado, es descubrir el principio orgánico, de manera que cuanto haya de vivo se separe de las partes muertas ya, las cuales quedarán como meros objetos del dominio de la historia»¹⁹⁸.

7. BIBLIOGRAFÍA

ALAS: *La publicidad y los bienes muebles*, Madrid, 1920.

ALBALADEJO: «La inscripción en el Registro como justo título a efectos de usucapión», *ADC*, 1992, pp. 5 ss.

— «Sobre si equivale o no al título la posesión de los bienes muebles adquirida de buena fe, pero gratuitamente», *ADC*, 1997, pp. 483 ss.

— «Comentario a los artículos 1952-1956», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO y DÍAZ-ALABART, tomo XXV, 1.º, Madrid, 1993, pp. 308 ss.

¹⁹⁸ SAVIGNY, *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del Derecho*, Buenos Aires, s. f., p. 134. El texto aparece citado también por KUPISCH, «Causalità e astrattezza», p. 451.

- «Comentario a los artículos 1962 y 1963», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO y DÍAZ-ALABART, tomo XXV, 2.º, Madrid, 1994, pp. 149 ss.
- ALCIATUS: *Opera omnia*, I y III, Basel, 1582.
- AMORÓS GUARDIOLA: «La protección del comprador de buena fe de bienes muebles corporales. El requisito de la buena fe», *ADC*, 1972, pp. 189 ss.
- ANNERS: *Hand wahre Hand*, Lund, 1952.
- ASSO Y DE MANUEL: *Instituciones de Derecho civil de Castilla*, Madrid, 1805.
- AUBRY y RAU: *Cours de Droit civil français*, tomo VI, París, 1920.
- BADOSA COLL: «Comentario del artículo 1095», en *Comentario del Código Civil*, II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pp. 22 ss.
- «Justo título», *NEJ. Seix*, tomo XIV, Barcelona, 1978, pp. 660 ss.
- BALLARÍN HERNÁNDEZ: *El cobro de lo indebido*, Madrid, 1985.
- BECHMANN: *Der Kauf nach gemeinen Recht*, tomo III, Leipzig, 1905-1908.
- BONFANTE: «Le singole iustae causae usucapionis e il titolo putativo», *Scritti Giuridici Varii*, vol. II, Proprietà e servitù, Torino, 1918, pp. 552 ss.
- BUCHER: «Die Eigentums-Translativwirkung von Schuldverträgen: Das Woher und Wohin dieses Modells des Code civil», *ZEuP*, 1998, pp. 615 ss.
- CASTÁN: *Derecho civil español, común y foral*, II, 1.º, revisado POR GARCÍA CANTERO, Madrid, 1982.
- DE LA CÁMARA: *La adquisición «a non domino» de bienes muebles*, Madrid, 1982.
- DE LOS MOZOS: «La doctrina de F. C. von Savigny en torno a la transmisión del dominio», *RGLJ*, 1967, II, pp. 72 ss.
- «Crisis del principio de abstracción y presupuestos romanistas de la adquisición del dominio en el Derecho español», *ADC*, 1972, pp. 1027 ss.
- DE PABLO: *Prescripción de la acción reivindicatoria*, Madrid, 1992.
- DEL VISO: *Lecciones elementales de Historia y de Derecho civil, mercantil y penal de España*, II, 1.º, Valencia, 1859.
- DEMOLOMBE: *Traité des engagements qui se forment sans convention, Cours de code Napoleon*, tomo XXXI, París, 1882.
- DÍEZ-PICAZO: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, III, Madrid, 1995.
- «La tradición y los acuerdos traslativos en Derecho español», *ADC*, 1966, pp. 555 ss.
- «Comentario del artículo 1962», en *Comentario del Código Civil*, tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pp. 2153 ss.
- DÍEZ-PICAZO/GULLÓN: *Sistema de Derecho civil*, III, Madrid, 2001.
- D'ORS: *Derecho privado romano*, Pamplona, 1997.
- «Sobre la supuesta antinomia en materia de causa traditionis», *AHDE*, 1956, pp. 775 ss.
- «Titulus», *AHDE*, 1953, pp. 495 ss.
- «Los precedentes clásicos de la llamada *condictio possessionis*», *AHDE*, 1961, pp. 629 ss.
- ERNST: «Ist der gutgläubige Mobilärerwerb eine Rechtsscheinwirkung?», *Festschrift Gernhuber*, Tübingen, 1993, pp. 95 ss.
- ESCRICHE: *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, II y III, Madrid, 1839 y 1845.
- FELGENTRAEGER: *Friedrich Carl v. Savignys Einfluß auf die Übereignungslehre*, Leipzig, 1927.
- FENET: *Recueil complet des Travaux Préparatoires du Code civil*, tomo XIII, Osnabrück, 1968, réimpression de l'édition 1827.

- FERNÁNDEZ ELÍAS: *Novísimo tratado histórico-filosófico del Derecho civil español*, Madrid, 1873.
- FUENTES PÉREZ: «Coordinación del artículo 464 con los 1955 y 1962, todos del Código Civil», *RCDI*, 1960, pp. 528 ss.
- FUCHS: *Iusta causa traditionis in der romanistischen Wissenschaft*, Basel, 1952.
- GARCÍA GARCÍA: «El principio hipotecario de usucapión secundum tabulas», *RCDI*, 1997, pp. 1711 ss.
- GARCÍA GOYENA: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, reimp., Zaragoza, 1974.
- GÓMEZ DE LA SERNA: *Curso histórico-exegético del Derecho romano comparado con el español*, II, Madrid, 1863.
- GÓMEZ DE LA SERNA/MONTALBÁN: *Elementos de Derecho civil y penal de España*, I y II, Madrid, 1865.
- GONZÁLEZ: «La teoría del título y el modo», *RCDI*, 1925, pp. 81 ss.
— «Desde la teoría del título y el modo al llamado principio del consentimiento», *RCDI*, 1925, pp. 170 ss.
— «Título y modo en el Derecho español», *RCDI*, 1928, 185 ss.
- GULLÓN BALLESTEROS: «Cobro de lo indebido», en *Estudios de Derecho civil en honor del Prof. Battlle Vázquez*, Madrid, 1978, pp. 367 ss.
- GUTIÉRREZ: *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, III y V, Madrid, 1871.
- HEINECCIO: *Elementos de Derecho romano*, Granada, 1839.
— *Recitaciones de Derecho civil*, traducción de Collantes, libro II, Valencia, 1870.
- HERNÁNDEZ GIL: «El giro de la doctrina española en torno al artículo 464 del Código Civil, y una posible interpretación del término “privación ilegal”», *RDP*, 1944, pp. 491 ss.
— «De nuevo sobre el artículo 464 del Código Civil», *RDP*, 1945, pp. 413 ss.
- HOETINK: «Justus titulus usucapionis et justa causa tradendi», *TR*, 29 (1961), pp. 230 ss.
- HOFMANN: *Die Lehre vom titulus und modus acquirendi und von der iusta causa traditionis*, Viena, 1873.
- HÜBNER: *Der Rechtsverlust im Mobiliarsachenrecht*, Erlangen, 1955.
- JAHN: «Zur iusta causa traditionis», *ZSS*, 1963, pp. 141 ss.
- JORDANO BAREA: «La teoría del heredero aparente y la protección de los terceros», *ADC*, 1950, pp. 668 ss.
- KASER: «Das Geld im römischen Sachenrecht», *TR*, 29 (1961), pp. 169 ss.
— «Zur iusta causa traditionis», en *BIDR*, 1961, pp. 61 ss.
— *Das römische Privatrecht*, I y II, Munich, 1971 y 1975.
- KÖBLER: «Die Regelung des Eigentumserwerbs an Grundstücken in Preußen von ALR zum BGB», en COING/WILHELM, *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert*, tomo III, Frankfurt a.M., 1976, pp. 214 ss.
- KORTE: *Anwendung und Verbreitung des Rechtssatzes «Hand wahre Hand» im mittelalterlichen deutschen Privatrecht*, Marburg, 1981.
- KUNKEL/MAYER-MALY: *Römisches Recht*, Berlín, 1987.
- KUPISCH: «Causalità e astrattezza», en *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica*, a cura di L. VACCA, tomo II, Milán, 1991, pp. 433 ss.
— *Ungerechtfertigte Bereicherung*, Heidelberg, 1987.
- LACRUZ: *Elementos de Derecho civil*, III, 1.º, Barcelona, 1991.
— «Pago de lo indebido y transmisión de la propiedad», *Temis, Revista de la facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza*, 1957, pp. 11 ss.; tam-

- bién en sus, *Estudios de Derecho privado común y foral*, tomo II, Barcelona, 1992, pp. 343 ss.
- LANDAU: «Zum Ursprung des ius ad rem in der Kanonistik», en *Proceedings of the Third International Congress of Medieval Canon Law*, Città del Vaticano, 1971, pp. 81 ss.
- LASSO GAITE: *Crónica de la codificación española, 4 Codificación civil*, vol. II, Madrid, 1970.
- LAURENT: *Principii di Diritto civile*, vol. XX, Milan, s. f.
- LUNA SERRANO: «Comentario de los artículos 1952-1956 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pp. 2126 ss.
- MACÍA MORILLO: «La usucapión secundum tabulas. El artículo 35 de la Ley Hipotecaria», *RCDI*, 2001, pp. 461 ss.
- MANRESA: *Comentarios al Código Civil español*, I, Madrid, 1914.
- MARCADÉ: *Explication théorique et pratique du Code civil*, tomo V, París, 1873.
- MARTÍN PÉREZ: «Comentario al artículo 464», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO y DÍAZ-ALABART, tomo VI, Madrid, 1993, pp. 478 ss.
- MARTÍNEZ CALCERRADA: «Adquisición de la posesión de los muebles del artículo 464», *RDP*, 1977, pp. 693 ss.
- MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO: *Pago y transmisión de la propiedad*, Madrid, 1990.
- MARTÍNEZ VELENCOSO: *Adquisición de la propiedad e insolvencia del vendedor*, Pamplona, 2002.
- MARTY/JESTAZ/RAYNAUD: *Droit civil, Les Obligations*, 2, París, 1989.
- MAYER-MALY: *Das Putativtitelproblem bei der Usucapio*, Graz-Colonia, 1962.
- MAZEAUD/CHABAS: *Leçons de droit civil*, II/1, París, 1998.
- MEIJERS: «Le soi-disant ius ad rem», en *Études d'histoire du droit*, tomo IV, Leyden, 1966, pp. 175 ss.
- MIQUEL, J.: «Compraventa y transmisión de la propiedad», en *Derecho romano de obligaciones: homenaje al Prof. Murga Gener*, Madrid, 1994, pp. 573 ss.
- «Iusta causa traditionis y iusta causa usucapiendi en las instituciones de Gayo», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Álvarez Suárez*, Madrid, 1978, pp. 261 ss.
- *Derecho privado romano*, Madrid, 1992.
- MIQUEL, J. M.: «Comentario del artículo 464 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, tomo I, Madrid, 1993, pp. 1240 ss.
- «Comentario al artículo 609 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pp. 1550 ss.
- *La posesión de bienes muebles*, Madrid, 1979.
- «La génesis del principio Hand wahre Hand», *RDN*, 1979-2, pp. 227 ss.
- «“Meubles n'ont pas de suite” consideraciones sobre este aforismo y la reivindicación mobiliaria en el francés medieval», *Estudios Vallet de Goytisoló*, tomo VI, Madrid, 1988, pp. 319 ss.
- «Presunción de propiedad y exhibición del título», en *Centenario del Código Civil*, II, Madrid, 1990, pp. 1333 ss.
- «Comentario a la STS de 29.IV.1987», en *CCJC*, 14, pp. 4591 ss.
- «El Registro inmobiliario y la adquisición de la propiedad», *Revista de Derecho Patrimonial*, 1998, 1.º, pp. 45 ss.
- «Notas sobre el artículo 464 del Código Civil y la reciente jurisprudencia», *ADC*, 1999, pp. 565 ss.

- «El artículo 1160 del Código Civil español: sus principales problemas de interpretación», 1970, inédito.
- MORALES MORENO: «La inscripción y el justo título de usucapión», *ADC*, 1971, pp. 1123 ss.
- *Poseción y usucapión*, Madrid, 1972.
- MORATÓ: *El Derecho civil español con las correspondencias del romano*, I y II, Valladolid, 1877.
- NAVARRO AMANDI: *Cuestionario del Código Civil reformado*, tomo II, Madrid, 1889.
- NÚÑEZ LAGOS: «Realidad y Registro», *RGLJ*, 9 (1944), pp. 414 ss.
- OGRIS, «Ius ad rem», en *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, II, Berlín, 1978, col. 490 ss.
- «Hand wahre Hand», en *Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte*, I, Berlín, 1971, col. 1928 ss.
- ORTOLÁN: *Explicación histórica de las Instituciones del emperador Justiniano*, I, Madrid, 1877.
- OURLIAC/MALAFOSSE: *Histoire du droit privé, 2: Les biens*, París, 1971.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: «El anteproyecto del código civil español (1882-1888)», en *Centenario de la Ley del Notariado*, sección cuarta, vol. I, Madrid, 1965.
- «Antecedentes del Código Civil vigente», *ADC*, 1965, pp. 911 ss.
- PÉREZ GONZÁLEZ/ALGUER, anotaciones a ENNECCERUS/KIPP/WOLFF: *Tratado de Derecho civil*, Wolff, Derecho de cosas, vol. I, Barcelona, 1936.
- POTHIER: *Traité de l'action condictio indebiti*, en *Oeuvres*, III, Bruxelles, 1831.
- *Traité du droit de domaine de propriété*, en *Oeuvres*, V, Bruxelles, 1831.
- QUINTUS MUCIUS SCAEVOLA: «Comentario al artículo 464», en *Código Civil comentado*, tomo VIII, Madrid, 1893.
- RABEL: «Grundzüge des römischen Privatrechts», en HOLTZENDORFF/KOHLER, *Enzyklopädie der Rechtswissenschaft*, tomo I, Munich-Leipzig-Berlín, 1915, pp. 440 ss.
- RANIERI: «Die Lehre der abstrakten Übereignung in der deutschen Zivilrechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts», en COING/WILHELM, *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert*, tomo II, Frankfurt a.M., 1977, pp. 90 ss.
- ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, tomo I, Barcelona, 1954.
- ROCA TRÍAS: «Las relaciones entre la posesión y el Registro de la propiedad», *RCDI*, 1979, pp. 9 ss.
- SALA: *Institutiones romano-hispanae ad usum tironum hispanorum ordinatae*, I, Valencia, 1805.
- SALEILLES: *La posesión de bienes muebles*, Madrid, 1927. .
- SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudios de Derecho civil*, III, Madrid, 1891.
- SANCHO REBULLIDA: «La causa de la obligación», *RGLJ*, 1971, pp. 661 ss.; también en sus *Estudios de Derecho civil*, I, Pamplona, 1978.
- SANFILIPPO: *Condictio indebiti*, Milán, 1943.
- SANTOS BRIZ: «Comentarios al artículo 1895», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por ALBALADEJO, tomo XXIV, Madrid, 1984, p. 76.
- SANZ: «La reforma de la Ley Hipotecaria», *RDP*, 1945, pp. 1 ss.
- SCHUBERT: *Die Vorentwürfe der Redaktoren zum BGB*, Berlín-New York, 1982.
- SELLA-GEUSEN: *Doppelverkauf*, Berlín, 1999.

- STROHAL, «Rechtsübertragung und Kausalgeschäft im Hinblick auf den Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Recht», *Iherings Jahrbücher*, 27 (1889), pp. 336 ss.
- TERRÉ/SIMMLER/LEQUETTE: *Droit civil, Les obligations*, París, 1996.
- TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du code*, tomo VI, Bruxelles, 1838.
- VALLET DE GOYTISOLO: «La buena fe, la inscripción y la posesión en la mecánica de la fe pública», *RDP*, 1947, pp. 931 ss.
- «La reivindicación mobiliaria como tema fundamental del art. 464 del Código Civil», *ADC*, 1956, pp. 361 ss.
- «De nuevo sobre la posesión de bienes muebles», *ADC*, 1980, pp. 243 ss.
- VILA RIBAS: *El pago de lo indebido y la transmisión de la propiedad por tradición en el sistema del Código Civil español*, Barcelona, 1989.
- VINNII: *In quatuor libros Institutionum Imperialium Commentarius*, Lugduni, 1777.
- VOET: *Commentariorum ad Pandectas*, tomo II, Venetiis, 1847.
- WACKE: *Das Besitzkonstitut als Übergabe-surrogat in Rechtsgeschichte und Rechtsdogmatik. Ursprung, Entwicklung und Grenzen des Traditionsprinzips im Mobiliarsachenrecht*, Colonia, 1974.
- «Eigentumserwerb des Käufers durch schlichten Konsens oder erst mit Übergabe? Unterschiede im Rezeptionsprozeß und ihre mögliche Überwindung», *ZEuP*, 2000, pp. 254 ss.
- WESENER: «Dingliche und persönliche Sachenrechte-iura in re und iura ad rem. Zur Herkunft und Ausbildung dieser Unterscheidung», *Festschrift Niederländer*, Heidelberg, 1991, pp. 195 ss.
- WIELING: *Sachenrecht*, I, Berlin-Heidelberg-New York, 1990.
- WUBBE: «Interessenlage bei traditio und usucapio», *TR*, 32 (1964), pp. 558 ss.
- YZQUIERDO TOLSADA: *Las tensiones entre usucapión y prescripción extintiva*, Madrid, 1998.
- «Tipología del justo título en la usucapión. Crónica de una cuestión pendiente», *ADC*, 2001, pp. 547 ss.
- ZIMMERMAN: *The Law of obligations*, Oxford, 1996.

El contrato de transacción: principales líneas de su evolución histórica

SILVIA TAMAYO HAYA

SUMARIO: 1. *La transacción en Derecho romano*: 1.1 Primeros atisbos de transacciones. El pacto como instrumento de paz. 1.2 Continuidad del pacto al que podía agregarse alguna estipulación en la época clásica. 1.3 La transacción y los contratos innominados en la época posclásica. 1.4 Etapa justiniana: la *conventio* en la base de la transacción.– 2. *Etimología*.–3. *La transacción en la doctrina intermedia*: 3.1 La sociedad germánica y el Alto Medievo. 3.2 La transacción en el Derecho común.–4. *La transactio–contractus en la jurisprudencia civilística de los siglos XVI–XVII. La escuela culta*.–5. *La Codificación*.

1. LA TRANSACCIÓN EN DERECHO ROMANO

1.1 PRIMEROS ATISBOS DE TRANSACCIONES. EL PACTO COMO INSTRUMENTO DE PAZ

Si bien hoy dejamos fuera de toda duda la utilidad y relevancia práctica de la transacción, por contra, no es éste un aspecto que ha resurgido en nuestro tiempo sino que ya en la antigua Roma no pasó desapercibido y numerosos pronunciamientos se decantaron en este sentido.

En aquella época, la organización de la *gens* se producía en torno a un jefe militar y religioso, el *pater gentis*, que solucionaba cualquier tipo de controversia que se suscitaba entre los miembros asistido del Consejo de *pater familias*. Eran éstos los que en un primer momento tenían la facultad de vengarse o de acomodarse al medio de una composición voluntaria inmediata. Sin embargo, las

partes podían desear hacer la paz, sin necesidad de renunciar a todos sus derechos.

Efectivamente, como ocurre en la actualidad, en aquel ordenamiento, la parte que veía lesionado su derecho tenía potestad para accionar las vías procesales pertinentes con el fin de hacer valer en juicio su derecho; pero ante tal situación, les cabía también la posibilidad alternativa de obviar esta vía llegando a una solución amigable mediante concesiones recíprocas de sus derechos: uno prometía la cesación de hostilidades, mientras que la otra renunciaba a su acción criminal mediante una composición convenida. De esta forma, mediante la conclusión de la transacción, la fase *in iure* quedaba interrumpida antes de que se llegara a concluir la *litiscontestatio*, esto es, antes de que se hiciera posible y se materializara la redacción de la fórmula.

Si bien es cierto que de ordinario la iniciativa correspondía a las partes, el propio Magistrado podía propiciar el acuerdo (D. 12, 1, 21: *cum officium pertineat lites deminuere*). Es más, el transigir estaba bien considerado, era señal de un ánimo loable y elevado y sobre todo lo más ventajoso para la sociedad mientras que era de ánimo perverso y corrupto preferir un juicio a una amigable composición. Por ello, incluso en algunas ocasiones, era obligación del Magistrado en la fase *in iure* inducir a las partes a pacificarse.

En este contexto de determinación del objeto y de la controversia en el marco de un principio dispositivo para las partes, junto con el afán de erradicar la intervención judicial, otras instituciones se extendían en el Derecho romano paralelamente a la transacción persiguiendo el mismo fin (*confessio in iure*, desistimiento de la acción, la declaración jurada). En el marco de todas ellas ésta iba a configurarse jurídicamente como un pacto por el que el actor renuncia a emplear o seguir empleando la acción a cambio de alguna entrega real o promesa del demandado.

Sin querer evadirnos de una visión unitaria del Derecho romano, en sus albores, que podemos situar en la época arcaica o preclásica (desde su fundación hasta el comienzo de la crisis de la República), principal fuente de conocimiento lo protagonizó la Ley de las XII Tablas (tav. 1, 6, 7, 8), cuya fecha de constitución databa aproximadamente del año 450 a.C., de forma tal que esta escasez de documentación vino a significar un escollo adicional en el conocimiento de la visión del Derecho romano y de forma refleja de nuestra institución.

La transacción emergía ya de una forma rudimentaria en este período primitivo y estaba presente desde un primer momento en la antigua Roma. Remontaba pues sus raíces ya a los orígenes, coin-

ciendo con el prototipo de la figura del *pactum*. Éste, en su sentido originario, hacía referencia a los acuerdos de composición pacíficos, amistosos, celebrados entre la víctima de un delito u ofendido y el culpable o delincuente (en materia de robo y de injuria: D. 2.14.17.1. Paulus, 1.3, ad. de.), o al accionar pacíficamente un proceso por convenio de las partes ante el Magistrado renunciando al debate judicial entablado; es decir, la mera renuncia a una pretensión era instrumento capaz de establecer la paz surgida en momentos de hostilidad poniendo fin al conflicto. Vinieron así a significar una sustitución de la autodefensa y a conformarse como un instrumento social concebido para establecer la paz. Éste era, efectivamente, el sentido en que se pronunciaba gran parte de la doctrina desde el significado etimológico de la palabra *pactum*. Ambos coincidían en su naturaleza y peculiaridades y perseguían el mismo fin –el restablecimiento de la paz y el orden entre los individuos, especialmente en la esfera penal–, para lo cual utilizaban el mismo medio –la libre contratación de las partes, es decir, el acuerdo privado no formal–.

Puesto que era difícil para el lesionado ejercer el talión respecto a un adversario perteneciente a una *gens* poderosa, el ofendido renunciaba a la reintegración a mano armada de su derecho, lícita en aquella época, en vista de la oferta de su ofensor de una composición pecuniaria o satisfacción dirigida a reparar la ofensa y obligaciones derivadas del delito, omitiendo así los daños e incertezas que la represalia ya iniciada o por iniciar podía llevar y provocando, de esta forma, la extinción *ipso iure* de la acción penal [Ulpiano D. 2, 14, 7, 14; Tab. VIII, 2. En el Corpus Iuris: D. 47, 10, 11, 1; D. 2, 14, 17, 1; D. 2, 14, 27, 4; D. 13, 1, 7 pr.; D. 4, 4, 9, 2; D. 47, 2, 55 (54), 5].

Como vemos, se imponían la celebración de pactos entre las partes y se buscaban formas de indemnización pecuniarias que no hacían sino sustituir a la venganza. Funcionaba, pues, como el precio de la renuncia a la venganza y conseguía excluir en sus orígenes un primitivo estado de guerra encabezado por la *vendetta* privada. Era este acuerdo al que las partes de la antigua Roma llegaban con el fin de componer una controversia que surgía del delito, el verdadero antecedente de la transacción y con el cual la obligación delictual desaparecía definitivamente. Es decir, que aunque en el origen los romanos no tuvieron una vista de conjunto de la institución, rápidamente se vieron en la necesidad de regular sus diferencias amigablemente con el fin de evitar la venganza que no era solamente un derecho sino también un deber. El resultado venía no a reparar un daño o a proceder a una compensación, sino a obte-

ner la paz, la *pactio*. En esta dinámica, la venganza se sustituía por el pago de una composición a través de un acuerdo, *pactum*, que no era sino el primer tipo de transacción. Asimismo si bien en esta primera fase fue aplicable a las solas acciones *ex delicto*, la *transactio* devino poco a poco un modo general de extinción de las obligaciones. Según Risch, lo que se llamaba *transactio* era una especie de *pactum de non petendo*, caracterizada por el hecho que era concluida mediante indemnización del demandado.

Se convirtió así esta primera *pactio*, o *pactum* en terminología más moderna, en el primitivo negocio del Derecho romano en calidad de «acuerdo internacional de paz» (entre pueblos gentilicios), cuya principal implantación la consiguió en los pueblos más evolucionados; por esta razón, si bien en momentos posteriores de su desarrollo sirvió como instrumento de concordia entre los particulares, en los albores del Derecho romano extendía su función a una relación más amplia entre Estados.

La plasmación práctica de esta primera paz se producía a través del ofrecimiento por parte del ofensor del precio pactado en la composición y la correlativa aceptación del ofendido de renunciar a la venganza, operación que quedaba garantizada mediante juramento dentro de un contexto histórico en el que el valor dado a las palabras tenía una importancia fundamental, hasta tal punto que su inobservancia hubiera provocado la venganza divina. Era una época en la que los romanos creían firmemente en la participación directa de los Dioses en sus negocios; de ahí que la transacción ofrecía un medio de paz y un ambiente de confianza bajo la vigilancia de los dioses, a través del juramento, que otorgaba una especial eficacia jurídica a este acuerdo que de por sí no era generador de obligaciones. (Como vemos es el juramento un instrumento que sanciona a la transacción en su origen, pero es que además la acompañará en el traspaso del Derecho intermedio al Derecho privado, coexistirá con la estipulación, y vendrá poco a poco desvaneciéndose dejando toda función al único negocio contractual capaz de cualquier contenido en el Derecho civil clásico: la *stipulatio*).

Con todo, se constituyó en el primer negocio jurídico en la historia del Derecho romano, si se excluyen ciertos intercambios con efectos reales e inmediatos, que debían servir a la satisfacción de las necesidades más elementales de aquellas primitivas gentes.

Ya en una fase sucesiva, cuando las «gentes» entraron en contacto, de ser un negocio real inmediato pasó a convertirse en un negocio contractual con garantía real, pues se permitía la composición difiriendo el pago mediante la consignación de objetos por los

ofensores en favor de los ofendidos, de forma que si la parte incumplía su obligación, ésta podía satisfacerse mediante la realización de los objetos garantizados.

Por lo dicho no extrañará que se encontrara la transacción incurso en el concepto más amplio de *pactum* y más concretamente se configuró como su prototipo. Consecuentemente, se dijo que la transacción era una especie de pacto, un pacto cualificado, cuya cualificación se centraba en que el desistimiento del litigio se producía mediante compensación a través de las recíprocas prestaciones de las partes; es decir, que en un primer momento la transacción se formó por el solo consentimiento de las partes, por una simple convención. Sólo en un momento posterior será capaz de desligarse de éste para configurarse con una fisonomía y entidad propia al margen del mismo y el pacto al mismo tiempo se transformará progresivamente y perderá su carácter puramente transaccional.

Una vez constituida la *civitas*, el acuerdo que había surgido en calidad de relación internacional para eliminar la guerra entre grupos gentilicios en tensión por obligaciones de delito, encontró aplicación también en el Derecho privado, y la posición que ocupaban entonces las guerras fue sustituida por los juicios, de forma que vino en estos casos a materializar la transacción, el precio de una composición amistosa ante una relación litigiosa.

En el período de los reyes, en el que Derecho y Religión se confundían, la situación no cambió. Los romanos mantuvieron una plena confianza en el acto ritual: era la *fides* la que exigía la exactitud ritual. La opinión pública constituía un medio de presión particularmente eficaz y así quien no había respetado su palabra, era abandonado a la suerte de la sociedad, e incluso linchado por el pueblo. La transacción podía encontrar su ámbito de aplicación sobre todas las relaciones de Derecho privado y también de Derecho penal, aunque eso sí, siempre que no se tratase de actos ilícitos perseguidos por el órgano estatal en el interés público. Como vemos, la composición constituyó el método más relevante para superar la reacción privada de la solución talional.

Partiendo de los planteamientos que hemos enunciado, pasemos al examen concreto de los textos, de los que vamos a deducir en conjunto, anticipando la solución posterior, una visión del pacto como verdadero instrumento de paz.

Ya indicamos que la fuente de conocimiento más importante de esta época la constituía en el 449 la Ley de las XII Tablas. La consecuencia fundamental que de ésta se derivaba era que la eficacia de los actos jurídicos no iba a depender ya de la religiosidad del

juramento o de los ritos de la magia, sino de la propia ley. De ahí que a partir de este momento las partes buscarán nuevas técnicas para garantizar sus acuerdos.

Era precisamente en esta fuente donde se reconocía por primera vez eficacia jurídica a los pactos, así como un explícito reconocimiento jurídico de la transacción que la prevé tanto en orden a las obligaciones por delito, cuanto en orden a aquellas por contrato (Gaius, 3, 169, y 4, 17 a.) y en la que se excluía la aplicación del Derecho.

Apoyos en favor de esta conclusión los encontrábamos por una parte en la Tabla VIII, 2 («Si membrum rupsit, ni cum eo pacti, talio esto») en la que se daba a las partes la facultad de *pacisci* que operaba como forma de evitar la ley del talión (ojo por ojo, diente por diente, es decir, la igualdad entre el daño y la pena), o la Tabla I, 6 («Rem ubi pacunt, orato»), y 7 («Ni pacunt, in comitio aut in foro ante meridiem coiciunto. Cum perotanto ambo praesentes, solis occasus suprema tempestas»), en las que no sólo se permitía a las partes transigir sino que incluso se imponía al Magistrado *in iure* el deber de estimularlas a acomodarse.

Llegados a este punto se discutía el tema del momento de realización del pacto; diversas fueron las opiniones de la doctrina. Por una parte se situaban aquellos que le estimaban válido en cualquier momento del proceso (Manenti, Wenger). Otros (Pezozzi), en cambio, sólo le consideraban plausible antes de la etapa *in iure* y entre su final y el comienzo de la etapa *apud iudicem* (es decir, desde el comienzo, pasando por la fase *in iure* ante el magistrado que concluiría con la *litiscontestatio*, por la cual los litigantes se obligaban a proseguir el proceso ante el Juez nombrado en una segunda fase, *apud iudicem*, que terminaría con la sentencia). Por su parte, Peterlongo, admitía un pacto extraprocesal en cualquier momento, pero en el proceso solamente desde la *in ius vocatio* (citación a la otra parte) hasta la terminación de la fase *in iure*. Después de la *litiscontestatio*, considerado éste como acto formal de las partes que juraban someterse a las decisiones del Juez, la transacción no era posible.

De la misma forma, era muestra del carácter pacificador el texto de Ulpiano, 2.14.7.14: «... De furtu pacisci lex permitit», en el que se ofrecía la posibilidad de pacto en los casos de hurto, el cual en una época más avanzada en que se sustituyó la ley del talión por el pago de una pena pecuniaria servía para excluir la *actio iniuriarum* o *furti* nacida del delito, por las penas, a menudo excesivas, a las que éstas conducían.

O la Tabla III («*Aeri confessi rebusque iure iudicatis XXX dies iusti sunt. Post deinde manus iniecto esto*») en la que en la *legis actio per manus iniectioem* el deudor condenado y el demandante victorioso podían evitar, mediante pacto, el procedimiento ejecutivo; se aplicaba entonces a una suerte de composición que había tenido lugar después el juicio. El *pacere* evitaba al demandado el riesgo y la onerosidad del proceso y al vendedor la dificultad de ejecución; se hacía posible, por lo tanto, una transacción que tuviera por objeto la controversia surgida en la fase ejecutiva de una sentencia en expresión de la importancia dada en esta época a la voluntad de las partes. He aquí el origen de la norma posclásica que llevará a admitir la transacción posterior al juicio (D. 12.6.23.3). No obstante, como veremos, ciertos autores negaban que estuviéramos ante un caso de verdadera transacción, porque dicen, no hay *lis dubia*, ni incertidumbre.

Pues bien, con base en esta ley decenviral se derivaron dos corrientes doctrinales: una mayoritaria que le entendía como aquel acuerdo por el cual una de las partes, gratuitamente o por medio de una compensación, renunciaba a una persecución de un «derecho propio»; y otro sector que además de este efecto restringido apreciaba otro más amplio (Gayo: D. 2.14.48 –todo lo que se haya pactado en las entregas de cosas–; D. 47.22.4: permite establecer los pactos que quieran los miembros de una asociación con tal de no infringir la ley pública), aunque la postura de estos últimos autores la podemos justificar con base en la elasticidad de la terminología romana.

Lo que si queda claro es que el *pactum* en las XII Tablas aparecía como un verdadero instrumento de paz. Era por ello en sus orígenes, según su significado técnico (y no ya su significado común que le equiparaba a todo acuerdo no formal), análogo a la transacción como renuncia a la pretensión de un derecho, es decir, como medio encaminado a la eliminación de una acción y la consiguiente evitación de un proceso declarado *in iure*. Muestra de esta relación, la derivamos del comentario de Gayo, D. 2, 4, 22, 1: «qui in ius vocatus est... dimittendus est... si dum in ius venit, de re transactum fuerit». Pero también en otras ocasiones *pactum* y *transactio* aparecían relacionados (influenciados por el origen común de la transacción y del *pactum*, utilizaron indistintamente las dos palabras. En el Digesto y en el Código, tras el título de *pactis* viene el de *transactioibus*; en los Códigos Hermogeniano y Teodosiano existe un título único de *pactis et transactioibus*, y en las Sentencias de Paulo, la rúbrica de *pactis et conventis* se completa con *vel transactioibus*). De hecho eran considerados como los pactos

simples más importantes: el *pactum de non petendo*, la transacción y el compromiso. Por lo tanto, en un primer momento la transacción aparecía configurada dentro de la categoría más general del *pacere*, con lo cual la amplia práctica del *pacisci* consentía a los operadores acordarse por vía de convenciones atípicas, más o menos reforzadas por garantías personales y procesales; exigencia particularmente evidente o sentida cuando el cumplimiento de las recíprocas concesiones se distanciaba en el tiempo.

En este hilo discursivo, dicha premisa de resolución pacífica de un proceso por acuerdo de las partes mediante la renuncia a la pretensión de un derecho, la encontrábamos reflejada de forma más clara en el Derecho honorario. El Pretor, bajo la rúbrica de *pactis et conventionibus*, prometía mantener firmes los *pacta conventa* frente a terceros siempre que no fueran contrarios al derecho objetivo, es decir, reconocía los pactos concluidos entre las partes, siempre que no contradijeran las leyes (*leges, plebiscita, senatoconsulta, decreta principum*), ni fueran concertados dolosamente (*dolus*) para engañar a una de las partes, ni existiera un consentimiento viciado por el error, en donde al no existir una coincidencia de voluntades de los contratantes, hacía al contrato inválido.

Como ya vimos anteriormente las acciones ejercitables ante el pretor quedaban extinguidas de forma automática o *ipso iure* en los casos de *furtum* o *iniuria* (D. 2, 14, 17, 1) —aspecto que se prolongó incluso al Derecho clásico—, o bien mediante la alegación de una *exceptio* (*exceptio pacti*) que el demandado podía oponer al actor en caso de que éste persistiera en el litigio. El pretor concediendo la *exceptio* garantizaba la posibilidad de paralizar toda pretensión del adversario contraria al pacto. Efectivamente, el ordenamiento entendía que la transacción era un pacto y como tal le reconocía una eficacia procesal negativa, formal e indirecta, viable únicamente por la vía de excepción en virtud de la finalidad meramente pacificadora que el mismo persigue, incapaz de producir acción alguna y dejando su cumplimiento a la propia conciencia de las partes. De ahí las reglas «*nudum pactum actionem non paritur*» y «*nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem, que ex nudo pacto actio non nascitur*» (Paulo, 2, 14, 1; D. 2, 14, 7 y 4), importantes, en cuanto condicionaron el desarrollo posterior. De esta forma podemos apreciar como si bien en la actualidad para la conclusión de la transacción es suficiente el mero intercambio de voluntades, en el Derecho romano, por contra, la simple convención por sí misma no era, en principio, generadora de obligaciones.

Por ende, al no generar obligaciones jurídicamente perfectas, únicamente el pretor se obligaba a respetar la convención, en el ejercicio de su jurisdicción, a la que las partes habían llegado en el momento en que una de ellas pretendiera la alegación de algún título en base al acuerdo alcanzado; se concedía para ello a la parte demandada la *exceptio pacti conventi* que tuviera a su favor.

A esto había que hacer una salvedad referida a los casos en que dicho pacto se hiciese valer en un *iudicium bonae fidei*, en los cuales las relaciones jurídicas se deducían según el esquema *oportet ex fide bona*; en estos supuestos se admitía que pudieran hacerse valer pactos conexos con la relación principal. Tales pactos, llamados por los intérpretes *adiecta*, no tenían existencia autónoma, sino que se añadían a un *contractus*. Entonces la *bona fides* vinculaba a cumplir el pacto; eran los vínculos que constituían el pacto entre las partes los que estaban imbuidos de consideraciones éticas recíprocas cuya base era la *fides*, y por lo tanto, en estos casos, el pacto tenía también una eficacia mayor porque el Juez estaba obligado a estimar *ex fide bona* las obligaciones recíprocas de las partes, y, por lo tanto, la acción misma del contrato aseguraba la ejecución de cualquier pacto.

En definitiva, podemos decir que la transacción, incluso en los orígenes, hizo acto de presencia en la práctica romana operando como causa de numerosos negocios reforzados de las más diversas formas. Pero en todo caso, lo que no aparece todavía es un negocio expresamente dirigido a la regulación de la *res dubia*, sino que se enmascara en la categoría general de los pactos.

1.2 CONTINUIDAD DEL PACTO AL QUE PODÍA AGREGARSE ALGUNA ESTIPULACIÓN EN LA ÉPOCA CLÁSICA

Un segundo paso sucesivo en la evolución histórica de la transacción viene desplegado por la época clásica que abarca desde el año 130 a.C. hasta el 230 d.C.

Del viejo *pactum* tomó ahora su disciplina en la época clásica y es con esta configuración como quedó determinada dentro del edicto pretorio bajo la rúbrica «De pactis et conventionibus», sin encontrar cabida aún dentro de los negocios contractuales típicos. Se mantuvo, pues, dentro del ámbito del Derecho pretorio en ese afán del pretor de corregir la rigidez del Derecho. Es ello también fruto de una falta de legislación respecto a la misma lo que hizo necesaria una remisión a un género de cara a la regulación de su régimen jurídico. Esta remisión se refirió a las disposiciones generales sobre los pactos con los cuales se identificaba y era su princi-

pal prototipo y de las cuales la doctrina tuvo que deducir su aplicación a la transacción, ya que no consiguió aun en esta época una disciplina propia sino que siguió funcionando como un apéndice dependiente de los pactos.

En efecto, las fuentes clásicas no se centraron tampoco específicamente en el contrato de transacción, no existía una regulación en sí de este contrato, aunque se mencionaba en varias *–sedes materiae–* de las cuales los compiladores en un momento posterior extrajeron un título especial con entidad propia *–«De transactionibus»–* en el Digesto 2.15 y en el Codex 2.4. Ello se debió a que en tiempos de la Compilación, el convenio transaccional ya había adquirido un contenido con sustantividad propia, transformándose en una auténtica figura obligacional clasificable entre los llamados contratos innominados con Alejandro Severo, como seguidamente analizaremos.

Aparecía como un mosaico de extractos compuesto por los compiladores a través de una recopilación de los textos clásicos adaptados a las nuevas necesidades del Derecho por la transposición de su original contexto a otro nuevo. Fue rescatado de diferentes lugares que trataban de la transacción sólo incidentalmente por las interferencias en su regulación con otros institutos. De esta forma se hacía notar la falta de una disciplina autónoma, propia y fue en tiempos posteriores al clásico donde se advirtió y se plasmó la necesidad, como muestran los Códigos Gregoriano, Ermogeniano y Teodosiano y las obras jurídicas posclásicas, que vinieron a solventar estas carencias.

Asimismo, a partir de la época clásica tardía, al emerger la *transactio* como un nuevo *contractus* se separó de los *pacta* (Cth 2,9,3 = Consultatio 1,12 (Fontes Ilp. 595) rubr. «pacta vel transactiones», y D. 2,14, de *pactis*, y 2,15, de *transactionibus*) y se contrastó entonces con la donación *–dentro de la tendencia de los compiladores a comparar ambos institutos–*.

Por mi parte diré más: en el Derecho romano clásico las ideas de pacto y contrato no sólo no coincidían, sino que eran en rigor profundamente diversas. Contrato (*negotium contractum; obligatio contracta*) era la causa civil típica de una obligación que no suponía necesariamente un acuerdo de voluntades. El pacto (*pactum, pactio*) suponía siempre el acuerdo de voluntades, pero en cambio no siempre producía como efecto una obligación. Toda la evolución histórica posterior va a constituir una tendencia hacia la identificación de *contractus* y *pactum* plenamente conseguida en el Derecho contemporáneo.

Hasta aquí el análisis positivo de la institución en liza pero añadamos a ello un estudio sobre la forma, sobre el revestimiento que ésta adopta en dicha época. En este sentido, si bien en un primer momento la transacción era una función negocial a cuya realización podían brindarse diferentes negocios: *mancipatio*, *stipulatio*..., en la época clásica se difundió el uso de los *pacta* (D. 2, 15, 3; D. 46, 3, 96, 2; D. 2, 15, 9, 3...) a la que podían agregarse algunas estipulaciones.

Pero analicémoslo más detenidamente y profundicemos en este tema. Al ser una simple convención sin forma tipificada, es un fin que podía servir de causa a negocios abstractos como la *stipulatio* o a actos no formales como el *pactum de non petendo*. Por ello, pese a seguir siendo un simple pacto cuando las partes querían ser plenamente garantizadas la podían agregar algunas estipulaciones—como la penal o la aquiliana—.

Podía revestir la forma de pacto o de estipulación aquiliana con las ventajas e inconvenientes que ambas conllevaban con base a la accionabilidad del Derecho, como medio de hacer valer el derecho ofendido y reparar su violación a través de los Tribunales. De este modo, se conseguían efectos diversos que variaban según la forma empleada en su conclusión.

Mediante simple convención o *nudo pacto* ambas partes se obligaban, sin ningún tipo de exigencia formal, renunciando recíprocamente a sus respectivas pretensiones y contrayendo la una con la otra nuevas obligaciones. Siendo ello así, ésta no podía ser asegurada más que por circunstancias puramente accidentales o por la buena voluntad del deudor. El Derecho romano no llegó a crear una *actio transactionis*, aunque posteriormente una *actio praescriptis verbis* derivada de los contratos innominados permitió la formación definitiva de la transacción romana. Pero en esos momentos, se permitía como único medio de defensa de la parte que no se había visto satisfecha, una *exceptio* como si de cualquier otro pacto se tratara—*rei per transactionem finitae*— en el caso de que se pretendiera ante los Tribunales nuevamente el conocimiento de la cuestión mediante el ejercicio de la correspondiente acción por el demandante que había previamente transigido. Se conseguía pues, de esta forma, evitar la agresión procesal en un instituto que no extinguía *ipso iure*, automáticamente, las obligaciones antecedentes sino que sólo estaba amparado por una eficacia procesal negativa o defensiva; es decir, se quedaba este acuerdo de voluntades en el ámbito del Derecho pretorio, incapaz de generar acción e incapaz asimismo de constituir una relación obligatoria. No era idóneo, pues, para producir efectos civiles, de acuerdo con la disci-

plina general que regulaba a los pactos mencionada anteriormente: «nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem».

Ahora bien, para que el pacto fuera generador de excepción, era condición necesaria que la parte que la opusiera hubiera ejecutado la transacción previamente o hubiera hecho una promesa propiamente dicha (L. 122, & 5, D. de verb. obl., 45, 1), ya que de otra forma su excepción sería nuevamente enervada por un réplica de dolo (L. 28, C., de trans.).

El funcionamiento concreto en nuestra institución era el siguiente: en el caso de que las prestaciones correspectivas fueran hechas efectivas en el momento del pacto, es decir, cuando se ejecuta inmediatamente a lo que se obligan, el negocio quedaba así perfeccionado sin presentar problemas, y en el caso de que una de ellas no actuase según lo convenido el pretor concedía a la otra una *exceptio pacti* (D. 46, 3, 96, 2). Si por contra las prestaciones no se ejecutaban en un momento inmediatamente después a la convención sino que se posponían a un momento posterior se planteaba la cuestión de saber cuál era el medio de coerción del que disponía el acreedor, esto es, ante el rechazo del demandado de cumplir su obligación que mecanismos tenía el demandante a su favor para hacer valer su derecho. No existía en este caso una acción dirigida a obtener el cumplimiento de la contraparte (Constitución 28 C. 2, 3) sino que tan sólo le cabía la posibilidad de accionar en base a la relación litigiosa anterior sobre la que se había transigido, sobre la acción primitiva (D. 5, 2, 27 pr.). A más abundamiento, previendo los casos en que el demandado pudiera oponerle la *exceptio pacti conventi* al demandante, para responder a sus reivindicaciones a éste se le permitía oponer una *replicatio doli mali* (D. 2, 14, 35.-L. 28, C., de tr.) o *exceptio doli*, obligándole a cumplir la transacción, de forma que no se le permita aprovecharse del sacrificio del otro sin haber cumplido, es decir enriquecerse en detrimento del daño de otro; recibirá, pues, mediante ella, lo que hubiera obtenido de la ejecución voluntaria de la transacción. Y en la misma línea y con el mismo fin, el pretor, cuyo oficio era atemperar la rigidez del derecho estricto con base a un criterio de igualdad, introduce también una acción, la *actio* de dolo para conseguir el *id quod interest* de quien dolosamente se negara a dar ejecución al contrato. Así se permitía a la parte cumplidora reclamar el cumplimiento de la contraparte con una acción y gracias a esta vuelta se lograba llegar a un resultado análogo a este producido por los contratos generadores de acciones.

No era ello sino la plasmación concreta de la teoría tópica a nuestro instituto y el efecto de la necesidad de respetar la equidad y

equilibrio de las prestaciones de las partes en una fase de la relación en que ambas, indeclinablemente, deben cumplir la obligación de restituir la prestación a que se han previamente obligado o prestarla según los casos. Pero las lagunas del *ius civile* en este campo eran obvias ya que los métodos de protección se encontraban ligados a relaciones especiales, de uso común o sencillas. Por ello, a raíz de la proliferación de las relaciones entre los individuos y del aumento de la dificultad de los negocios, se vio la necesidad de aplicar y trasladar análogicamente lo previsto para los casos anteriores a otras situaciones análogas aunque de contenido más complejo. De manera que si en un primer momento el Derecho romano sólo conoció cuatro convenciones como causas de obligaciones civiles y de acciones (mutuo, comodato, depósito y prenda), posteriormente hubo de reconocer, en base a principios de equidad y razón jurídica, la posibilidad de que en los casos en que se produce la dación de una cosa destinada a obtener algo del accipiente (*dationes ob rem*) —la renuncia de una acción en nuestro caso—, al no tener causa para retener la propiedad en base a que no realizó lo que estaba obligado, su retención queda sin causa y procederá la *condictio* recuperatoria de lo dado. Se consigue así, que pese a no existir un contrato por el que el accipiente se viera obligado a realizar su prestación, ni acción para obligarle, es decir, que pese a no tener eficacia jurídica en su origen, la parte que hubiera cumplido su prestación no se quedara desprovista de un medio idóneo para recuperarla, sino que tuviera la posibilidad de seguirla con una *condictio causa data, causa non secuta*, repitiendo lo que había entregado previamente (Fr. 3 & 1. 2. 3 D. de cond. causa data XII. 4; fr. 1 & 1. 2 y fr. 4 D. de cond. sine causa XII. 7; Dig. de praescr. verb. XIX. 5; L. 23, pr., D., de cond. ind., 12, 6...), y todo ello en base al incumplimiento de la contraparte.

Asimismo, en esta época clásica, en algunos casos para dotarles de una protección especial, el Derecho pretorio pareció reconocer unas acciones *in factum*, desde principios del siglo I a.C., como recurso para la represión de conductas dolosas, en las que sancionaba toda conducta que le parecía inconveniente aunque no estuviera reprimida por el *ius civile*. Mediante la misma, a diferencia de lo que ocurría con la *condictio* en la que no se podía recibir otra cosa o en espera de recibir, alternativamente, un precio estimado o la devolución de la cosa, se permitía no ya recuperar lo estrictamente entregado, sino que se permitía llegar más allá, reclamando una indemnización no por el valor de lo dado sino de lo esperado probablemente de cuantía superior; se apreciaba así el interés que el demandante podía tener en que el demandado cumpliera y no

devolviese simplemente lo recibido. Fue, por lo tanto, acordada para esta especie de contratos una acción, *civilis in factum actio*, denominada posteriormente *actio preaescriptis verbis* (Fr. 15 de praescr. verbis XIX. 5) y son precisamente estas acciones pretorias las que contractualizaron tales negocios.

Dejando al margen el pacto, paralelamente, con el fin de transferirla del ámbito del Derecho pretorio al civil y dotarla de un plus de eficacia jurídica se la revestía en algunas ocasiones como forma de agresión de un contrato verbal muy enérgico, de una promesa solemne, la estipulación, para que produjera sus efectos novatorios sobre la relación respecto de la cual se transigía. Y es que la estipulación, capaz de contener todo tipo de obligación convencional, por la garantía que ofrecía era de uso más corriente al menos desde Cicerón.

De estas promesas estipulatorias la más usual era concretamente para la transacción la aquiliana (LL. 2; 4; 5; 9, & 2; 15, D. de trans.; -LL. 3, 4, 15, 32, 40, C., de trans.; D. 2, 15, fr. 4, L. 6 y 28 C.h.t., L. 21, C., de pactis 2,3- L. 6.9.17.28.33, C.h.t; Código justiniano: Cod. 2, 4, 3; 2, 4, 4; 2, 4, 15; 2, 4, 32; 3, 4, 40, etc.; C. Teodosiano: C. Th. 2, 9, 2; Consult. 9, 9...). Implicaba siempre una sucesiva y correlativa *acceptilatio* sobre el mismo objeto, de forma que una de las partes se obligaba mediante estipulación al cumplimiento de las obligaciones contraídas operando la novación de la obligación primitiva, del derecho litigioso, mientras que la otra lo aceptaba mediante *acceptilatio*, extinguiendo la obligación así creada; ésta, producía como consecuencia la liberación *ipso jure* y no ya *exceptionis ope*, como ocurría con el pacto. El deudor preguntaba al acreedor si tenía por recibida la cosa estipulada y sobre la respuesta afirmativa de este último, la liberación se operaba de pleno derecho. En estos casos, se sometía al régimen general que regulaba a las mismas y entonces sí, las pretensiones mantenidas por ambas partes desaparecían *ipso iure* con una función novatoria de forma que, en consecuencia, se haría imposible volver de nuevo sobre la relación anterior discutida y accionar en base a ella. Sobre esa base, se esgrime la posibilidad de que la parte cumplidora reclame el correlativo cumplimiento de la contraparte con una acción, *actio ex stipulatio*, para la ejecución de lo convenido. Es, así pues, en vista de poseer mejores medios de ataque y de defensa, que se reforzaba frecuentemente la transacción con estos instrumentos.

A pesar de este evolucionado contexto jurídico formal que hemos esbozado en sus notas esenciales, centrado en la dualidad *pacto-stipulatio* como instrumentos fundamentales en la constitución de la *transactio*, no obsta ello para el reconocimiento de que

se cristalizó el pacto como el mecanismo más común y utilizado en la práctica, pues si bien es cierto que no tenía eficacia en sí mismo, existían otros cauces indirectos de los que se podía servir para conseguirlo. Pensemos que si una de las partes le confería el carácter de contrato real ejecutando su prestación tendría a su alcance, como hemos visto, la *condictio data causa, causa non secuta* como forma de repetición de lo entregado o la *actio praescriptis verbis*, que seguidamente desarrollaremos, con el fin de obtener del adversario la prestación convenida. O bien indirectamente reforzando el cumplimiento con una *stipulatio poenae*. Y aún así, en el caso de que no obtuviera la ejecución podría recurrir a la acción originaria a la cual había renunciado, y rechazar, mediante la *replicatio doli*, la excepción de la transacción que el adversario pudiera oponerle (L. 6. 28.33, C.).

En resumen, en el Derecho clásico, la transacción no dejó de ser un simple pacto al que podía agregarse o no una estipulación; es decir, un negocio complejo de pacto y estipulación, en una época en la que la transacción por simple pacto estaba desprovista de efecto obligatorio y el juramento había perdido toda su fuerza. Sólo en base a la estipulación podía convertirse en ejecutoria, dentro de una etapa que no conocía todavía la categoría general de *contractus* sino figuras típicas, singulares, de contratos y que vino a funcionar como precedente o prolegómeno a la necesidad ineludible que se va a sentir en un momento inmediatamente posterior de dar una denominación comprensiva a todas aquellas figuras o situaciones jurídicas que presentaban entre sí analogía.

Es curioso apreciar como todas estas particularidades del procedimiento romano que estamos analizando, se escaparon posteriormente a las apreciaciones del Derecho moderno, en el que la transacción engendró una acción y una excepción.

1.3 LA TRANSACCIÓN Y LOS CONTRATOS INNOMINADOS EN LA ÉPOCA POSCLÁSICA

Normalmente el ámbito cronológico de esta etapa se suele situar desde el 230 d.C. hasta la compilación de Justiniano.

Por lo que a nuestro objeto de estudio se refiere, a raíz de la C. 2, 4, 41, se destacó en ella que en tiempos de los emperadores Arcadio y Onorio en el año 395, se manifestó el juramento como forma de garantizar el acuerdo transaccional, de forma tal que la inobservancia de éste o su incumplimiento eran capaces de acarrear consecuencias gravísimas (concretamente si una parte quería volver sobre la transacción a pesar del juramento prestado, el Juez

estaba autorizado a pronunciar no solamente la infamia, sino también a condenar a la pena estipulada y a la pérdida de la propiedad de la cosa. Era así pues admitir el cúmulo de la pena estipulada y la ejecución o la resolución de la transacción). Este tipo de garantía continuó en tiempos de Justiniano y no fue sino una vuelta al sistema establecido en el Derecho arcaico y legislación decenviral que anteriormente analizamos.

Empero, un cambio sí fue constatable con los sucesores de Diocleciano, en el marco de un reforzamiento y expansión de la Iglesia. El Cristianismo logró en esta época su reconocimiento oficial e influyó profundamente en el Derecho romano. La infiltración de sus principios conllevaron un afán de evitar los litigios y una correlativa potenciación, a no decir obligación, de las composiciones amigables. Se consiguió con ello ampliar considerablemente el campo de aplicación de la transacción, mucho más numerosa. En este sentido, los cristianos en sus relaciones con los paganos buscaban desistir de la controversia mediante conciliaciones amistosas, mientras que los fieles acudían al Tribunal eclesiástico que como árbitro resolvía a su vez en transacción; los *episcopalis audientia* se convirtieron así en los Tribunales eclesiásticos ante los cuales era obligación moral de los fieles llevar sus controversias con el objeto de lograr este fin. La conciliación conseguida era garantizada por juramento y continuaría aplicándose con este tipo de garantía en tiempos sucesivos; no fue más que el corolario de un contacto entre normas jurídicas y normas ético-morales que constituyó como antes dijimos una vuelta a los tiempos arcaicos, donde la religión con una moral superior se confunde con el Derecho, al margen del paréntesis sufrido en la época clásica.

Sin embargo, pese a la frecuencia y proliferación de transacciones en esta época no se apreciaba ningún tipo de mutación en cuanto a la forma de conclusión respecto de la época clásica, siguiendo vigente para tal menester, por tanto, la vestes del pacto o la convención estipulada.

El rasgo más destacable y característico del Derecho posclásico se centró en la generalización de la idea de contrato. Ya hemos tenido ocasión de observar como, pese a que actualmente concibamos al contrato como paradigma general susceptible de abarcar los más diversos contenidos, en el Derecho romano, por contra, no existía el contrato como tal, es decir como categoría genérica, sino que únicamente existían determinados tipos de contratos que constituirían un elenco cerrado, en un sistema presidido por una rígida tipicidad contractual. Sólo aquellos convenios que se revestían de determinadas solemnidades, el Derecho les otorgaba su protección.

De ahí que la autonomía de la voluntad sólo existía en el sentido de una libertad de contratar, es decir, de aceptar o no el vínculo negocial tal y como era dado por el ordenamiento. Dos factores contribuyeron a forjar el contrato como categoría general: 1) la formación de la figura del contrato innominado, y 2) la aproximación entre nudo pacto y contrato.

Centrándonos en el primer aspecto, como decíamos, en el Derecho posclásico, se superó el dogma de la tipicidad contractual anterior y se abrió el camino a la capacidad de abarcar todos los negocios convencionales que se perfeccionaban no por el mero consentimiento sino por el cumplimiento efectivo de una prestación, *dare* o *facere*, que debía tener correspondencia en una recíproca, es decir, el cambio de una cosa por otra. Se consiguió con ello dar respuesta a necesidades prácticas que se habían mostrado acuciantes en aras a un criterio de utilidad y con base en el desenvolvimiento de la autonomía de la voluntad. Se trataba, pues, de convenciones en las cuales una de las partes daba alguna cosa o hacía algo para recibir luego a cambio algo que la otra parte prometía a su vez dar o hacer (*do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias*); de hecho, el fin de cada prestación se situaba en obtener otra diversa.

Fueron las *dationes ob rem* las que realmente contribuyeron a la formación de la categoría general de los contratos innominados. La causa de la obligación se situaba, pues, en la prestación efectuada por la otra parte con el fin de obtener una contraprestación, de forma que a través del cumplimiento o ejecución de la prestación se conseguía que la convención fuera obligatoria, efecto que anteriormente por sí sola no poseía. El resultado fue que si bien estos negocios carecían de la capacidad de obligar recíprocamente por sí mismos, por no coincidir con los negocios contractuales tipificados, sí que pasaban a obligar cuando una de las partes se adelantaba a cumplir lo convenido. Por ello, la elaboración de estos contratos innominados respondió mejor al carácter de los contratos reales, en el sentido posclásico (necesidad del cumplimiento), que a los contratos consensuales al existir obligaciones recíprocas.

Por tanto la transacción en el Derecho justiniano vale si una parte cumple la prestación, es decir, cuando hay una dación o un hecho realizado por una de las partes en cuyo caso se forma a su favor un contrato innominado, que da lugar a la *actio praescriptis verbis*, en contrapartida a la época posclásica, como ya vimos en la que dichas convenciones no eran susceptibles de hacer nacer una acción en ejecución sino únicamente una *actio in factum* excepcional. Así las cosas, la transacción, de simple acuerdo en un origen,

pasó posteriormente a convertirse en un contrato autónomo protegido con una acción *sui generis*.

De todas maneras, tampoco hubiera sido bueno decir que todas las prestaciones hubieran estado sometidas a repetición en cuanto que lo único que se conseguiría sería debilitar la fuerza de la transacción y dar al traste con una paz duradera. Por ello se hizo conveniente reglamentar cuidadosamente este tipo de acción.

Se delimitó así la categoría de estos contratos atípicos anteriormente no tutelados, de forma que como no se reducían a ninguno de los cuatro negocios contractuales establecidos y tipificados como tales contratos (de buena fe) poseedores de un nomen específico, pese a la analogía que presentaban con éstos, se los llamó simplemente «innominados». Es por ello importante matizar que su *nomen* no derivaba de una falta de nombre sino de su exclusión de los tipos legales previamente establecidos (formaban parte de este elenco un número limitado de contratos: así los contratos *verbis* y *litteris*, los contratos consensuales –venta, alquiler, sociedad y mandato– y los contratos reales –préstamo de consumo, comodato, depósito y prenda–). Empero, pese a reconocerlos, dicha denominación no aparecía textualmente en los textos sino que les englobaban bajo la denominación de «nova negotia». Además, dado que las prestaciones podían adoptar el más diverso contenido son capaces de agrupar casos muy heterogéneos, otorgando un carácter abierto a esta categoría. Consiguieron así salir de la tipicidad clásica y si bien ésta persistió en tiempos de Justiniano se hizo simplemente de una manera anecdótica en aras del tradicionalismo anterior, dándose en estos momentos un mayor juego a la autonomía de la voluntad que se hacía conveniente y necesaria en la práctica. Fue, pues, la formación de la categoría general del contrato innominado, desde luego, posclásica.

Como ya vimos en el inicio de su desenvolvimiento, al final de la época clásica, las acciones *in factum* se convirtieron en una reclamación «civil» *extraordinem*, general para todas las convenciones de similares características, y que con el nombre de *actio praescriptis verbis* se incluyeron entre las acciones de buena fe, como ocurría ya con las acciones contractuales; se convirtió de tal forma ésta en la única salida para atribuir a la transacción una tutela procesal que correspondiera y fuera acorde con la importancia social que tenía este negocio. Esta acción posclásica vino impuesta con la misma ratio que anteriormente tenía la *actio in factum*, es decir, conseguir sancionar todos aquellos comportamientos que incumplían lo acordado previamente. Ambas, pues, daban respuesta a un mismo problema, el incumplimiento del deber de responder, por lo que el pretor se vio en la tesitura de conceder esta acción

dirigida a exigir el cumplimiento. Su nombre se debió a que su fórmula comenzaba con una simple exposición de los hechos, es decir, palabras escritas al comienzo y mediante ella se obtenía una indemnización que representaba el interés que tenía el demandante en obtener la contraprestación (D., 19, 5, 5, 1 itp.).

Figuran dentro de esta categoría de contratos innominados, pese a ser una categoría abierta, negocios típicos como la permuta, el contrato estimatorio, el precario, la donación modal, la constitución de dote recepticia, el convenio de división y en los que a nosotros nos interesa la transacción.

En conjunto, de todo lo visto anteriormente se derivaban las siguientes posibilidades de actuación de forma paralela:

– La posibilidad de exigir la resolución –mediante la *condictio causa, non secuta*–, cuando la parte había cumplido su prestación, pero la otra parte no la había seguido, repitiendo u obteniendo la restitución de lo previamente entregado en cumplimiento, en virtud de la idea general que veda el enriquecimiento sin causa. No obstante, ésta no tenía razón de ser en los casos en que la naturaleza de la prestación ejecutada repelía la idea de repetición, por ello, cuando la prestación consistía en un *facere* ante la imposibilidad de repetición se concedía a la parte el ejercicio de una acción de dolo (L. 15, in fine. –L. 16, & 1, praescr. verb. –L. 4, C., de dol. mal.).

– O la ejecución del contrato –mediante la *actio praescriptis verbis* para obtener el cumplimiento de la promesa cuando una de las partes ha cumplido con su obligación–.

Coinciden ambas posibilidades con la facultad de elección que modernamente se permite en los negocios bilaterales.

En cuanto a la accionabilidad, todo el proceso reflejó el paso de una época clásica en que las acciones estaban rígidamente delimitadas a una época justiniana en que éstas eran mucho más elásticas y flexibles ofreciendo la posibilidad más abierta de elegir entre unas y otras.

En definitiva, la transacción era considerada ya como un contrato, un contrato innominado, sancionada con acciones contractuales, la *actio praescriptis verbis*, a la que se añadía la *actio ex stipulatio*. Pensemos que era un proceso lógico que se hacía necesario si tenemos en cuenta que según hemos expuesto, cuando una parte cumplía su prestación y la contraparte no le correspondía con su correlativa obligación, no tenía derecho a exigirle el cumplimiento, sino únicamente la restitución de lo que había entregado por medio de la *condictio ob rem dati*, que luego se llamó *condictio causa data causa non secuta*. No obstante, ésta en la práctica se había mostrado insuficiente por tres razones: 1) el verdadero inte-

rés del contratante no era volver a la situación jurídico-económica anterior a la convención, sino lograr el fin que se proponía en el contrato; 2) no podía pedirse la devolución si la prestación cumplida consistía en un *facere* y 3) por carecer de eficacia en el caso de que la cosa entregada hubiese perecido por caso fortuito. Para subsanarlo se acudió a la acción de dolo, pero tampoco fue plenamente satisfactoria por ser anual y no transmisible pasivamente debido a su carácter de acción delictual. Y ya en la época de Justiniano apareció, recogién dose probablemente construcciones escolásticas posclásicas, la *actio praescriptis verbis*.

En esta progresión, la transacción se separó de los *pacta*, o más bien su diferenciación se hizo más acusada, incluso de aquellos en los que en un momento posterior se les dotó de una acción, los pactos llamados vestidos, que se equipararían posteriormente a los contratos y cuya diferenciación –entre pactos vestidos y desnudos– dificultaría en etapas sucesivas el desarrollo del contrato.

1.4 ETAPA JUSTINIANEA: LA *CONVENTIO* EN LA BASE DE LA TRANSACCIÓN

La época justiniana abarcó desde el 528 hasta mediados del siglo VI y comprendió la obra legislativa del emperador Justiniano.

En ella fueron aspectos destacables de cara a la evolución de nuestra institución la fusión del *ius civile* con el *ius honorarium*, el desmoronamiento de la importancia de las formas solemnes y la generalización del uso del documento. De ello se derivó consecuentemente la eliminación de la diferencia entre los diversos modos o formas de concluir la transacción. Se deduce que dentro de éstas la *stipulatio* perdió su trascendencia formal y su carácter solemne ya que vino a confundirse con el pacto fundiéndose ambas en un sólo bloque. En este último sentido es necesario recordar la importancia que la estipulación tuvo en la época clásica y cómo ya en la época posclásica vino a ser la escritura la que se situó u ocupó su lugar; la estipulación vino a fundirse con el *instrumentum* que la acompaña. Su aplicación a la transacción la vemos reflejada en la c. 40 C. 2, 4 que correspondía a la c. 2, C. Th. 9, 2 del año 381.

En general, pues, la transacción viniera concluida por pacto o por estipulación disponía de acción, es decir, independientemente de la forma que la revistiera. Efectivamente, es necesario resaltar que esta pérdida de relevancia de las solemnidades formales, fundamentales anteriormente en la forma de materialización y eficacia de la transacción, se produjo en favor de otro fenómeno que fue adquiriendo paulatinamente importancia, cual es, la propia volun-

tad e interés de las partes que se convirtió ahora en el elemento esencial y primordial a tener en cuenta. Fue desde este momento la *conventio*, la intención de las partes, lo que iba a valorarse a la hora de determinar el contenido y amplitud del contrato independientemente de la forma con que éste se hubiera concluido.

Vemos cómo esta importante innovación producida en la etapa posclásica y especialmente en el Derecho bizantino tuvo gran repercusión en las sucesivas etapas de su desarrollo. Y es aquí, precisamente, donde con muchas probabilidades se inició la gran corriente del voluntarismo jurídico según la cual el origen de las obligaciones radica en la expresión de la voluntad de las partes, contribuyendo a su consolidación el ensanchamiento de los tipos contractuales clásicos que había generado la *actio praescriptis verbis*.

Además, si anteriormente diferenciábamos según la forma de materialización o concreción del acuerdo bien mediante pacto bien mediante estipulatio, con la consecuencia de dotarlas de excepción en el primer caso o de acción en el segundo, al caer la diferencia entre ambas, cayó también, de forma subsiguiente, el procedimiento de accionar ante los Tribunales. En una palabra, cualquiera que fuera la forma que la revestía, estaría dotada de acción para reclamar su cumplimiento, bien a través de la *actio ex stipulatio*, bien a través de la *actio praescriptis verbis* (C. 2, 4, 6, 1; C. 2, 4, 33). Se consolidó así la diferenciación entre transacción y pacto sufrida en los tiempos posclásicos y se procedió ya a una delimitación conceptual de la *transactio*. En conclusión, se convirtió en un contrato (C. 2, 19, 7) y centró su peculiaridad concreta en una particular intención, un *animus transigendi* (D. 3, 6, 1, 3; C. 6, 31, 3; C. 2, 3, 21).

Es indudable que, en base a ello, se sintió acuciante la necesidad de dar una disciplina autónoma a la transacción que no tuvo en la época clásica, como consecuencia del uso frecuente y la importancia que el instituto fue adquiriendo progresivamente en la sociedad. Entonces se la contempló ya explícitamente bien en un título junto a los pactos, o en un título separado; así, mientras en algunas fuentes jurídicas menores como los códigos Gregoriano, Ermogeniano, Teodosiano, y también la sentencia de Paolo, según resulta de la Consultatio, presentaron una rúbrica «De pactis et transactionibus», en las Pandette, respectivamente en el Codex, la transacción forma objeto de un título separado «De transactionibus», D. 2. 15, y C. 2. 4. Serán los principios recogidos en estos textos los que influirán posteriormente en los legisladores modernos y muchos de los principios recogidos en la actualidad encuentran su origen en la disciplina justiniana.

En el fr. 1 D. 2, 15 («Qui transigit, quasi de re dubia e lite incerta neque finita transigit: qui vero paciscitur, donationis causa rem certam et indubitam liberalitate remittit»), obra de los compiladores, se contrapuso la *transactio* al *pactum*. La mención que en el mismo se realizó a la donación, se produjo por la tendencia de los compiladores a acercar ambas instituciones, sobre todo para poner de relieve la onerosidad de la transacción en contraposición a la gratuidad de la donación, mientras el acercamiento simplemente vino a asentar el nuevo carácter contractual de los dos negocios.

Asimismo, los textos la trataron como un contrato «bona fide» en el sentido de concluida de buena fe, con ausencia de dolo, de falacia.

De todo lo visto hasta el momento podemos derivar lo siguiente: En el Derecho romano (prejustiniano) la transacción era una modalidad de pacto, y por lo tanto sólo tenía eficacia negativa en el sentido de excluir o paralizar la *actio* (*exceptio*). Para la eficacia positiva era preciso la adición de un contrato verbal que generase la posibilidad de la *actio ex stipulatu*. En el Derecho bizantino se le reconoce como contrato (*consensus*, acuerdo) innominado, en el que la reclamación de su cumplimiento opera mediante el ejercicio de la *actio praescriptis verbis*, en tanto la restitución (resolución por incumplimiento de la otra parte) se ampara mediante la *condictio data causa, causa non secuta* (para reparar el enriquecimiento injusto).

En fin, de toda la evolución, bien como un simple pacto, con las formalidades de la *stipulatio* o con su transformación en un contrato innominado, deducimos un fondo común a todas ellas que permanece invariable, cual es la existencia de un mutuo consenso, el acuerdo de voluntades de las partes.

2. ETIMOLOGÍA

Como vimos en la exposición precedente, la expresión técnica con la cual originariamente se identificaba la *transactio* era *pacio-pactum*. Ahora bien, *transigere* y *transactio* fueron las expresiones técnicas empleadas con más frecuencia por los juristas clásicos para designar la transacción, posibilitando de esta forma distinguirla de las otras categorías de pactos. Además de estas dos expresiones típicas encontramos también para referirla testimonios sobre el uso de los términos *decidere*, *decisio*, *pacisci*, *pactum*, *pactio*, así como *componere*, *compositio*, *definire...*, expresiones todas ellas que identificaban la amigable composición. Venían, por lo tanto, referidos a cualquier tipo de arreglo amistoso, en sentido amplio del término, pero en los que concurrían los extremos de la transac-

ción. No obstante, de forma paralela se desarrolló una expresión más restringida y el término *transigere* se configuró como una expresión mucho más moderna e incluso más técnica.

Etimológicamente la palabra «*transigere*», derivada de *trans* y *agere*, da la idea de conducir, llevar más allá, es decir, del superar. Con la transacción las partes componen la controversia existente entre ellas, yendo más allá de la misma, superándola.

Un análisis etimológico más profundo y detallado del tema lo llevó a cabo Freixas (*Consideraciones procesales*, pp. 227 ss.): éste considera que tiene dos componentes: *trans* y *agere*. Tal vez *trans* provenga de la derivación de un antiguo participio presente del infinitivo *trahere*. Por el contrario, *agere* individualizaba la acción de conducir, dirigir o guiar. La carga expresiva de la palabra hay que buscarla a través de *trans*; ésta en una primera fijación tal vez, pudiera referirse simplemente a una idea de movimiento, con el significado de «a través de» o «más allá de». En una segunda fijación, la propia semántica de la palabra nos lleva de la mano a la forma verbal *transigo*, que identificaba la acción más concreta de caminar a través de, llevar a término. Por su parte, el término *agere* no dejó en ningún momento de tener su propio papel testimonial en la evolución etimológica de la palabra transacción. En este sentido, en torno al término *agere* podemos comprobar con cierta facilidad cómo la unidad terminológica *perago* estaba identificando la acción de llevar a término alguna cosa, acabar. Observamos entonces cómo la propia unidad terminológica nos conduce hacia otra distinta composición terminológica: *perficio*, que identificaba frecuentemente la acción de llevar las cosas a término, en el sentido de terminar bien, finalizar con perfección o perfeccionar.

Según esto, a partir de un determinado momento histórico se llevaría a cabo la formación de la unidad terminológica *trans-ago*, cuyos resultados fueron la expresión compuesta *transigere* como forma verbal y la de *transactio* como forma sustantiva que ahora nos ocupa. La idea de solución amistosa quedaba postergada en un lugar secundario, siendo así que era ese sentido el que más se acomodaba a la idea genuina de transacción como acción de llevar a término y de acabar una discusión.

El término *trans* se individualiza en una primera significación que haría relación a la acción de pasar a través de, caminar a través de, conducir entre, traspasar más allá. Por otro, con el paso del tiempo se va afirmando también un segundo significado aún más expresivo ya que la palabra transacción empieza a connotar la idea de llevar materialmente las cosas a buen término, concluir bien un asunto, ultimar una situación o concluir una negociación. Segura-

mente por todo ello, a partir de un determinado momento, de la unidad terminológica resultante del ensamblamiento de *trans* y *agere*, propia de la forma verbal *transigere*, empieza a emerger un significado específico referido ya concretamente a situaciones y relaciones de tipo socioeconómico, llegándose a identificar *transigere* con la idea técnica y específica de la amigable composición, a la vez que *transigere* comienza a referirse esencialmente a una acción consistente en llegar a un fin, llevar las cosas a un buen término o, con otras palabras, terminar bien una situación de incertidumbre jurídica, siendo la mejor manera de conseguirlo la evitación del litigio si éste aún no hubiera salido de sus momentos preliminares o bien poniendo fin al ya comenzado. Toda la lenta transformación arrastraba detrás de sí una gran carga de aspectos morales y sociales en armonía con la idea de *amicitia*.

No dedicaron los romanos un estudio concreto y específico a la transacción, por lo que se hace imposible encontrar en los tiempos clásicos una definición de la misma. Pero no es ello un fenómeno aislado que acontezca únicamente en este contrato sino que, en general, los romanos precisaban menos que los modernos la necesidad de definiciones; ejemplo de ello es que las definiciones contempladas en D. II, 15 y 38 C. II, 4 son incompletas, y se limitan a caracterizar y especificar tan sólo concretos elementos del contrato.

El método de trabajo utilizado por los mismos es lo que se ha llamado un procedimiento experimental; dedujeron, de los casos cotidianos más relevantes y frecuentes que se les presentaban, las consecuencias prácticas y principios generales de la institución, aplicables para casos análogos en función de la misma *ratio*. Trabajan a partir de hipótesis y es a raíz de ellas a través de las cuales la doctrina moderna destaca las peculiaridades más características. Es un procedimiento, pues, por vía de análisis, no aislado para el caso de la transacción sino que constituye la pauta general de su labor en su forma de operar, concretada en la búsqueda de soluciones concretas a los casos planteados. Es por ello que se carece de una figura típica al respecto en las fuentes, *ius civile* y pretorio, y tendremos que esperar a finales de la época clásica y sobre todo a la postclásica (algunos escritos de Ulpiano –en las opiniones– y Paulo –en las *sententiae*–) para empezar a verla configurada como un contrato independiente, con entidad y autonomía propia dentro de los llamados *nova negotia*. Pero, incluso en el propio D. 2. 15. 1, derivado del texto de Ulpiano 50 ad de. dedicado a controversias en materia testamentaria, en donde existe una aproximación de lo que sería una definición del instituto, faltan elementos esenciales a la propia estructura de la *transactio*.

No obstante, debemos ser conscientes de que aún en el presente existe y se desarrolla paralelamente al significado estricto, otro significado amplio, no técnico, de la palabra transacción, desde el punto de vista de que se hacen equivaler las expresiones transacciones civiles o comerciales con negocios civiles o comerciales, es decir, en el sentido de toda convención a título oneroso, sobre todo con un espíritu de especulación, con la consecuencia de que en ocasiones conduce a aplicaciones incorrectas e imprecisas en el campo jurídico.

Por consiguiente, debemos diferenciar dos esferas o dos sentidos en el ámbito de la transacción; una más restringida, especial, referida a su acepción técnica y jurídica como medio que permite concluir un litigio comenzado o que previene uno por nacer (recogida actualmente en el art. 1809) y otra más amplia o vulgar, *latu sensu*, que se ha corrompido en el lenguaje usual, sinónima de convención, y que se aplica de una manera vaga e indeterminada a toda suerte de acuerdos o convenios por el que los hombres se ponen de acuerdo sobre sus negocios e intereses y que en el mundo de los negocios equivale a asunto, trueque, compra y venta; se habla entonces de transacciones financieras, bursátiles, inmobiliarias...

Sin embargo, no es este estudio de la transacción en sentido general como conclusión de un negocio cualquiera o sinónimo de contrato o convención lo que a nosotros nos interesa, sino en sentido especial como contrato por el cual las partes eliminan un litigio mediante recíprocas concesiones.

3. LA TRANSACCIÓN EN LA DOCTRINA INTERMEDIA

En este afán, un segundo gran paso en la evolución histórica de la transacción posterior al Derecho romano, viene considerado por el análisis de la doctrina intermedia.

El más importante escollo con que nos encontramos radica, enlazándolo con lo dicho en el apartado anterior, en que el concepto actual de transacción no coincide con los diferentes términos empleados en otros tiempos. Así, en el Derecho romano, como hemos visto, el término transacción es utilizado en sentido amplio haciendo referencia a cualquier acuerdo o conclusión de un negocio y ello tendrá su reflejo posterior en la variedad de significados asignados a aquella noción por la historia jurídica intermedia. Posteriormente veremos como dicho problema se hace más acuciante en la época medieval en la que la acentuación del desorden conceptual es el efecto de la aparición de toda una serie de nuevas y viejas denominaciones, adaptadas a figuras negociales no siempre reconducibles al ámbito semántico originario de la *transactio*.

3.1 LA SOCIEDAD GERMÁNICA Y EL ALTO MEDIEVO

En la sociedad germánica pese a la existencia de este contrato en la práctica, sin embargo, no aparece una construcción dogmática ni una formulación legal sobre la institución en liza, y tanto es así que en el léxico utilizado en los documentos altomedievales la caracterización de la transacción se verá inmersa en el concepto más genérico de *pax*.

En un intento de buscar en las fuentes del Alto Medievo un instituto asimilado a la transacción, nuestro análisis debe centrar su atención en el sistema longobardo de las llamadas «compositiones». Se trataba de un ordenamiento en el que, en sus primeros momentos, en la fase preedictal consuetudinaria, ante las ofensas y delitos contra las personas o sus bienes, se abría un gran campo de actuación en favor de la autonomía privada de los particulares en detrimento de los juicios públicos como forma de solución de los conflictos y, en consecuencia, se hacía permisible excluir la venganza mediante el pago de un precio como forma de resarcimiento denominado *compositio*, mención que ya había sido utilizada en la compilación justiniana (D. 7, 1, 13, 3, D. 48, 16, 6 pr., C. 1, 2, 22).

Se configuró, así, pues, como una verdadera pena con contenido patrimonial que con el tiempo vino a sustituir a la venganza. Podemos ver en este tipo de arreglo, efectivamente, los caracteres de una transacción; así la parte acusada se ofrecerá a pagar la *compositio*, mientras que el ofendido renunciará a ejercitar la venganza fijando el precio a pagar, todo ello en aras a la composición del litigio.

Empero, este sistema sólo se hizo plausible en los momentos en que la determinación del precio fuera consecuencia únicamente de la voluntad del ofendido, y es por ello que cuando, en momentos posteriores, el resarcimiento pecuniario vino ya previsto para algunos delitos restringiéndose el ámbito de disponibilidad de las partes, la *compositio* asumió un valor de pena legal y pública deduciendo el ámbito tradicionalmente asignado a la autonomía y a la autotutela de los particulares. Por consiguiente, se aleja ya del concepto de transacción. Se vislumbran en el fondo los intereses del fisco ya que el Estado hará valer su derecho de recibir parte del valor de la composición en todo caso en que venga llamado por las partes a ejercitar, a través de sus propios órganos, una potestad, y por tanto esencialmente en ocasión del ejercicio de la jurisdicción pública. Incluso, en este proceso, la relevancia que el interés público otorgaba a la paz social llegó a codificar, en los «capitolari franchi», el principio de la transacción llamada «imperata», es decir, la imposición coactiva de la paz en la parte que se hubiera mostrado

reticente al acuerdo espontáneo. Giró, por lo tanto, en torno a la potenciación de los poderes institucionales del Juez como órgano de composición pública de litigios. Es precisamente como derivación del paralelo *princeps-iudex* de donde se extrae la justificación del desarrollo de los poderes de normación concreta del oficial regio, en aras a la fundamentación de su preeminencia sobre el interés privado. Es de ello consecuencia el cambio del concepto de interés público cuando se dé el Estado Moderno, con el poder legislativo en sus manos y configurado como cauce supremo de la ley. No es necesario, así, pues, insistir en la alternativa de poner término al litigio «concordia vel iudicio»; simplemente es conveniente resaltar como en la base de aquella alternativa se sitúa el problema de la prevalencia del interés público sobre los particulares. Con todo, lo que hay que dejar claro, en primer lugar, es el reclamo a la transacción por la función asignada en este caso a la *compositio*.

No tenían los particulares poder para la regulación de aquellas composiciones al menos en lo que respecta a las ofensas penales, por lo que queda muy alejado del concepto romano de transacción, no ya por defecto de los requisitos típicos del instituto sino por la insubsistencia del necesario fondo negocial de las partes sobre el cual se realiza la composición del litigio. En este sentido se dice que la transacción nacida del *officium* del Juez no absorbe la situación preexistente deducida en el litigio y no extingue la acción; el objeto es demostrar como en éste y en todos los otros casos en que la voluntad negocial no proceda directamente de las partes no se pueda reconocer en aquel modo de superación del litigio una transacción verdadera y propia. Se niega que pueda ser investido de jurisdicción aquel Juez que obliga a las partes a elegirlo como árbitro de la controversia. Esto explica que en su evolución coincida y ande paralelo el reforzamiento del instituto de la transacción con los períodos de crisis de las jerarquías políticas y por el contrario decaiga cuando el Magistrado sea capaz de imponerse sobre el árbitro privado y sobre el pactar en global.

Por ello, con el objeto de diferenciarlo se suele distinguir si se trata de transacciones civiles o penales, ya que, al contrario de lo que ocurre con los aspectos penales, sobre el terreno civilístico existen significativos testimonios del favor de los poderes públicos en relación al fenómeno de la autocomposición de las controversias, sirviendo su empleo para introducir en la temática el fenómeno de la transacción «negociada».

La Edad Media Alta (siglos VIII, IX y X) fue una época caracterizada por una economía agraria, donde se potenció el desarrollo de

los grandes dominios territoriales; fue, pues, una clara sociedad feudal que ya a partir del siglo XI muta hacia un resurgimiento de la vida agraria y con ella del propio comercio que posteriormente dará origen al nacimiento de una nueva clase social, la burguesía. Pero de forma pareja se produjo un resurgir intelectual bajo las influencias del Derecho justiniano desde el siglo XI y sobre todo en el XII, potenciado por las universidades como centros de saber. Además, junto a esta unidad cultural se desarrolló una unidad política representada por la idea del Imperio que, junto con la unidad religiosa representada por la cristiandad, constituirían un todo armónico presidido por el Papa y el Emperador como titulares de ambas potestades religiosa y temporal. Con todo, será necesario comprobar como influyó sobre la voluntad negocial, sobre la transacción, las vicisitudes de los feudos, del patrimonio eclesiástico y de las estructuras familiares.

Progresivamente, se iba produciendo una uniformidad de institutos y formas negociales de los territorios longobardos y románicos en Italia, particularmente acentuada en la edad preirineriana, tendentes en la práctica contractual hacia una abolición del formalismo en favor de un reconocimiento de la eficacia obligatoria del nudo consenso, lo que llevaría a una prevalencia del esquema consensualístico de la *convenientia* sobre las dos tradicionales categorías de contratos formales y reales. Otros, sin embargo, sostenían que en el Alto Medievo no se habrían conocido sino dos categorías de contratos formales y reales, respecto a los cuales la acentuación del elemento subjetivo del encuentro de la voluntad, ciertamente presente en los conceptos de *stantia* y *convenientia*, no habría tenido más que un valor accesorio, netamente subordinado a los criterios tradicionales de obligatoriedad del negocio. Y en fin, se ha querido recientemente representar la gran zona de los *convenientia* como una especie de «bacino de raccolta» para toda una serie indistinta de negocios jurídicos bilaterales, salvados, sin embargo, en su eficacia vinculante, por el elemento de la escritura, más bien que por el puro consentimiento.

Aplicadas estas ideas al campo de la transacción, podemos ver como la eficacia obligatoria de ésta, que en el Derecho romano se centró en el nudo pacto productivo de acción tan sólo si éste venía acompañado de una *stipulatio* o si podía encajarse dentro de la estructura de los contratos innominados, discurrió paralela a las vicisitudes que el contrato y el fenómeno obligatorio en general sufrieron en aquella época, sobre todo por lo que respecta al problema del consentimiento. Y así, dependiendo de las soluciones que demos a estas cuestiones, de forma refleja, podremos situar la fuer-

za obligatoria de la transacción bien en el simple consentimiento de las partes o bien eludir a éste y centrarnos en la exigencia de requisitos formales y solemnes de modo tal que la transacción se encuentre vestida de estipulaciones, juramentos, presencia de testigos..., es decir, de los elementos típicos de los contratos formales y reales.

Para la solución de estos problemas, debemos partir como primer inconveniente de la gran dificultad del estudio de las fuentes. Los testimonios literarios y legislativos de la época no venían a esclarecernos el problema, pues si bien unos estaban a favor de la obligación del nudo pacto (*Sententiae* de Paolo, *Summa Perusiana*), otros en cambio, se mostraban reacios (*Exceptiones Petri*). Pero si de algo nos sirven sus testimonios va a ser principalmente para dejar constancia de la persistencia de la concepción formal de la relación obligatoria y en particular del uso de la redacción escrita de los negocios jurídicos en general y en concreto de la transacción, lo que nos muestra la simpatía altomedieval por recordar los preceptos de la legislación imperial posclásica romana que habían disciplinado el fenómeno de la redacción de los documentos escritos como ya habíamos reseñado.

Pero una vez dejada constancia de la especial eficacia material reconocida a la forma escrita, queda por ver si la eficacia obligatoria de la transacción queda relegada a la práctica de la escritura o si, por contra, supusiera una conciencia previa de la naturaleza obligatoria de aquel antiguo pacto.

De antemano, el primer escollo con que nos encontramos se centra en la identificación externa de este contrato, pues el *nomen* de *transactio* no apareció en todo el Alto Medievo y cuando se utilizó se hizo con un significado ambiguo o a través de otros negocios que simulaban la transacción; para su solución no podemos centrarnos en las cartas altomedievales, por la dificultad antes mencionada, pero parece ser que vino identificado principalmente con la mención de *pactuatio* (*pactum*, *pactio*) y *conuenientia*, como símbolo de ligamen de la transacción a la paz.

Fue ello fruto de la tendencia hacia una menor importancia de la tipificación de los contratos, sobre todo en las convenciones bilaterales que el Alto Medievo englobó bajo la denominación de *conuenientia*, dándose preeminencia o relevancia al acuerdo convencional, lo que llevaba la desaparición de toda diferencia teórica entre tipos negociales, y, por lo tanto, la anulación de la distinción romanista entre pactos y contratos. Fue por ello, que se tendió a identificar el concepto de «pacta nuda» con los contratos innominados y sería en esta línea de interpretación en la que se moverían los glosadores y comentaristas del *ius comune*.

Es esta referencia del significado técnico del término *convenientia* a la transacción únicamente explicable y comprensible desde el punto de vista de una falta de tipicidad negocial de la transacción. Llegamos así a comprender cómo esta asimilación fuese posible sólo en cuanto la transacción, de la originaria calificación clásica de pacto no obligatorio, había sido transformada en convención atípica productiva de acción.

3.2 LA TRANSACCIÓN EN EL DERECHO COMÚN

Después del paréntesis altomedieval, durante el cual la contraposición pacto-contrato se había desvanecido y el sustrato del negocio jurídico había perdido todo ligamen con la tradición romanística, la exégesis intensísima de los «libri legales» vendría a reafirmar la vuelta hacia la autoridad del sistema jurídico romano de las obligaciones, tal y como había quedado configurado en los textos de la compilación justiniana.

Realmente, la obra de Justiniano debió quedar oculta para la doctrina durante los siglos VI a XI y sólo en una etapa posterior consiguió resurgir. Fue en esos momentos cuando la jurisprudencia medieval, desde los glosadores hasta los intérpretes del siglo XV, volvió la vista hacia atrás y giró en torno a los esquemas del sistema romano justiniano. Efectivamente, el renacimiento de este derecho vino a presuponer el estudio del *Corpus Iuris*, y, alrededor de él, el surgimiento de la «escuela de Bolonia» durante los siglos XII y XIII, cuyo fundador es Irnerio, y cuya principal labor se centró en la reconstrucción de este *Corpus Iuris*. Se derivó de ello que en su trabajo rememoraran la antítesis de tiempos pasados entre *contractus* y *pacta* o *pacta vestita* y *pacta nuda*. Diferenciaron los contratos nominados (formales, reales, consensuales y literales) de los innominados y se mantuvo también el principio «nudum pactum obligationem non parit».

Esta época intermedia tendió, siguiendo los pasos a los compiladores bizantinos, hacia una progresiva extensión del *contrahere* (en su significación de quedar obligado), lo cual no obsta a que se siguiera manteniendo el dogma de la ineficacia de los nudo pactos, y que aplicado a la transacción llevara como consecuencia su ineficacia siempre que no estuviera «vestita» por alguna de las causas productoras de obligación (bien mediante la intervención de una *stipulatio* o bien mediante la ejecución de la prestación por alguna de las partes). Sin embargo, pese a la reconfirmación del principio «nudum pactum obligationem non parit», en la práctica tal principio resultó desvirtuado y privado de incidencia por las numerosas

excepciones de las que fue objeto. Se conformó así el origen de la derogación tácita de este principio y el paso del tiempo no conseguiría sino sentar las bases de tal derogación por imposición de las nuevas necesidades del tráfico mercantil.

Pero a favorecer y a ayudar a la progresiva emancipación del restringido pacto de la transacción, vino asimismo a contribuir el que la compilación no asignase a la transacción una tipología negocial definida, sino que se le considerara más que como un negocio jurídico en sí, dotado de autónoma configuración, como finalidad o causa general, referida, a cualquier negocio, independiente del contenido de la relación obligatoria y, sobre todo, independiente de la forma. El Derecho común acabó haciendo a la transacción, así, pues, un contrato enteramente deforme.

Como sabemos, la difusión y resurgimiento del Derecho romano estuvo en manos de los universitarios boloñeses del siglo XII; fue su principal precursor Irnerio y posteriormente, ya en el siglo XIV destacó Bartolo. De ello se derivaría la formación del Derecho común, que junto con el Derecho canónico, formarían las bases de los ordenamientos jurídicos modernos europeos; fue fruto de la unión del Derecho romano-justiniano, *lex eclesiástica* y Derecho feudal, entendido como Derecho común de la cristiandad y fue difundido en Europa por los comentaristas de los siglos XIV y XV.

Veamos, pues, bajo qué influencias se desarrolló este Derecho:

– *Derecho canónico*: Los siglos IX a XI constituyeron una fase de transición en la elaboración del ordenamiento jurídico de la Iglesia, fase presidida por una idea básica: la construcción de la unidad de la Iglesia y simultáneamente de una *lex generalis*. Ya en el siglo XII el Decreto de Graciano intentó conciliar la masa de cánones existentes desde siglos anteriores, muchos de ellos opuestos entre sí; como utilizaron los mismos métodos dentro de la escuela de Bolonia que los glosadores, ahora sobre el Derecho canónico, puede aplicársela también a los canonistas esta denominación.

Junto a los juristas, que frente a las nuevas necesidades forzaron la letra de la ley romana para darlas respuestas, se alzaron los canonistas, los cuales partiendo de la idea de supremacía de la ley de la Iglesia sobre la de Roma, entraron en abierto y directo conflicto con los legalistas. Vino a ser fundamental en toda su concepción la idea de «honestas christiana» situada en la base de todas las relaciones humanas; se alzó, pues, en característica fundamental, el elemento ético y se convirtió en pecado todo aquello que fuera en contra de la conciencia.

También los canonistas se plantearon el problema de los medios para obligar al promitente al cumplimiento de la prestación, es

decir, la búsqueda imprescindible de una acción para obtener el cumplimiento de la simple promesa, la accionabilidad del nudo pacto. Para ello contaron con dos medios: la «*condictio ex canone*» (de carácter jurídico) y la «*denuntiatio evangelica*» (en el foro interno) e intentaron llevar a una aplicación universal la legislación eclesiástica pese a la reacción de los poderes civiles. No obstante, la accionabilidad de los *patti nudi*, por cuanto combatida por los civilistas, no dejó de ser un principio discutido.

– *Derecho feudal*: Al lado de las relaciones civiles debemos situar las relaciones feudales. Realmente, estas últimas constituían el entramado de la estructura social europea por lo que, aunque ajeno a la tradición romanista, no impidió que los juristas les prestaran atención.

Es ésta una época en la que existía un grupo social poderoso que aumentaba su poder desplazando el Derecho legislado y creando nuevas normas capaces de imponer una jurisdicción a su servicio. Los atributos de la propiedad se hallaban divididos en manos por una parte del señor, titular de una parte de soberanía política y el detentador, que poseía la administración. Escuetamente, existían principalmente dos categorías de tierras: el feudo, en el que el señor concedía al beneficiario o vasallo unas tierras a cambio de servicios militares en consideración a su persona y como tal esencialmente revocable y el censo, en el que el censatario se obligaba a restituir los terrenos mejorados al cabo de un tiempo bastante prolongado o a pagarle una renta: censo.

Ante este estado de cosas, debemos analizar cómo influyeron las mutaciones de sus beneficiarios y ver cómo repercutió ello en la transacción. En un primer momento (siglos XI y XII) la situación reflejaba relaciones fundamentadas esencialmente en el carácter personal de la que sólo el beneficiario se podía aprovechar y de ahí que en el caso de que omitiendo la prohibición a que estaba sometido dispusiera del feudo traería como consecuencia la confiscación de éste. No obstante, con el paso del tiempo (siglos XIV, XV), el carácter puramente militar del feudo fue abriendo paso a otro de carácter fiscal con la consecuencia de que el señor iba a autorizar las alienaciones a condición de que se pagaran derechos bastante costosos, los beneficios feudales.

Concretamente, por lo que respecta a nuestra institución, será necesario analizar por una parte si el vasallo tenía prohibida la transacción en el caso en que mediante ella se llevara a cabo una modificación de la situación jurídica y, por otra, si en el Derecho fiscal posterior la transacción estaba sometida a los beneficios fiscales y al retracto. Para dar respuesta a estas cuestiones en primer

lugar podemos acudir al *Liber Feudorum* (lib. I, tít. XIII; lib. II, tít. LII y LIV) el cual, con un espíritu liberal y en aras a la paz, en una época en que la transacción contaba con gran favor ante la posibilidad de que las disputas degeneraran en guerras civiles, no exigía el consentimiento del señor para llevarla a cabo –salvo fraude–, en contraposición a lo requerido para otros actos de disposición. De ahí que un vasallo que no podía vender el feudo, por contra, estaba autorizado en caso de litigio a transigir. Dispensada del consentimiento del señor, el vasallo debía entregarle con posterioridad el precio del consentimiento. Sin embargo, se hacía necesario limitar estas exenciones con el objeto de evitar posibles fraudes hacia el señor de forma que se consolidaran como transacción operaciones que en el fondo ocultaban una venta.

Debido a la suscitación de controversias, esta postura se hizo insostenible y se llegó a decir que si mediante la transacción se había producido un cambio en la posesión daría lugar al retracto y a la percepción de beneficios fiscales y no en caso contrario, criterio razonado en base a la confianza personal que tenía el señor en su beneficiario. No obstante, ya a finales del siglo xv y principios del xvi, realizándose un análisis abstracto de la transacción, se preguntó la doctrina si se trataba de un acto declarativo o traslativo de la propiedad y si esta cuestión podía dilucidarse en base a la influencia que ella repercutía en la posesión. Pensemos que fue en esta época donde se había desarrollado la noción de acto declarativo bajo la presión de los intereses feudales, sobre todo como una cómoda ficción, ante la necesidad de dilucidar si se producía o no una transferencia de la propiedad. El carácter declarativo se utilizaría para lograr la elusión de la aplicación de estos principios de Derecho feudal a los que se unirían motivos de Derecho fiscal. Se buscaba pues en la naturaleza del instituto los elementos de solución.

Veamos a continuación los cambios producidos en las relaciones feudales a partir del siglo xvi hasta la Revolución francesa. El punto esencial a destacar en aquel período radicó en el cambio sufrido en la política fiscal dirigida a una posición más favorable hacia el contribuyente. Dentro de este marco de paliación de la fiscalidad, se detuvo la doctrina en considerar si el criterio hasta entonces seguido del cambio de posesión era aplicable a un caso, como el de la transacción, en el que el estado de la situación anterior discutida era desconocido. Efectivamente, era impreciso decir que la transacción se había limitado a constatar un estado anterior sin transferir nada, pues desconocíamos la situación de hecho, de ahí que el simple reconocimiento no podía dejar de ser una mera presunción; fue por ello que ante la duda del verdadero carácter de

la operación debería decantarse en favor del contribuyente, de forma que no podría exigirse el pago de los derechos sino se probara realmente el cambio de propietario. Y dentro de esta tendencia, a comienzos del siglo XVII, se llegó a admitir que cualquiera que fuera el efecto de la transacción sobre la posesión, los beneficios fiscales no se debían a menos que hubiera fraude o simulación contra el señor, o que la falsedad de las pretensiones consagradas por la transacción fuera evidente.

Sin embargo, una vez más, los abatares sociales influyeron de forma refleja en la configuración de las instituciones. De hecho, en nuestro caso concreto, a raíz de la situación en que había quedado la Corte debido a los gastos soportados por las guerras y por la mala organización, hizo necesario, como forma de paliarlo, que el rey intentara procurarse nuevos recursos para sufragarlo a través de la transacción, de forma tal que imponía nuevamente el sometimiento a impuestos en todos los casos en que se desplazara la posesión.

La relación que en estos temas pueda tener la naturaleza de este contrato, no obstante, como antes apuntamos, es evidente ya que, en el origen, el efecto declarativo de la transacción justificó la exención de beneficios fiscales, pero es que incluso sin necesidad de acudir a esta justificación tan discutida se habría podido subordinar la percepción de beneficios fiscales a la prueba del señor de que la operación comportaba una alienación.

– *Los glosadores*: Como sabemos, la difusión del Derecho romano comenzó por la realización de pequeñas aclaraciones o glosas por los juristas de Bolonia, sacando a la luz el significado literal de los textos a través del método escolástico. Destacaron dentro de estos glosadores Irnerio y Azón (siglos XII-XIII) y sobre todo Acursio, que llegó a seleccionar todo el material de glosas que se habían ido acumulando sobre los textos, desglosando las más importantes.

Por lo que a nuestro tema se refiere, el empeño de éstos iba a tener como punto primordial el intento de acreditar la existencia de una causa *transactionis* productiva de eficacia obligatoria. Así, el obstáculo representado por el principio de la no obligatoriedad del nudo pacto (insuperable para los boloñeses pese a que la pervivencia del contrato innominado habría podido autorizar una mayor audacia interpretativa) lleva a los glosadores hacia un mayor reconocimiento de la eficacia obligatoria del negocio; pretendían la búsqueda de los medios pertinentes que fueran capaces de permitir la accionabilidad del nudo pacto, en fragante contraste con la literalidad de las fuentes que insistían en manifestar que «... igitur nuda pactio obligationem non parit sed parit exceptionem» (fr. 7 & 4, D. 2, 14). Pero si era

cierto teóricamente, en la práctica este empeño carecía de sentido. Y era ello consecuencia por una parte de la oposición del Derecho canónico, anteriormente reseñada, y por otra de su inoperancia en el desarrollo del tráfico comercial, por lo cual, ante estas trabas y obstáculos, intentaron buscar las vías de escape necesarias para obviar el problema, de forma que este principio sólo quedó vigente en las relaciones civiles. E incluso aquí, su eficacia fue puramente nominal en base a las numerosas excepciones de las que fue objeto; excepciones basadas, y esto fue lo esencial, sobre principios de carácter general, los cuales, como en el caso ya visto de accionabilidad de todos los pactos en los que una parte hubiera realizado la prestación que estaba a su cargo, contenían en sí mismos la negación más absoluta e inconciliable de la máxima «*nudum pactum non parit actionem*».

Pero fue la problemática calificación del acto de la renuncia al litigio lo que iba a ofrecer a la escuela boloñesa el punto fundamental para afrontar la cuestión de la eficacia obligatoria de la transacción. De hecho diferentes interpretaciones se movieron en torno a la consideración del receso como un *facere* o como un *dare*. Con todo, pese al obstáculo representado por el principio de la no obligatoriedad del nudo pacto, insuperable por los boloñeses, dada la pervivencia de los contratos innominados, si vemos por contra, una tendencia evolutiva dirigida hacia un mayor reconocimiento de la eficacia obligatoria de este negocio a través de audaces interpretaciones.

En la línea que anteriormente mencionamos, en cuanto que el pacto se había convertido en el sustrato común de toda relación obligatoria caracterizada por la presencia de la *conventio* con la consiguiente absorción en su ámbito de los contratos y la atenuación de la antítesis entre pactos y contratos, trajo como consecuencia, que para los glosadores constituyera la transacción una figura especial de los pactos. En efecto, ya vimos cómo Azón ve al *pactum* (*conventio*) como un *genus*, del cual el contrato es una especie, con capacidad para crear *actione* (el *pactum vestitum*). Con esta doctrina del «vestido de los pactos» se pasa fácilmente a los contratos, de forma que el *nudum pactum, vestitum* deviene *contractus*. Así, pues, en materia de Derecho de gentes, el *pactum* y la *conventio* –al menos en cuanto terminología– desbancan al *contractus*.

– *El posterior desarrollo de los comentadores (posglosadores)*: Posteriormente, desde fines del siglo XIII y en especial durante los siglos XIV y XV, se produjo un cambio en el método de estudio en el sentido de una mayor profundización del Derecho justiniano encarnado por los posglosadores o comentaristas. Su denominación fue fruto de que hicieron del comentario su principal mecanismo de

estudio del derecho; no se limitaron pues a meras aclaraciones del Derecho romano como los glosadores sino que su labor fue más constructiva y sistemática. Destacaron Jacobo de Ravins, Bartolo o Baldo de Ubaldo y alcanzó su labor hasta el siglo XVIII, pese a su convivencia con otros derechos como es el caso del Derecho canónico, el longobardo y muy especialmente el Derecho estatutario.

Las primeras generaciones poscurbianas no hicieron sino converger con la visión de la escuela boloñesa, cuya novedad se redujo a una marcada consideración de la transacción como contrato innominado, que pareció constituir el nuevo punto de partida de las reflexiones sobre el problema de la eficacia obligatoria del negocio. Tanto los glosadores como los comentaristas realizaron un gran desarrollo conceptual de estos contratos innominados, categoría que había sido desconocida por la clasificación Gayana y que constituyeron el punto central de la doctrina del Medioevo, desarrollándola de forma diferente a la elaboración bizantina; sería la *permutatio* el contrato innominado por excelencia en esta época. Pero a la insistente denominación como contrato innominado no le vino a corresponder un respectivo progreso respecto a la tendencia evolutiva de los glosadores que les sirvió de guía.

Nuevamente, los principales problemas que trataron se centran en la especie de convención a la que perteneció la transacción y a qué acción dio origen. Por lo que se refiere al primero, volvieron sobre la disputa de la calificación del recesso como un *dare* o como un *facere*; no les convenció la tesis azoniana que le veía como un *do ut des* porque la obligación a la que se renunciaba era incierta, dudosa; volvieron por ello a la primera construcción acogida por los glosadores, es decir, la que la había configurado como un *facio ut des*. Y en cuanto a la acción no hicieron sino replicar las opiniones de los juristas boloñeses.

4. LA *TRANSACTIO-CONTRACTUS* EN LA JURISPRUDENCIA CIVILÍSTICA DE LOS SIGLOS XVI-XVII. LA ESCUELA CULTA

Dado que los posglosadores no supieron ver las irregularidades de que la compilación justiniana adolecía, junto con el excesivo casuismo y farragosidad a que la glosa y el comentario llevó, trajo como consecuencia las críticas que desde fines del siglo XV y sobre todo en el XVI les dirigirían los humanistas. De hecho, a finales del siglo XV o principios del XVI, se instauró la Edad Moderna de la que formaron parte un nuevo género de pensadores denominados

humanistas. Se basaron éstos en un espíritu crítico y renovador, sin los condicionamientos, sobre todo religiosos, de sus predecesores medievales que se tradujo en una nueva visión del Derecho romano. En esta actitud renacentista se tendió a sustituir la razón de autoridad imperial del legislador Justiniano por la fuerza intrínseca de la razón jurídica que contenía el *Corpus Iuris* y por eso el racionalismo que dominó en Europa en los siglos XVII y XVIII buscaba en el Derecho romano la *ratio scripta* y no el texto de autoridad. Ya no se iba a considerar a éste como un ordenamiento intocable, intemporal, sino válido en el contexto histórico en que se desarrolló, de manera que se hizo acuciante la creación de otro Derecho que pudiera aplicarse a los nuevos tiempos sin forzar la interpretación del Derecho romano. Además vino a poner de relieve las incorrecciones y anacronismos de los juristas medievales.

Pese a que es necesario adentrarnos en el siglo XVII dentro de la escuela de Derecho natural para apreciar la superación definitiva de los principios contractuales romanos y con ello una renovación radical del sistema de los contratos, ya en el siglo XVI, con la escuela culta, la transacción empezó a asumir la apariencia que conservaría en la literatura jurídica moderna.

En esta corriente se produjo una transformación en el modo de afrontar los problemas de la eficacia obligatoria de la transacción, cuestión a solventar a lo largo de toda su evolución, así como en su sistemática. Ello fue debido a un cambio en la óptica de investigación y en la forma de operar. En este sentido, por lo que al primer problema se refiere, se hacía acuciante la necesidad de eludir las dificultades con las que las escuelas precedentes se habían enfrentado y habían sido incapaces de solucionar, abandonando los viejos esquemas interpretativos que habían fallado en el intento de adaptar el negocio al esquema causal de los contratos innominados y abandonando definitivamente en sus razonamientos los viejos esquemas interpretativos. En este ámbito, se trasladaron los problemas del campo procesal al sustancial y estructural y tuvo su núcleo fundamental en el encuadramiento de la transacción en el sistema contractual. Además, los problemas sobre la forma de conclusión de la transacción (pacto, estipulación, contrato innominado), evocaban la exigencia de una unificación de las mismas, en aras de la búsqueda del fundamento de su eficacia obligatoria.

Si con el entramado de las *datio ob rem* se atribuía la posibilidad no sólo de exigir el restablecimiento de la situación anterior sino también la ejecución del cumplimiento, se consideró que indirectamente se estaba atribuyendo al *dare* o al *facere* una relevancia causal independiente de la forma utilizada para llevarla a cabo. Se

consiguió, por lo tanto, dar importancia al acto de transferencia pero pasando por la vía de la afirmación causalística y por aquella de la desvalorización de la *stipulatio* o de la *traditio* a un tiempo.

Las soluciones a las que llegaron vinieron ya a atisbar aquellas modernas en las que la transacción salió del ámbito de los contratos innominados y de los esquemas causales no predeterminados por la norma, para entrar a formar parte de los contratos nominados en los cuales la voluntad pasó a formar parte de un esquema negocial rígido. Se intentó abrir paso a esta cuestión atenuando la bipartición contratos nominados e innominados, agrupándolos todos bajo el denominador común, bajo la característica general del sinalagma, entendido como objetiva relación de intercambio. En este sentido, el intercambio recíproco de las prestaciones había de ser considerado en sí suficiente para asignar al negocio dignidad causal, centrándose pues en la problemática del sinalagma entendido como «*mutuum factum obligatorium*». Aunque, eso sí, mientras para unos el sinalagma operaba sobre el acuerdo, fundando la bilateralidad objetiva e independiente de la declaración de voluntad, para otros no intervenía más allá que donde operaba la correspondencia subjetiva, la consensualidad. Se centraban, pues, no ya en el elemento consensual sino funcional y sería gracias a la subsunción bajo esta categoría general, la que ayudaría y facilitaría a los intérpretes a saltar el obstáculo de la calificación textual de la transacción como nudo pacto no obligatorio.

En cuanto a su sistemática será necesario dilucidar como repercute este acercamiento entre contratos nominados e innominados en la transacción y en este sentido fue, en primer lugar, la escuela francesa la que puso en tela de juicio su colocación entre los contratos innominados. Incluso, en el interior de la escuela culta no hubo concordia sobre el problema de la contractualidad de la transacción. Seguidamente, la escuela continuaría a oscilar entre las dos tendencias interpretativas: apoyando la construcción de la transacción como *contractus* sobre la existencia del requisito de las recíprocas concesiones o simplemente restableciendo la más tradicional sistemática de la transacción como nudo pacto, *stipulatio* o contrato innominado.

El debate perdería su razón de ser con el afirmarse, entre los siglos XVII y XVIII, la nueva tendencia conceptual de la teoría de los contratos por obra de la escuela del Derecho natural. Pero no quiere decir ello que debemos confiar exclusivamente la renovación del sistema contractual al principio consensual del iusnaturalismo sino que también por otras vías se intentó, como hemos visto, haciendo hincapié sobre los elementos estructurales. Ya desde el siglo XVIII

se vino a defender el principio de libertad de contratación como derecho del hombre a desarrollar su libre personalidad y como forma de erradicar las desigualdades, los privilegios del antiguo régimen. De ahí que todo contrato se basara en una contratación libre y entre personas iguales.

5. LA CODIFICACIÓN

A modo de síntesis, como hemos desvelado tímidamente, el entramado fundamental que ha seguido la evolución de la institución en liza, desde el Derecho romano hasta la Codificación, se ha centrado en la búsqueda de la eficacia obligatoria, en la búsqueda del nacimiento de las obligaciones por el mero consentimiento.

Recordemos, que en el Derecho romano clásico, el formalismo era fundamental, de forma que se configuraba un sistema en el que no era posible otorgar eficacia jurídica a los nudo pactos que no cumplieran determinadas formas o la certeza de la entrega previa de una cosa, así como un sistema contractual bastante rígido incapaz de flexibilizarse pese al esfuerzo y reacción del Derecho justinianeo a través de los contratos innominados. La doctrina bizantina que reconocía que la voluntad, la *conventio*, era la madre de los contratos, pareció situarse en las puertas de una nueva concepción, pero no supo pasar adelante.

Los legistas medievales, apegados a la letra del Corpus Iuris, tampoco supieron dar un paso decisivo. El impulso vino dado por el Derecho canónico y por el Derecho mercantil. El primero de ellos en cuanto la Iglesia católica adquirió gran difusión e importancia y junto a ella el estudio de los textos canónicos, menos ligados que los civilistas a la tradición romano justinianea, potenciaron las motivaciones de orden ético y religioso. Proclamaron que la infracción de un compromiso contraído constituía un pecado mortal y que por ello todo pacto producía una acción. Además, alentaban en concreto la actuación de buena fe, el deber de veracidad y el respeto a la palabra dada, capaz de abrir el camino a la regla de que el solo consenso obligaba. Otorgaban éstos, por lo tanto, un valor fundamental al consenso y establecían la idea de que la voluntad es la fuente de la obligación; de ahí que existiera la obligación de respetar los pactos aunque éstos fueran «nuda pacta». Sería este principio el que posteriormente se recogiera en el título XVI del Ordenamiento de Alcalá (1340), abandonando la pretensión de las Partidas, a través de las cuales se produjo la recepción de las ideas romanistas en España, de continuar con el sistema justinianeo. Por

su parte el Derecho mercantil, el *ius mercatorum*, necesitaba una flexibilidad en la contratación para facilitar las operaciones, de ahí que consideraran oportuno liberar de trabas formales a la contratación (*aequitas mercatoria*) y por ello elevaron al mutuo consentimiento en la esencia del contrato; todo negocio, decían, debe decidirse según la buena equidad, sin atender a las solemnidades del Derecho.

En consecuencia, ya en la Edad Moderna y sobre todo con la Escuela del Derecho Natural se fue dando una progresiva relevancia a la voluntad individual, de tal forma que el fundamento o la causa de la creación de obligaciones se encontraba en la libre voluntad de los contratantes; y así se configuró el contrato como acuerdo de voluntades. Todas las particularidades que habíamos visto en el procedimiento moderno habían desaparecido ya en la Edad Moderna, en la que la transacción engendraba una acción y una excepción. Pero de todo ello, lo que más interesa destacar es que el contrato vino a ser una manifestación del consentimiento, todo acuerdo de voluntades por medio del cual los interesados se obligaban, y así pasó a través de Domat y Pothier, al Código de Napoleón y al resto de los Códigos Civiles en la etapa contemporánea de finales del siglo XVIII y principios del XIX.

Con todo, podemos resumir así esta evolución: esta figura en Derecho romano no pasaba de ser un simple pacto, pacto que por sí mismo no producía acción alguna dirigida a obtener el cumplimiento de lo pactado sino únicamente una excepción. De ahí que también se hiciera posible su conclusión bajo la forma de *stipulatio*, que producía la *actio ex stipulatio*, o de contrato innominado, por el cual, cuando una de las partes cumplía la transacción disponía de la *actio praescriptis verbis* para exigir su cumplimiento. En aquella época contrato y pacto eran distintos y ocupaban una posición contrapuesta en cuanto a su defensa procesal. El contrato se configuraba como la causa de una obligación que no presuponía un acuerdo de voluntades mientras que el *pactum* o *conventio*, por su parte, exigía siempre este acuerdo para producir una acción, es decir, que no creaba la relación obligatoria por sí mismo cuando no se fuese acompañado de la *stipulatio*. Hemos visto cómo en su evolución lo que se ha tendido ha sido a unificar ambos conceptos plenamente alcanzado en la actualidad. Y así podemos decir que la transacción moderna en cuanto a su formación recuerda al pacto romano, mientras que sus efectos se corresponden más con aquellos del contrato. Pero por lo demás se han hecho sinónimos los conceptos de pacto, convención, o contrato.

Casi todas las codificaciones modernas se ocuparon de la transacción. El problema fundamental es que cuando llegamos al siglo XIX nos encontramos con una falta total de literatura jurídica, por lo que los legisladores de este siglo se limitaron a la observación del Corpus Iuris y del Derecho común; dato que puede venir a explicar las deficiencias y dificultades de la construcción codificadora.

En esta época centramos nuestro estudio en el Código francés, cuya regulación siguiendo muy de cerca la compilación de los libros de Justiniano, no ha sido muy afortunada. En concreto fijamos nuestra atención en el artículo 2044, que siguiendo la tradición de Domat la define; definición por los textos legales que no responde sino por regla general a las más firmes exigencias de la doctrina. La redacción de normas concretas y especiales para la transacción no fue un hecho indiscutido sino que, en un primer momento, se pensó en su sometimiento a las reglas del Derecho común; no obstante dadas las numerosas reclamaciones de los Tribunales se optó por otorgarla un título especial. El artículo 2044 la definió, recordando al Derecho romano, como «un contrato por el cual las partes ponen término al litigio ya nacido o previenen un litigio por nacer».

A corregir la técnica, la imperfección del Código francés de no revelar los medios idóneos para su conclusión, con la consiguiente confusión que podría provocar con numerosas operaciones que tienen igual efecto, vinieron otros Códigos europeos que imitaban en lo fundamental al francés y, actualmente, casi todas las legislaciones apuntan las notas características de este contrato. Muestra de ello fue el Código italiano de 1865, sobre el que posteriormente se inspiró el legislador español para la redacción del artículo 1809. Éste parece que vino a refundir dos pasajes romanos, que ya habíamos visto anteriormente: «qui transigi, quasi re dubia, et lite incerta neque finita transigir...», recogido en el Digesto –Ley 1.^a del Libro L. ad Edictum de Ulpiano–, y «transactio, nullo dato vel retento seu promiso, minimi procedi», Ley 38 del Código. Y en el mismo sentido el artículo 1965 del Código italiano de 1942 definió la transacción como un contrato por el cual las partes, haciéndose «recíprocas concesiones», ponen fin a un litigio ya iniciado o previene uno que pueda surgir. A más abundamiento, las recíprocas concesiones vinieron también delineadas en el germánico (& 779), el cual refiere claramente la expresión «im wege gegenseitigen Nachgebens» (mediante recíprocas concesiones).

Por lo que se refiere al Derecho español, si bien las leyes de Partida se inspiraron en los precedentes romanos en el tratamiento de la transacción, no la dedicaron un título especial, sino que úni-

camente algunas leyes se ocuparon por incidencia en esta materia (Ley del título 2.º de la Partida 6.ª, 22 de la Partida 3.ª y 14 de la Partida 5.ª), y sólo se encuentra una en que de una manera expresa se trate de la transacción, que es la 34, título XIV, de la Partida 5.ª, consagrada a determinar los efectos jurídicos de la misma.

El Proyecto de Código Civil de 1836 definía a la transacción (art. 1635) como: «convenio por el cual dos o más personas arreglan un negocio dudoso, a fin de evitar el litigio que pudiera promoverse entre ellas, o terminar el que ya está pendiente». Y en el Proyecto de 1851 (art. 1713) como: «convenio no gratuito sobre cosas dudosas, que puede ser hecho antes o después de haberse promovido el pleito sobre ellas».

Ambos parece que se apartaron de la redacción del Código francés pero siguieron sin precisar el medio con el que se había de ejecutar la transacción.

Hablaban de convenio, pero no cabe duda de que se está refiriendo a un contrato, como ya el Anteproyecto de 1885 y 1888 lo mencionó expresamente, y es precisamente en este Anteproyecto donde se configuró la definición actual del artículo 1809, copia literal del artículo 1764 del antiguo CC italiano. Es significativa, pues, la función negocial con la que queda ya configurado y el reconocimiento expreso de su carácter contractual. Sin embargo, pese a decir «dando, prometiendo o reteniendo» todavía no aparece claramente identificado el verdadero fin de la transacción, cual es el recíproco sacrificio de parte del derecho pretendido y controvertido. Será finalmente el CC italiano de 1942, en su artículo 1965, el que recoja ya expresamente este requisito al hablar de recíprocas concesiones.

Al menos hemos podido percatarnos a lo largo de este estudio evolutivo cómo la transacción ha estado presente en todo estado del Derecho desde sus albores y cómo gradualmente, con el tiempo, ha ido asumiendo importancia. Así, pasó de sus orígenes remotos en el Derecho romano y Derecho intermedio en que únicamente alguna referencia se hacía a la misma (de hecho tan sólo algunas breves referencias se realizaron en alguna Partida aislada y en contados Fueros municipales), al Derecho de la Codificación en el que culminó con su conformación como una figura propia en todas las legislaciones. En efecto en ningún Código faltó la doctrina de las transacciones, colocada con mayor o menor acierto entre los contratos. Fenómeno que no fue aislado en el Derecho español sino que fue la tónica general en otras legislaciones extranjeras.

Pero no sólo legislativamente hablando se produce esta progresión sino que incluso en la propia conciencia popular se nota el cambio hacia una mayor estima general.

La contratación masiva y la crisis de la teoría clásica del contrato

CARLOS ALBERTO SOTO COÁGUILA*

«Cuando una institución humana, creada por el hombre para el servicio del hombre, comienza a escribir su nombre, con letras de molde, cuando una institución humana cristaliza, se abstrae de la historia que le dio origen y pretende ser un valor universal, entonces hay algo que se quiebra y que se pierde: nuestra capacidad de inventiva y de respuesta frente a situaciones nuevas.»

(DE TRAZEGNIES G., Fernando, «La Transformación del Derecho de Propiedad», en *El Derecho*. Lima, Fondo Editorial de la PUCP, 1978, núm. 33, p. 104.)

SUMARIO: I. *Introducción.*—1. Planteamiento del problema.—2. El contrato paritario vs. La contratación masiva: 2.1 Teoría general del contrato. El contrato paritario. 2.2 Hacia una conceptualización de la contratación masiva. 2.3 La contratación masiva. Naturaleza jurídica. Finalidad, funciones y modalidades. 2.4 La crisis de la teoría clásica del contrato. 2.5. Principales manifestaciones de la crisis de la teoría tradicional del contrato: 2.5.1 La intervención del Estado en la contratación privada.—3. La contratación masiva y la crisis del contrato: 3.1 La contratación masiva como factor de cambio. 3.2 La autonomía privada en la contratación masiva. 3.3 La igualdad de las partes en la contratación masiva: 3.3.1 La parte débil en los contratos. 3.4 La fuerza obligatoria en los contratos masivos: 3.4.1 La teoría del incumplimiento eficiente. 3.5 El principio de la buena fe y la contratación masiva.—4. El derecho contractual en una economía de mercado.—5. La contratación masiva en el proyecto del Código Civil argentino de 1998: 5.1 Situación actual de la contratación masiva en Argentina. 5.2 El proyecto de Código Civil de 1998.—6. La realidad y el Derecho.—7. Conclusiones.

* El autor es profesor de Derecho Civil; asesor de la Comisión Especial Encargada de Elaborar el Anteproyecto de Ley de Reforma del Código Civil Peruano; asesor de la Comisión Especial Encargada de Elaborar el Proyecto de Código de Comercio; Presidente del Instituto de Investigación Jurídico-Notarial «INDEJ», y Fundador/Director de la *Revista de Derecho Scribas*.

I. INTRODUCCIÓN

Las sociedades modernas tienen como característica fundamental el constante surgimiento de nuevos fenómenos y el consiguiente descubrimiento de funciones adicionales para los bienes, lo que aporta beneficios en términos de utilidad. Este es el caso de la contratación masiva, que se ha constituido como un nuevo sistema de contratación privada. Recordemos que el sistema de contratación privada fue concebido sobre la base de la contratación paritaria o clásica, la misma que en la actualidad ha perdido la hegemonía que tuvo antaño. La causa de esto ha sido, como mencionamos, la aparición de un nuevo sistema en el intercambio de bienes y servicios.

En el presente trabajo abordaremos la presencia de este fenómeno jurídico y cómo se ha constituido en un nuevo sistema de contratación. Nuestra hipótesis de trabajo consiste en demostrar cómo *la contratación masiva –como un nuevo sistema de contratación– ha ocasionado la crisis de la teoría clásica del contrato.*

Siendo nuestro propósito el análisis de la contratación masiva y la crisis que ha generado en torno a la teoría clásica del contrato, no entraremos a desarrollar cada una de las modalidades contractuales a través de las cuales se presenta la contratación masiva. A lo largo del presente trabajo demostraremos cómo la contratación masiva es el factor que ha originado la crisis de la teoría clásica del contrato.

Empero, determinemos ¿qué se entiende por *crisis*? Según el Diccionario de la Real Academia Española el término «crisis»¹ en su primera acepción es la «mutación considerable que acaece en una enfermedad, ya sea para mejorarse, ya para agravarse el enfermo»; la segunda y tercera, consideran a la crisis como una «mutación importante en el desarrollo de otros procesos, ya de orden físico, ya históricos o espirituales» y una «situación de un asunto o proceso cuando está en duda la continuación, modificación o cese». En este sentido, el concepto «crisis del contrato» debe entenderse como una mutación, una evolución de la institución contractual². Para tal efecto, abordaremos las causas que han originado *el resquebrajamiento de las estructuras de la teoría tradicional del contrato y cómo el legislador continúa creyendo que la contratación privada se desenvuelve dentro de un esquema tradi-*

¹ Cfr. Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*. Madrid, «Editorial Espasa Calpe, S. A.», 1992, tomo I, p. 597.

² Sobre las diferentes acepciones del término «crisis» puede consultarse el trabajo de los profesores Atilio ANÍBAL ALTERINI y Roberto LÓPEZ CABANA, *La autonomía de la voluntad en el contrato moderno*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1989, pp. 12-16. Para estos autores, la crisis del contrato no es tal, sino es una crisis de la autonomía de la voluntad.

cional o paritario, cuando hoy en día este sistema de contratación constituye una excepción.

Igualmente incorporamos un punto sobre la función del derecho contractual en una economía de mercado, en una sociedad donde la realidad viene empujando al Derecho hacia un cambio. En esta perspectiva analizaremos la forma cómo ha enfrentado este fenómeno la Comisión de Reforma del Código Civil Argentino en el Proyecto de Código Civil que acaba de presentar al Poder Ejecutivo, con lo cual derogaría no sólo el decimonónico Código Civil de Velez Sarsfield, sino que además unificarían los Códigos Civil y Comercial en un solo cuerpo legal, hecho que será muy trascendente para la Codificación latinoamericana y mundial. El legislador no puede dejar de lado las necesidades y las exigencias de la sociedad; por el contrario, debe recogerlas y sistematizarlas a fin de evitar un divorcio entre la realidad y la ley.

Los cambios en las estructuras sociales, políticas, económicas, así como los agigantados e incontenibles avances tecnológicos y la evolución permanente en el ámbito de las ideologías son realidades insoslayables que continuamente mueven a las sociedades, transformándolas. El operador del Derecho tiene que estar alerta a estos cambios y no darles la espalda. Igualmente, no debe pretender siempre responder a los nuevos fenómenos con las estructuras existentes, pues cuando ellas son insuficientes debe crear nuevos edificios para albergarlos.

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El creciente capitalismo en estos últimos tiempos ha originado un cambio en las estructuras económicas y sociales, siendo la causa de este fenómeno la producción en masa o en serie de los bienes y servicios. Estos hechos han ocasionado un tránsito en la producción e intercambio de bienes y servicios —de la actividad «artesanal» a la «empresarial»³—. En el otro extremo tenemos a

³ La empresa como institución es un concepto moderno. Para Fontanarrosa, la empresa «es una organización sistemática de actividades y de medios, apta para determinar una serie notable de relaciones jurídicas, y que tiene por objeto suministrar a otros utilidades de naturaleza variada; en la cual el empresario, asumiendo todo riesgo sobre sí, sustituye y elimina con su propio riesgo, el que traerá consigo la ordinaria creación o la directa consecuencia de dichas utilidades» (citado por FARINA, Juan M., *Contratos comerciales modernos*. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1993, p. 15). Y para Capitant es aquel «Organismo que se propone ofrecer al mercado bienes o servicios...» (Cfr. ASOCIACION HENRI CAPITANT. *Vocabulario Jurídico*. Santa Fe de Bogotá, Colombia, «Editorial Temis, S. A.», 1995, p. 345). El reciente Anteproyecto de la Ley Marco del Empresariado que derogará a nuestro Código de Comercio de 1902, publicado el 6 de mayo de 1999, define a la empresa como «la organización economí-

una *sociedad de masas*⁴ que consume o utiliza los bienes y servicios⁵.

El profesor Díez-Picazo señala que este fenómeno «ha determinado un tráfico económico, cada vez más acelerado, que se ha ido convirtiendo en lo que rigurosamente puede llamarse «tráfico en masa»»⁶. Pero para que productores y adquirentes (consumidores o no) satisfagan sus necesidades e intereses (productores que distribuyan y personas que adquieran o consuman los bienes o servicios) y se vinculen jurídicamente, necesitan de un canal o instrumento que brinde seguridad a sus relaciones y que esté permitido por el ordenamiento jurídico. Este es el *contrato*⁷.

Sin embargo, los contratos que celebran productores y adquirentes a cada instante y que les permiten satisfacer sus necesidades, no se desarrollan dentro de la estructura del contrato tradicional o clásico⁸.

En el derecho contractual tradicional, las relaciones jurídicas nacen de un consentimiento libre y autónomo entres dos o más partes perfectamente identificadas (oferentes y aceptantes), y donde existe la colaboración de ellas en el diseño o configuración del contrato⁹. En las nuevas relaciones jurídicas masificadas, los sujetos no están claramente identificados, son anónimos y no existe la participación o colaboración de una parte en la elaboración del esquema o diseño del contrato, no pudiendo negociar su contenido y encontrándose su libertad contractual, por ende, limitada o anula-

ca dedicada a la producción o comercialización de bienes, o a la prestación de servicios, siendo sus elementos esenciales el fondo empresarial y la actividad empresarial» (ver *separata del Diario Oficial «El Peruano»*, Congreso de la República, *Ley Marco del Empresariado. Anteproyecto y Exposición de Motivos*, Lima, 6 de mayo de 1999, pp. 5-10).

⁴ La sociedad ha sufrido un gran cambio, de una sociedad de personas a una *sociedad de masas* como consecuencia de la explosión demográfica y del proceso de concentración en las grandes ciudades. *Las masas* pueden entenderse como aquellos agregados humanos, donde el ser humano se integra como un ser *amorfo* y despersonalizado. Y la *sociedad de masas* como un conjunto amorfo, sin estructura, una mera reunión de personas irresponsables de sus actos. (Sobre estos temas se puede consultar: RECANSSE SICHES, Luis, *Lecciones de sociología*. México, Editorial Porrúa, 1948, pp. 443 ss., y VALLET DE GOYTISOLO, Juan, *Sociedad de masas y Derecho*. Madrid, «Taurus Ediciones, S. A.», 1969, en *Derecho civil patrimonial II*. Materiales de Lectura de la Maestría en Derecho Empresarial de la Universidad de Lima. Profesor: Carlos CÁRDENAS QUIRÓS. Lima, D. U. de Coordinación y Desarrollo Académico, s. f., pp. 114 ss.)

⁵ La necesidad de que esta sociedad de masas adquiriera o consuma bienes o servicios, de una u otra manera se multiplica. Objetivo de que así sea, es tarea de los productores; y la creación de estas necesidades se debe a la publicidad, que juega un rol importante en este fenómeno.

⁶ Cfr. Díez-PICAZO, Luis, *Derecho y masificación social. Tecnología y Derecho privado. (Dos esbozos)*. Segunda edición. Madrid, «Editorial Civitas, S. A.», 1987, p. 42.

⁷ Según el artículo 1351 de nuestro Código Civil «El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial».

⁸ También denominados por la doctrina como contratos paritarios o discrecionales.

⁹ Puede consultarse el trabajo de NICOLAU, Noemí Lidia, «Tecnología y masificación en el derecho contractual», en *Revista Jurídica Argentina La Ley*. Buenos Aires, 1992, tomo 1992-B, p. 767.

da. Limitada en caso de los contratos concertados en base a cláusulas generales de contratación, y anulada en los contratos por adhesión. Esta parte contratante está colocada ante la disyuntiva de «lo tomas o lo dejas».

En esta perspectiva, no le falta razón a Luigi Ferri cuando dice que «[...] la moderna economía, caracterizada por la producción “standarizada” y en masa de bienes y servicios y del vasto consumo de ellos, ha favorecido la difusión de un tipo particular de negociación orientada a permitir la rapidez de la circulación de los productos a través de la predisposición de los esquemas contractuales uniformes y la consiguiente simplificación del *iter* formativo del contrato. Tal tipo de contratación no satisface solamente la exigencia de la producción y del comercio, sino que además se adecua también al rápido ritmo de la vida moderna, a la necesidad de «no perder el tiempo» común también al consumidor, el cual si de un lado debe estar sujeto a una especie de *diktat* del otro contratante, por otro lado está garantizado de ser las condiciones generales vinculantes para quien las ha ideado y predispuesto y de asegurar con su aplicación uniforme, en orden al mismo tipo de relación, igualdad de tratamiento [...]»¹⁰.

En efecto, cuando contratamos existen modelos, formatos, formularios, *tickets*, boletos o plantillas impresas o grabadas en las memorias de las computadoras; es decir, contratos predeterminados o predispuestos y elaborados con anterioridad a la celebración del contrato. Demos un vistazo a la contratación de seguros, las operaciones bancarias, la compraventa de determinados bienes (vehículos, artefactos, computadoras, entre otros artículos), el transporte terrestre, y podríamos seguir enumerando la variedad de relaciones jurídicas contractuales en las que es una parte contratante la que unilateralmente elabora íntegra o parcialmente el contenido del contrato y es la otra la que manifiesta su voluntad de contratar o no bajo estas condiciones.

La doctrina ha optado por denominar a este fenómeno jurídico «contratación masiva», «contratación en masa», «contratos en masa» o «contratos en serie». El eje central de ellos es que las partes ya no negocian el contenido del contrato. La etapa previa del contrato, la negociación o las tratativas, no existe en sentido lato, ya que los contratantes no se reúnen y empiezan a negociar el contenido del contrato que pretenden concertar.

Esto ha llevado a algunos autores como Martín-Ballesteros a afirmar que «el concepto clásico, el concepto teórico del contrato se sigue manteniendo por inercia o por pereza mental y se sigue

¹⁰ Cfr. FERRI, Luigi, *Lezione sul contratto*. Seconda Edizione. Bologna, «Nicola Zanichelli, S.p.A.», 1987, p. 112.

formulando en los textos y enseñando en las aulas»¹¹. Marco Aurelio Risolía por su parte afirma que: «La crisis del contrato alcanza tanto a su formación como a sus efectos y repercute en los dos grandes principios que rigen la institución en los códigos liberales: 1.º la libertad contractual; 2.º la fuerza obligatoria del vínculo.»¹²

Nuestro Código Civil de 1984 ha enfrentado este fenómeno incorporando, al interior de las normas relativas al Consentimiento¹³, instituciones como el contrato por adhesión, las cláusulas generales de contratación, los contratos de hecho y la oferta al público. Podemos deducir, entonces, que lo más importante para el legislador sigue siendo el acuerdo de voluntades, resaltando la autonomía privada, manteniendo la *teoría tradicional del contrato*, donde existe oferentes y aceptantes que negocian su contenido. Sin embargo, parece que el legislador olvidó que actualmente la mayor parte de las relaciones de las personas que se traducen en contratos se realizan dentro del esquema de la «contratación masiva», donde no hay negociación y la concertación es despersonalizada, anónima; y la libertad contractual —e inclusive algunas veces la libertad de contratar— no existe o se encuentra reducida a su mínima expresión.

Frente a esta perspectiva, Alfredo Bullard opina que «... el diseño del contrato aludido esta hecho para responder a un liberalismo de corte “artesanal”»¹⁴; agregando que «... la contratación en masa ha rebasado por completo los marcos de la concepción tradicional de “contrato” con lo que quedan dos posibles salidas: o le damos al concepto “contrato” un contenido distinto al de ser un simple acuerdo de voluntades, para poder englobar a la llamada “contratación en masa”, o creamos una nueva terminología que permita explicar a cabalidad este nuevo fenómeno»¹⁵.

Resulta ineludible plantearnos una serie de interrogantes al encarar esta realidad, y pensarla en términos jurídicos. En efecto, estas nuevas relaciones jurídicas contractuales masivas o estandarizadas en el intercambio de bienes y servicios traen como consecuencia una gama de efectos no sólo en el plano económico, sino

¹¹ Véase MARTÍN-BALLESTERO Y COSTEA, Luis, *La manifiesta intención de obligarse y el Derecho nuevo*. Madrid, Editorial Montecorvo, 1963, pp. 30 a 31.

¹² Véase RISOLÍA, Marco Aurelio, *Soberanía y crisis del contrato*. En *nuestra legislación civil*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1958, p. 124.

¹³ Libro VII: *Fuentes de las Obligaciones*; Sección Primera: Contratos en general. Título II: Sobre el Consentimiento.

¹⁴ Véase BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo, «Contratación en masa. ¿Contratación?», en *Estudios de Análisis Económico del Derecho*. Lima, ARA Editores, 1996, p. 54.

¹⁵ Véase BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo, «Contratación en masa. ¿Contratación?», ob. cit., p. 58.

en el orden de las estructuras jurídicas. Así, nos cuestionamos si la tradicional teoría del contrato se mantiene indemne, o si se encuentra en ignorada crisis, merced al surgimiento de la contratación masiva. De enfocarse la respuesta en torno a la eficacia, validez y vigencia del contrato tradicional, nos preguntamos si las reglas de éste solucionan el fenómeno de la contratación masiva. Finalmente, de no encontrar salidas o respuestas satisfactorias, ¿sería necesario regular el nuevo fenómeno de la contratación masiva?

Estos cuestionamientos, que forman parte de un mismo problema, tienen como origen el desarrollo, así como los cambios económicos y tecnológicos que se traducen en el progreso del mundo moderno, encontrándose cada vez más inmersos en un dinamismo económico que no dudamos tiende a una revisión de las instituciones jurídicas vigentes en nuestro Sistema Civil, y en especial del Contrato.

2. EL CONTRATO PARITARIO VS. LA CONTRATACIÓN MASIVA

2.1 Teoría General del Contrato. El contrato paritario

Según el profesor Manuel de la Puente y Lavalle¹⁶, por *Teoría General del Contrato* debe entenderse todo lo relacionado con su naturaleza, requisitos, vicios y modalidades.

En su *Doctrina General del Contrato*¹⁷, Messineo señala que existen *principios comunes a todos los contratos* que, además poseen una naturaleza y estructura análoga. Igualmente, existen *reglas aplicables sólo a un grupo determinado* de contratos (por ejemplo, contratos con prestaciones recíprocas). Y por último, hay *normas particulares de cada contrato en particular*, que sólo rigen para éste y no para otros (como el pacto de retroventa, en la compraventa).

En efecto, cuando se analiza un contrato en particular (una compraventa), se debe recurrir primeramente a los principios o reglas comunes, como su obligatoriedad y el efecto entre los contratantes; luego, hay que considerar las reglas aplicables a este contrato típico dentro de un grupo determinado, como su reciprocidad, onerosidad, entre otras características; finalmente, se le debe

¹⁶ Cfr. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, *Estudios sobre el contrato privado*. Lima, «Cultural Cuzco, S. A.», 1983, tomo I, p. 42.

¹⁷ Véase MESSINEO, Francesco, *Doctrina General del Contrato*. Buenos Aires, Ediciones Jurídica Europa-América, 1952, tomo I, p. 1.

aplicar las normas particulares que han sido diseñadas exclusivamente para esta figura jurídica.

Por último, esta Teoría General del Contrato, que podemos denominarla Clásica o Tradicional, descansa en los siguientes principios reconocidos por la doctrina civilista: la *autonomía privada*, la *igualdad de las partes*, la *fuerza obligatoria*, la *buena fe* y el *efecto relativo*. En este sentido, Díez-Picazo¹⁸ es claro al indicar que la teoría tradicional o clásica del contrato «[...] considera al contrato como “un acuerdo de voluntades de dos o más personas (*duorum vel plurium consensus*) dirigido a crear obligaciones entre ellas (*‘ad constituendum obligationem’*)”».

Es en la teoría clásica o tradicional que encontramos al contrato paritario o discrecional, concebido como la declaración conjunta de la voluntad común de dos o más partes y donde existe la colaboración en el diseño o configuración del mismo, destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales¹⁹. En esta línea de pensamiento nuestro Código Civil, en su artículo 1351, define al contrato como el «acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial»²⁰. No hay duda de que estamos ante una definición tradicional o clásica.

El Código Civil peruano desarrolla la Teoría General del Contrato en la sección primera del libro VII –Fuentes de las Obligaciones–, comprendiendo las disposiciones generales de los contratos, el consentimiento, el objeto del contrato, su forma, los contratos preparatorios, el contrato con prestaciones recíprocas, la cesión de posición

¹⁸ Ver Díez-Picazo, Luis, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, segunda edición. Madrid, «Editorial Tecnos, S. A.», 1988, vol. I, pp. 93-96.

¹⁹ En relación al concepto de contrato paritario o discrecional la doctrina es uniforme. Consultése: DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, *Estudios sobre el contrato privado*, ob. cit., tomo I, pp. 50 ss.; también *El contrato en general*. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1993, tomo I, p. 52; Díez-Picazo, Luis, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, ob. cit., vol. I, p. 96; JOSSE-RAND, Louis, *Derecho Civil*. Buenos Aires, Bosch y Cía. Editores, 1950, tomo II, vol. I, p. 31; SOTO, Alberto G, *Instituciones de Derecho Civil-Contratos*. Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1975, vol. I, p. 222.

²⁰ Por su parte, el artículo 140 del Código Civil expresa que: «El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas». Sin embargo, ante las críticas de la doctrina respecto a una innecesaria repetición de conceptos y la falta de sistemática entre el acto jurídico y el contrato, la Subcomisión de Contratos Parte General de la Comisión de Reforma del Código Civil peruano presidida por el Dr. Manuel de la Puente y Lavalley ha propuesto la modificación del artículo 1351 con la siguiente redacción: «El contrato es un acto jurídico plurilateral referente a una relación jurídica obligacional de carácter patrimonial» (ver CONGRESO DE LA REPÚBLICA, *Propuestas de Reformas al Código Civil elaboradas por las Subcomisiones*. Lima, 1997. También puede consultarse el libro publicado por el Instituto de Investigación Jurídico-Notarial «INDEJ» intitulado *Reforma del Código Civil peruano. Doctrina y Propuestas*, Lima, Gaceta Jurídica Editores, 1998).

contractual, la excesiva onerosidad de la prestación, la lesión, el contrato en favor de tercero, la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, el contrato por persona a nombrar, las arras confirmatorias, las arras de retractación y las obligaciones de saneamiento.

2.2 Hacia una conceptualización de la contratación masiva

No existe un concepto de lo que se puede entender por contratación masiva. Manuel de la Puente expresa que frente a los requerimientos del tráfico masivo la contratación en masa se presenta como un sistema de contratación que permite reducir al mínimo las tratativas del contrato²¹. El mismo autor agrega que este fenómeno jurídico no tiene por finalidad la «[...] protección al cliente o consumidor sino de atención a las necesidades impostergables de dicho tráfico, que requieren de un sistema legal que permita concertar simultáneamente una gran cantidad de transacciones con gentes que se encuentran en similares condiciones en lo que respecta a la provisión masiva de bienes y servicios»²². En otro trabajo, el profesor Manuel de la Puente expresa que: «Lo que se busca [con la contratación masiva] es agilizar la celebración de contratos de manera tal que, *sin suprimir el consentimiento*, pueda alcanzarse muy rápidamente el acuerdo contractual mediante la reducción del ámbito de las negociaciones (el subrayado es nuestro)»²³.

Por su parte, el profesor Carlos Cárdenas sin definir este fenómeno jurídico, señala que la contratación en masa aparece para facilitar el comercio de bienes y servicios a gran escala²⁴.

Al llegar a este punto, la interrogante —o duda— consiste, simplemente, en establecer qué es la contratación masiva: si estamos ante un contrato o ante una nueva forma de contratación. *Ergo*, creemos conveniente aproximarnos conceptualmente a esta nueva figura jurídica.

²¹ Cfr. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, *El contrato en general*, ob. cit., tomo III, p. 71.

²² Cfr. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, *El contrato en general*, ob. cit., tomo III, p. 75. Sobre la finalidad de la contratación masiva, su modalidad, recomendamos el artículo del mismo autor Las cláusulas generales de contratación y la protección al consumidor, en *Themis, Revista de Derecho* editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1995, núm. 31, pp. 15-22.

²³ Cfr. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, *Nuevas tendencias en la contratación moderna*, en *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*. Lima, Asesorandina, 1988, núm. 30, p. 13.

²⁴ Ver CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos, *Las cláusulas generales de contratación y el control de las cláusulas abusivas*, en *Ius et veritas, Revista de Derecho* editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1996, año VII, núm. 13, p. 20. De igual parecer es Manuel de la Puente (*El contrato en general*, ob. cit., tomo III, pp. 71-77).

Para nosotros la *contratación masiva no es un contrato, sino un fenómeno jurídico que aparece ante la necesidad urgente de agilizar el intercambio masivo de bienes y servicios, consolidándose como un nuevo sistema de contratación. La contratación masiva no son contratos con la masa, son contratos de una misma naturaleza, en serie o en masa, celebrados entre predisponentes y adherentes. En tal sentido, en el sistema de contratación masiva, se utiliza cuantitativamente un contrato –típico o atípico– para lograr el intercambio en gran escala de los bienes y servicios.*

A modo de ejemplo, en el transporte terrestre de pasajeros se celebrará tantos contratos como pasajeros haya, por ende, una unidad de transporte con una capacidad de cincuenta pasajeros celebrará cincuenta contratos de transporte, uno con cada usuario.

2.3 La contratación masiva. Naturaleza jurídica. Finalidad, funciones y modalidades

¿Tiene este nuevo sistema de contratación una naturaleza jurídica? Creemos que sí. Sin embargo, no debemos caer en lo que de ordinario ocurre cuando aparece un nuevo fenómeno jurídico, como es tratar de encasillarlo dentro de alguna teoría ya existente.

La contratación masiva, concebida entonces como un nuevo sistema de contratación, tiene una naturaleza de carácter contractual, ya que son las personas quienes en ejercicio de su autonomía privada (concedida por el ordenamiento jurídico) crean, regulan, modifican o extinguen relaciones jurídicas de contenido patrimonial.

Su *finalidad*, en cambio, es agilizar el intercambio masivo de los bienes y servicios, reduciendo al máximo los costos de transacción de los contratos que se celebren, y permitiendo que un número cada vez mayor de personas pueda acceder al consumo o utilización de los bienes y servicios.

En consecuencia, *la contratación masiva cumple con funciones de carácter jurídico, social y económico.*

La función jurídica de la contratación masiva es permitir el tráfico masivo de los bienes y servicios; y si en una economía de mercado los bienes y servicios deben intercambiarse eficientemente, la contratación masiva es el vehículo que logra tal propósito.

La función social esta referida a lograr el acceso de todos los individuos de una sociedad a ese intercambio masivo de bienes y servicios, sin distinción alguna.

Finalmente, la contratación masiva cumple una función económica cuando reduce los costos de transacción de la celebración de los contratos entre predisponentes y adherentes.

Pero, ¿qué son los costos de transacción?²⁵ Para Alfredo Bullard «[...] los costos de transacción son los costos de celebrar un contrato, y que en ciertas circunstancias son tan altos que pueden evitar que se perfeccione el acuerdo, o llevar a que éste se perfeccione en términos ineficientes»²⁶. Según este autor, la idea básica del concepto de costos de transacción consiste en que usar el sistema contractual cuesta; es decir, que el uso del mercado contractual no es gratuito. Celebrar cada contrato implica incurrir en una serie de costos que deberán analizarse con la finalidad de que los beneficios obtenidos sean superiores, pues muchas veces puede ocurrir que los costos son mayores y no despreciables, y por lo tanto hacen que la solución contractual sea inviable o ineficiente²⁷.

Los costos de transacción serán de vital importancia para demostrar cómo la contratación masiva ha generado una crisis al interior de la estructura de la teoría clásica del contrato. Más adelante volveremos sobre este punto.

¿Y cuáles son las modalidades contractuales de la contratación masiva?

A nuestro entender, las modalidades contractuales de la contratación masiva incorporadas en el Código Civil de 1984 son: el contrato por adhesión²⁸, los contratos concertados en base a cláusulas generales de contratación²⁹ y los contratos de hecho³⁰.

²⁵ El término «costes de transacción» es el corazón del Teorema de Coase, que se encuentra recogido en el trabajo de su autor Ronald COASE, «The problem of the Social Cost, in *The Journal of Law and Economics*», 1990, vol. 3, pp. 1 a 44.

²⁶ Cfr. BULLARD, Alfredo, «Al fondo hay sitio!» ¿Puede el Teorema de Coase explicarnos el problema del transporte público?, en *Themis, Revista de Derecho* editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1992, segunda época, núm. 21, p. 96.

²⁷ Cfr. BULLARD, Alfredo, «Firme primero, lea después! La contratación masiva y la defensa del consumidor», en *Derecho Civil Peruano. Perspectivas y problemas actuales*. Lima, Fondo Editorial de la PUCP, 1993, p. 19. Del autor, consúltese también: «Ronald Coase y el Sistema Jurídico. Sobre el Nobel de Economía 1991» y «"Al fondo hay sitio!" ¿Puede el Teorema de Coase explicarnos el problema del transporte público?», en *Estudios de Análisis Económico del derecho*, ob. cit., pp. 126-127 y 145-149, respectivamente. Puede consultarse también: POLINSKY, Mitchell, *Introducción al Análisis Económico del Derecho*. Barcelona, «Editorial Ariel, S. A.», 1985, p. 24, y TORRES LÓPEZ, Juan, *Análisis Económico del Derecho*. Madrid, «Editorial Tecnos, S. A.», 1987, pp. 50 a 55.

²⁸ «Artículo 1390.—El contrato es por adhesión, cuando una de las partes, colocada en la alternativa de rechazar o aceptar íntegramente las estipulaciones fijadas por la otra parte, declara su voluntad de aceptar».

²⁹ «Artículo 1392.—Las cláusulas generales de contratación son aquellas redactadas previa y unilateralmente por una persona o entidad, en forma general y abstracta, con el objeto de fijar el contenido normativo de una serie indefinida de futuros contratos particulares, con elementos propios de ellos».

³⁰ «Artículo 1396.—En los contratos ofrecidos con arreglo a cláusulas generales de contratación aprobadas por la autoridad administrativa, el consumo del bien o la utilización del servicio genera de pleno derecho la obligación de pago a cargo del cliente, aun cuando no haya formalizado el contrato o sea incapaz».

No entraremos a analizar cada una de estas figuras contractuales, pues como señalamos al principio, ello no constituye nuestro objetivo.

La doctrina peruana no es uniforme en señalar cuáles son las modalidades contractuales de la contratación masiva. Por un lado Arias-Schreiber (en los años 1984 y 1986)³¹, Cárdenas (en 1984, 1988 y 1996)³² y Bullard (en 1989 y 1993)³³ señalan que las modalidades de la contratación masiva son los contratos por adhesión, las cláusulas generales de contratación y los contratos de hecho o conductas sociales típicas. Para Manuel de la Puente (desde 1991) las cláusulas generales de contratación son la modalidad de la contratación masiva³⁴.

En la actualidad, la contratación masiva es inevitable y más aún en nuestra sociedad, donde casi todos los bienes y servicios se encuentran en el mercado y su demanda es incuestionable. Son ejemplos prácticos las diversas operaciones en entidades bancarias, supermercados, restaurantes, librerías, colegios, universidades, hoteles, parques de diversiones, playas de estacionamiento, salas de cine, la variedad de contratos de transporte terrestre, de seguros, entre otros muchos.

Un primer vistazo a la realidad nos indica que la contratación masiva juega un rol importante en el tráfico comercial y en el intercambio de bienes y servicios. Como podemos observar, tanto la finalidad, funciones y modalidades contractuales de la contratación

³¹ Cfr. ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, *Exégesis del Código Civil de 1984*. Lima, Gaceta Jurídica Editores, 1995, tomo I, pp. 154 ss.

³² Cfr. CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos y MARTÍNEZ COCO, Elvira, «La humanización del contrato, la defensa del consumidor y las cláusulas generales de contratación», en *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*, Lima, Asesorandina, 1988, núm. 27, p. 159. Véase también: CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos, «Las cláusulas generales de contratación y el control de las cláusulas abusivas», en *Ius et veritas, Revista de Derecho editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, Lima, 1996, año VII, núm. 13, p. 20.

³³ Cfr. BULLARD G., Alfredo, «Contratación en masa. ¿Contratación?», en *Themis, Revista de Derecho* editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad católica del Perú, Lima, 1989, núm. 15, p. 47. Asimismo: BULLARD G., Alfredo, *¡Firme primero, lea después! La contratación masiva y la defensa del consumidor*, ob. cit., p. 40.

³⁴ Empero, Manuel de la Puente indica que «[...] si bien la contratación en masa ha propiciado que se utilice el contrato por adhesión en este tipo de contratación no es el único campo donde el contrato por adhesión juega su rol, de tal manera que no es conveniente que se considere como uno de los elementos para establecer el concepto de este contrato el de su uso masivo».

En cambio, son «[...] las cláusulas generales de contratación, [...] las que] han sido creadas o concebidas para satisfacer, ellas sí, las necesidades de la contratación masiva. No existe en las cláusulas generales de contratación el carácter impositivo del contrato por adhesión sino, por el contrario, su utilización obedece al propósito de facilitar y agilizar la contratación». Ver DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, *El contrato en general*, ob. cit., tomo III, p. 31.

masiva son distintas al esquema del contrato clásico o tradicional. Es en esta perspectiva que la contratación masiva ha ocasionado lo que podemos denominar como la *crisis de la teoría clásica del contrato*.

2.4 La crisis de la Teoría Clásica del Contrato

Sobre la crisis de la Teoría Tradicional o Clásica del Contrato el profesor Risolía³⁵ señala que: «Parecería paradójico hablar de crisis en un tiempo en que la multiplicación de los contratos es asombrosa, ya que nunca se los ha concluido en mayor número y por intereses patrimoniales tan elevados [...] La gama de categorías contractuales se enriquece con nuevas figuras, su formación se auxilia de nuevos recursos técnicos, y la institución en sí alumbró nuevas obligaciones, antes ignoradas».

Ante ello, de inmediato surge la inquietud, *¿cómo hablar de la crisis del contrato cuando acrece su número, se diversifican sus especies y se abulta su contenido obligatorio?*

Enfáticamente, Risolía afirma que «[...] según la concepción clásica, el contrato supone el acuerdo de dos o más voluntades autónomas, acuerdo «metafísicamente incontestable», al decir de Géný; quimérico en opinión de Wornis; tan sólo inteligible en la lógica de Kant, que también en este caso debió acudir al expediente socorrido de los postulados de la razón pura. Es cierto también que la doctrina clásica nos habla de acuerdo de dos voluntades equivalentes, sin privilegio ni calidad que encumbre a una sobre otra. Parece ser exacto, asimismo, que de más en más el hombre se obliga sin quererlo, que de más en más se debilita su fuerza obligatoria a expensas de doctrinas que, de distintos modos, llevan ataques a esa construcción lógica, abstracta, individualista, geométrica –tantos calificativos se le atribuyen– resumida en obras fundamentales del siglo pasado»³⁶.

Para este autor, la crisis del contrato se presenta como una crisis de la autonomía de la voluntad, de su fuerza obligatoria y de la igualdad jurídica de las partes contratantes, todos ellos pilares fundamentales de la teoría clásica del contrato.

Dotándole de un contenido más amplio, el distinguido profesor Guillermo A. Borda³⁷ señala que la crisis del contrato se debe a

³⁵ Cfr. RISOLÍA, Marco Aurelio, *Soberanía y crisis del contrato. En nuestra legislación civil*, ob. cit., pp. 116-117.

³⁶ Cfr. RISOLÍA, Marco Aurelio, ob. cit., p. 80.

³⁷ Consúltense su *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones II*, séptima edición actualizada. Buenos Aires, Editorial Perrot, 1994, pp. 122-131; y su *Manual de Contratos*, decimoséptima edición actualizada. Buenos Aires, Editorial Perrot, 1995, pp. 15-22.

cuatro causas: económicas, políticas, de filosofía jurídica y de orden moral.

Causas económicas, en razón de que la evolución del capitalismo ha ocasionado la concentración de la riqueza en manos de unos cuantos que son los que deciden con quién y cómo contratan. En este sentido, la libertad y la igualdad (supuestos básicos del contrato) sólo subsisten en el plano jurídico.

Causas políticas, las que se presentan cuando el Estado interviene en el ámbito de los contratos por interés social o público. No olvidemos que en la postura individualista el contrato era intocable e irrevocable. No obstante, esta filosofía ha cedido el paso a una concepción más social y humana del contrato (art. 1355³⁸ del Código Civil, hoy tácitamente derogado por el art. 62³⁹ de la Constitución Política de 1993), en la que el Estado se preocupa por los problemas sociales y como tal interviene para lograr una justicia contractual. Esta ha sido la evolución de nuestro Derecho civil; empero, últimamente parece que nuevamente el individualismo campea nuestras tierras⁴⁰.

Causas de filosofía jurídica, en tanto se ha puesto en duda el poder jurígeno de la voluntad; sin embargo, no se explica cómo los contratos siguen obligando. Pero cuando la voluntad que dio origen a la relación contractual ya no existe, se debe recurrir a la idea de necesidad y la seguridad económico-sociales. No se trata sólo de la voluntad, existe además una cuestión de interés general comprometido en el respeto de los contratos.

Causas de orden moral, que hoy en día tienen una mayor sensibilidad, pues los contratos deben ser instrumento de realización del *bien común*. Hay un tránsito de una moral individual a una más social. Sin embargo, ello no quiere decir que los contratos no sean obligatorios entre las partes; por el contrario, deben respetarse y

³⁸ «Artículo 1355.—La ley, por consideraciones de interés social, público o ético puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos».

³⁹ «Artículo 62.—La libertad de contratar garantiza que las partes puedan pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.

Mediante contratos ley, el estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente».

⁴⁰ Si bien nuestro Código Civil de 1984 incorporó la teoría del «dirigismo contractual» o intervención del Estado en el artículo 1355 señalando que: «La ley, por consideraciones de interés social, público o ético puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos», dentro de una concepción social; con la dación de la Constitución Política de 1993, específicamente su artículo 62 se declara la santidad de los contratos, al establecer que «los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase».

cumplirse, pero deben buscar la justicia y la equidad antes que lo deseado individualmente.

Ahora veamos cuáles son las causas de la crisis del contrato.

2.5 Principales manifestaciones de la crisis de la teoría tradicional del contrato

Muchos son los autores que se han ocupado de la *crisis del contrato*⁴¹, otros prefieren referirse a la *decadencia del contrato*⁴² y algunos, más radicales, hablan de la *muerte del contrato*⁴³.

La crisis, decadencia o muerte del contrato se debe a dos razones fundamentales que pueden constituirse como las principales manifestaciones o causas de éstos fenómenos jurídicos:

- a) el intervencionismo del Estado en la contratación privada, y
- b) la contratación masiva.

2.5.1 *La intervención del Estado en la contratación privada*

Manuel de la Puente, en sus Comentarios a la sección primera del libro VII de las Fuentes de la Obligaciones, de los Contratos en general, sostiene que para enfocar el rol del intervencionismo del Estado en la contratación privada, se debe tener presente el principio de la autonomía privada⁴⁴.

Para el profesor De la Puente, la crisis del contrato dependerá de la postura que adopte el legislador sobre la autonomía privada. Si aceptamos la teoría individualista⁴⁵, entonces la subsistencia del contrato es frontalmente atacada, a tal punto que el contrato no

⁴¹ Véase RISOLÍA, Marco Aurelio, *Soberanía y crisis del contrato*, ob. cit., y, RIPERT, Georges, *El régimen democrático y el Derecho Civil moderno*. Puebla-México, Editorial José M. Cajica Jr., 1951.

⁴² Véase DE BUEN LOZANO, Néstor, *La decadencia del contrato*. México, Editorial Porrúa, 1986.

⁴³ Véase GILMORE, Grant, *The death of contract*. Columbus, Ohio State University Press, 1974.

⁴⁴ Este autor prefiere utilizar la denominación de «autonomía privada» en lugar de «autonomía de la voluntad». En razón de que «[...] la autonomía debía recaer en el elemento que daba lugar a la existencia del acto jurídico, que no era necesariamente la voluntad sino el poderío privado de crear (regular, modificar o extinguir) relaciones jurídicas, cualquiera que fuera el criterio que hiciera efectivo ese poderío. Por ello, se consideró más apropiada la expresión de “autonomía privada”» (cfr. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, *El contrato en general*, ob. cit., tomo I, pp. 260-261). En la doctrina italiana, FERRI es de igual parecer (consúltese FERRI Luigi, «La autonomía privada». Madrid, *Revista de Derecho Privado*, 1969, p. 5).

⁴⁵ La *teoría individualista* «sostiene que los derechos subjetivos no derivan de un derecho objetivo primordial sino de la esencia misma del hombre, por lo cual éste es totalmente autónomo para regular sus intereses, que es lo que justifica la autonomía privada» (Cfr. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, *El contrato en general*, ob. cit., tomo I, p. 265).

sólo estaría en crisis o decadencia sino en una agonía, pronta a morir. En cambio, si nos adherimos a la tesis normativista⁴⁶, la situación es radicalmente distinta, ya que el rol del contrato no ha cambiado pues continúa siendo la fuente de relaciones jurídicas patrimoniales.

En relación a la intervención del Estado en la autonomía privada, el citado autor (adherido a la posición normativista) sostiene que «la esencia del contrato (su efecto obligatorio) no ha variado. Lo que ha cambiado es el marco dentro del cual el contrato produce su efecto. Ya no es el marco ancho del siglo XIX, lleno de libertad y de confianza en la aptitud del hombre para crear relaciones necesariamente justas, sino el estrecho del siglo XX, que constató la realidad de la desigualdad económica de los contratantes y la importancia determinante de los principios socioeconómicos»⁴⁷. Por ello, creemos que *la crisis del contrato debe entenderse como una mutación importante en su desarrollo*.

Al respecto, debemos aclarar que la intervención del Estado en la contratación privada no es única; por el contrario, es cambiante, variada. Cuando el legislador del siglo XIX estructuró la teoría general del contrato, lo hizo en función de una ideología imperante: la concepción liberal e individualista. El Estado, investido del *ius imperium* y teniendo la potestad de regular todas las relaciones de los particulares consideró más apropiado y conveniente –en esos tiempos– delegar a los particulares esta potestad para que libremente contraten dentro de los límites que creyó necesarios. Así, podemos constatar que los únicos límites que el Estado consideró necesarios imponer a la autonomía privada fueron el respeto de las normas imperativas, a los principios de orden público y a las buenas costumbres.

Sin embargo, las sociedades van siendo cada vez más complejas, al extremo de llegar a un abuso de la autonomía privada de unos contratantes sobre otros, así como el debilitamiento de la concepción liberal e individualista cedió el paso a una corriente de contenido más social y humano. En este contexto, el Estado, titular de la potestad de regular las relaciones de los particulares, decidió intervenir para lograr la igualdad jurídica entre los contratantes y

⁴⁶ La *teoría normativista* sanciona que «la autonomía privada le es concedida a la persona por expresa delegación del ordenamiento jurídico, el cual, para no entorpecer el tráfico económico-jurídico, confía a los particulares la autorregulación de sus intereses, dentro de los cauces que le señala dicho ordenamiento» (cfr. DE LA PUENTE Y LVALLE, Manuel, *El contrato en general*, ob. cit., tomo I, p. 265).

⁴⁷ Cfr. DE LA PUENTE Y LVALLE, Manuel, *El contrato en general*, ob. cit., tomo I, p. 309.

proteger a la parte más débil, con lo cual no hizo otra cosa que reducir y limitar la autonomía privada⁴⁸.

Esta intervención del Estado en la autonomía privada se incorporó en el artículo 1355 del Código Civil de 1984. Sin embargo, con la promulgación de la Constitución Política de 1993 se amplió nuevamente la base de autonomía privada con la finalidad de garantizar la seguridad jurídica contractual.

Entonces, como se han presentado –y están– las cosas, no consideramos que la intervención del Estado genere una crisis o decadencia del contrato. En efecto, dependerá mucho la voluntad política –por no decir todas las veces– del Estado para decidir si interviene o no en las relaciones de los particulares. En este sentido, la teoría clásica del contrato puede pasar por momentos de estabilidad y hegemonía y luego por situaciones de crisis y viceversa, y así sucesivamente, entendiendo todo este proceso como una evolución y desarrollo del contrato.

Para nosotros, la situación denominada como crisis del contrato no se encuentra *fundamentalmente* en la intervención del Estado a través del dirigismo contractual, sino en la aparición de un nuevo *sistema de contratación: la contratación masiva*.

3. LA CONTRATACIÓN MASIVA Y LA CRISIS DEL CONTRATO

Hemos querido tratar el tema de la crisis del contrato como resultado del surgimiento de la contratación masiva en un punto aparte, debido a que en ello consiste el objetivo de nuestro análisis.

Al iniciar el presente trabajo mencionábamos que la producción masiva de los bienes y servicios, la fabricación de miles de artículos en serie, acompañada de una adquisición y consumo también masivos, han generado lo que se conoce como *tráfico en masa*. También hemos visto cómo es que la vinculación jurídica de productores y adquirentes no puede realizarse dentro del esquema clásico o tradicional del contrato paritario; por el contrario, es necesario un nuevo sistema de contratación. Surge así la contrata-

⁴⁸ Un ejemplo del *ius imperium* del Estado puede encontrarse en la admisión de los Contratos en Favor de Tercero, donde los efectos de los contratos no sólo afectan a las partes contratantes, sino que pueden beneficiar y aun perjudicar a terceros. El aforismo romano *res inter alios acta alios nocere neque prodesse potest* (los contratos no pueden beneficiar ni perjudicar a terceros) es derogado por la ley. (Véase DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, *Estudios sobre el contrato privado*, ob. cit., pp. 197 ss.). Del autor puede consultarse su trabajo intitulado: *¿Pueden los contratos favorecer o beneficiar a terceros?*, en *Scribas. Revista de Derecho*, Instituto de Investigación Jurídico-Notarial INDEJ, Arequipa, 1996, año I, núm. 2, pp. 43-50.

ción masiva como una respuesta ante las exigencias de la sociedad de intercambiar los bienes y servicios.

3.1 La contratación masiva como factor de cambio

Anteriormente señalábamos que la contratación masiva es una de las causas fundamentales de la crisis del contrato. Ahora expon-dremos las razones de nuestra afirmación.

La teoría clásica del contrato, contemplada en todas las codifi-caciones civiles de la tradición jurídica romano-germánica, es el resultado de lo que podemos llamar el «contrato por negociación», producto de un serie de tratativas, de tratos preliminares, de con-versaciones, todas las que finalmente se traducen en una declara-ción conjunta, en ese acuerdo de voluntades que regula nuestro Código Civil en el artículo 1351. Por lo tanto, este acuerdo de voluntades es obligatorio y vinculante para cada una de las partes del contrato. Empero, para Díez-Picazo⁴⁹ está claramente eviden-ciado, ante los ojos del operador del Derecho, que esta noción de contrato es una idea idflica y tradicional que calza muy mal con la contratación masiva. En esta perspectiva, Atilio Aníbal Alterini manifiesta que esa visión no coincide con la realidad actual⁵⁰.

Hoy en día resulta imposible que la empresa moderna, para intercambiar sus bienes y productos, negocie con cada uno de los potenciales clientes y consumidores el contenido de cada contrato a concertarse. No cabe la menor duda que los empresarios (produc-tores) buscan reducir los costos de transacción evitando celebrar contratos con cada uno de los contratantes, pues criterios mínimos de racionalización y de organización empresarial explicarían la necesidad imperiosa de una contratación masiva o en masa.

Debemos aclarar que la reducción de costos de transacción no implica la «no utilización» del contrato, lo que se busca es que la cele-bración de un contrato (ejemplo: la compraventa de un televisor) sea a un costo mínimo que no encarezca el precio del producto a tal extremo de no contratar o realizar la contratación en forma ineficiente.

Por último, el esquema de la contratación masiva y la standari-zación de la materia contractual rompen con el paradigma del con-trato que elaboró la doctrina tradicional. De esta manera, el presu-puesto de la igualdad de los contratantes se convierte en una

⁴⁹ Véase DÍEZ-PICAZO, Luis, «Masificación y contrato», en *Daños*. Primer Congreso Internacional de Daños en Homenaje al Dr. Jorge Mosset Iturraspe. Buenos Aires, Edicio-nes Depalma, s. f., p. 10.

⁵⁰ Cfr. ALTERINI, Atilio Aníbal, *Contratos. Civiles-comerciales-de consumo. Teoría General*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, p. 125.

quimera. El contrato ya no es obra de la negociación de una o más partes. Una parte elabora íntegra o parcialmente el contenido del contrato y la otra únicamente se encuentra en la situación de aceptarlo o rechazarlo.

Se ha establecido que la Teoría Tradicional o Clásica del Contrato reposa en los presupuestos o pilares fundamentales de la *autonomía de la voluntad, la igualdad de las partes, la fuerza obligatoria, la buena fe y el efecto relativo*, pero, sabemos que ahora estos pilares no se encuentran indemnes, día a día han venido resquebrajándose, progresivamente, como consecuencia primero del surgimiento y luego del auge de la contratación masiva.

3.2 La autonomía privada ⁵¹ en la contratación masiva

La «autonomía privada» es la facultad concedida a los particulares para regular, dentro del marco que el ordenamiento jurídico establece, sus propios intereses y crear, regular, modificar o extinguir libremente relaciones jurídicas patrimoniales entre sí ⁵². No obstante, la autonomía privada debe ser entendida como un presupuesto, un pilar o un principio que puede ser cuestionado y aun modificado, más no un dogma ⁵³ intocable ⁵⁴.

El concepto de la autonomía privada se encuentra presente en todos los contratos privados a través del «poder, facultad o voluntad para crear relaciones jurídicas» y la «libertad para determinar el contenido de lo que se quiere crear». Así, podemos notar que la libertad se encuentra intrínsecamente unida a la autonomía privada, por lo que ésta importa dos clases de libertades: *la libertad de contratar y la libertad contractual*. Sin embargo, ellas constituyen derechos y no obligaciones y, como tales, depende de las personas si las ejercen o no. Tampoco son requisitos que se deben observar al momento de contratar.

⁵¹ Preferimos utilizar el término de autonomía privada, por ser más apropiada en el campo del derecho contractual.

⁵² Sobre el tema puede consultarse SPOTA, Alberto G., *Instituciones de Derecho Civil. Contratos*. Buenos Aires, Depalma, 1975, vol. I, p. 20; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, *El contrato en general*, ob. cit., tomo I, pp. 259 ss.; ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, y SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel, *Curso de Derecho Civil*. Santiago de Chile. Editorial Nascimento, 1942, tomo IV, p. 27.

⁵³ Un *dogma*, según el *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española* es una «[...] Proposición que se asienta por firme y cierta y como principio innegable de una ciencia. [...] Verdad revelada por Dios, y declarada y propuesta por la Iglesia para nuestra creencia. [...] Fundamentos o puntos capitales de todo sistema, ciencia, doctrina o religión» (cfr. *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*. Vigésima primera edición. Madrid, «Editorial Espasa-Calpe, S. A.», p. 545).

⁵⁴ Recomendamos el trabajo de los profesores Atilio Aníbal ALTERINI y Roberto LÓPEZ CABANA. intitulado *La autonomía de la voluntad en el contrato moderno*, ob. cit.

La *libertad de contratar*⁵⁵ es el derecho o facultad que el ordenamiento jurídico reconoce a los particulares para que puedan contratar o no⁵⁶.

En cambio, la *libertad contractual*⁵⁷ es la potestad que permite a las partes determinar libremente la forma (siempre que no sea *ad solemnitatem* y bajo sanción de nulidad del contrato) y el contenido del contrato; es decir, la configuración y la normatividad de la relación jurídica contractual que están creando⁵⁸.

Pero, ¿cuál es la relación entre la autonomía privada y la contratación masiva?

Si aceptamos que todo contrato se basa en la autonomía privada de las partes y ésta a su vez importa la libertad de contratar y la libertad contractual, no dudamos que en la estructura del contrato clásico o tradicional ambas libertades se encuentran presentes en toda su esencia. Sin embargo, en el campo de la contratación masiva estas libertades se encuentran reducidas a su mínima expresión, o incluso anuladas.

En el nuevo sistema de contratación en masa la libertad de contratar no se puede ejercer. Esto ocurre en los contratos de servicios de energía, abastecimiento de agua potable, servicio telefónico convencional; es decir, en los casos concretos de los contratos por adhesión, esta libertad de decidir si contrato y con quién contrato *no existe*.

En nuestro medio, el servicio de telefonía convencional se encuentra administrado por una sola empresa, así todos los que deseen contar con este servicio deben necesariamente contratar con Telefónica del Perú. En efecto, las personas que no deseen el servicio telefónico no contrataran con esta empresa. Para algunos estudiosos del Derecho como el profesor De la Puente⁵⁹, en estos

⁵⁵ Conocida también como *libertad de conclusión*.

⁵⁶ Nuestra Constitución otorga a esta libertad la categoría de «Derecho fundamental de la persona», consagrándolo así en su artículo 2, inciso 14) que expresa:

«Artículo 2.— Toda persona tiene derecho:

[...]

14. A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público.

[...].»

SPOTA es más claro cuando afirma que la libertad de contratar sanciona que «se contrata porque se quiere y se contrata con tal persona porque así se desea» (ver SPOTA, Alberto G., *ob. cit.*, vol. I, p. 22).

⁵⁷ También denominada por la doctrina como *libertad de configuración interna*.

⁵⁸ Nuestro Código Civil de 1984 la ha consagrado en el artículo 1354.

«Artículo 1354.— Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo.»

Igualmente esta libertad se encuentra proclamada y garantizada por la Constitución Política de 1993 en su artículo 62.

⁵⁹ Véase DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, *El contrato en general*, *ob. cit.*, tomo III, pp. 27 ss.

casos se trata de contratos necesarios por adhesión; es decir, que su celebración es inevitable en razón de que determinados bienes y servicios se encuentran provistos por empresas monopólicas y el contratante no tiene otra alternativa. Recordemos que para este autor los contratos por adhesión no cumplen la finalidad de la contratación masiva aunque observen algunas características de la contratación en masa.

Compartimos la posición de De la Puente, en tanto existen determinados bienes y servicios que son provistos por un grupo de empresas en forma monopólica y aun oligopólica, y que quienes deseen adquirir los bienes y servicios por ellas ofrecidas no tienen más opción que contratar, pues de lo contrario tendrían que privarse de tales bienes o servicios. En este orden de ideas, nos preguntamos si existe en este ambiente contractual la libertad de contratar. Creemos que una auténtica libertad de contratar no existe. Su alcance se encuentra dramáticamente reducido.

Por otra parte, consideramos que los contratos por adhesión constituyen una modalidad de la contratación masiva, en tanto permiten agilizar el tráfico masivo de bienes y servicios, buscan el acceso de todas las personas en el intercambio masivo y contribuyen a la reducción de los costos de transacción en la contratación. En suma, cumplen con todas las finalidades y funciones del nuevo sistema de contratación.

Con relación a la libertad contractual o de configuración interna, la realidad es mucho más evidente. Cuando contratamos masivamente, la etapa de la negociación o de las tratativas, que es donde se exterioriza la libertad contractual para determinar la forma y contenido del contrato, es prácticamente inexistente. Hoy en día, productores y adquirentes ya no negocian el contenido de un contrato, así, por ejemplo, en el contrato de transporte interprovincial celebrado mediante contratos en base a cláusulas generales de contratación, los usuarios no cuestionan la tarifa del servicio ni la ruta de la unidad de transporte, a lo mucho indicarán su nombre y la clase en que desean viajar (primera, segunda) a los empleados de la empresa de transporte. A su vez, ciertamente, el transportista no se sentará en una mesa a negociar la ruta, el precio, la responsabilidad que asumirá en caso de un daño, y otros temas materia del contrato. Todo ello en razón de que si lo quisieran hacer de esta forma, el contrato de transporte sería ineficiente o, peor aún, no se celebraría debido a los altos costos de transacción y al tiempo que perderían ambas partes para lograr ponerse de acuerdo. La contratación masiva resulta así, inevitable. ¿Dónde esta la libertad contractual del usuario? Simplemente se encuentra reducida a su míni-

ma expresión: su nombre, la ruta y la clase en que desea viajar. El resto del contrato se encuentra predeterminado por el otro contratante. En este caso el empresario o productor utiliza formatos, *tickets* o plantillas con la finalidad de celebrar tantos contratos como bienes y servicios tiene o desea intercambiar en el mercado. En este supuesto, es una de las partes la que ha elaborado el contrato y se limita a dejar unos espacios en blanco para completar los datos del otro contratante adherente. ¿De qué libertad contractual podemos hablar? Honestamente, de ninguna. En estos casos la libertad contractual existente es mínima.

En suma, podemos afirmar que en los contratos celebrados en base a cláusulas generales de contratación la libertad contractual es mínima, y que en los contratos por adhesión y los contratos de hecho no existe.

Esto no es un capricho de la sociedad, es una realidad. Las personas no pueden darse el lujo de estar negociando cada uno de los contratos que diariamente realizan. La contratación masiva es el vehículo que logra que las personas puedan intercambiar los bienes y servicios de una manera eficiente.

Como puede observarse, la autonomía privada basada en estas dos libertades adolece de profundas grietas. Esta estructura fue pensada y diseñada para una contratación paritaria en la que hay tratativas, negociaciones; en fin, están presentes tanto la libertad de contratar como la libertad contractual. En cambio, para la contratación masiva esta estructura es inapropiada, no funciona.

3.3 La igualdad de las partes en la contratación masiva

La igualdad de las partes contratantes es otro de los presupuestos sobre los que se edificó la teoría tradicional del contrato del siglo pasado. ¿Podemos hoy hablar de una igualdad en la contratación? Antes de responder, es conveniente hacer algunas precisiones.

Las razones esgrimidas sobre la crisis de la autonomía privada también son válidas para este tema. En la contratación masiva las partes no se encuentran en un grado de igualdad, como en el caso de los contratos paritarios. Ahora bien, cuando nos referimos a *igualdad*, aludimos a una de carácter eminentemente jurídico, pues todas las personas de una sociedad son distintas, existiendo diferencias no sólo raciales, políticas y religiosas, sino también económicas, culturales, entre otras.

Para algunos autores, la desigualdad económica, debido a la polarización empresa-consumidor, ha hecho que las primeras abusen de los segundos, desde que los empresarios pueden diseñar el contrato y con ello incorporar cláusulas abusivas o leoninas en perjuicio de los consumidores. Por todo esto, hoy más que nunca la dogmática jurídica se refiere al «débil jurídico» a la «parte débil en la contratación». Pero veamos qué se entiende por «parte débil».

3.3.1 *La parte débil en los contratos*

La idea de la «parte débil» en la relación contractual, denominada también como el «débil jurídico», es un axioma que se viene arrastrando desde el Derecho romano. Así, en el Digesto, Labeón y Paulo sostienen que cualquier oscuridad o ambigüedad de los pactos en el contrato de compraventa debían interpretarse en contra del vendedor⁶⁰. De este axioma, convertido en todo un principio general del Derecho y que ha influenciado en la doctrina y legislación de los países de tradición jurídica romano-germánica, han surgido dos subprincipios: el *interpretatio contra stipulatorem*⁶¹ y el *favor debitoris*⁶².

En la doctrina peruana, los profesores Max Arias-Schreiber y Elvira Martínez sostienen que en la contratación masiva no existe paridad entre los contratantes, y uno de ellos ostenta todas las ventajas de su posición; por ende, su regulación en el Código Civil peruano debe estar orientada a reducir la brecha existente entre la parte fuerte y la parte débil de la relación contractual.

Manuel de la Puente, de parecer distinto a los autores anteriores en cuanto a la finalidad de la contratación masiva⁶³, define a la

⁶⁰ Labeón, en el D. 18,1,21 escribe que «[...] ante la oscuridad de una pacto antes que al comprador, debe perjudicar al vendedor, que lo ha expresado, pues pudo haberlo expresado con claridad desde el primer momento», y Paulo, en el D. 50,17,172, afirma que: «En la compraventa, el pacto ambiguo debe interpretarse en contra del vendedor».

⁶¹ El principio «interpretatio contra stipulatorem» sentencia que «[...] cuando en las estipulaciones se duda qué es lo que se haya hecho, las palabras han de ser interpretadas en contra del estipulante» (ver: DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, *El contrato en general*, ob. cit., tomo III, p. 252).

⁶² Por el principio «favor debitoris» se entiende que cuando la cláusula o convención sea ambigua o dudosa, entonces deberá interpretarse en favor del deudor o quien haya contraído la obligación. En suma, esta regla «[...] tiene como eje la idea de ayudar a la parte más débil, que se supone sea el deudor, apoyándose en un criterio de benignidad» y aplicándola, la interpretación de las cláusulas dudosas en los contratos en base a CGC deben favorecer al deudor o débil jurídico que no ha elaborado las CGC (ver DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, *El contrato en general*, ob. cit., tomo III, p. 254).

⁶³ Véase el capítulo referente a la finalidad de las CGC.

parte débil como aquella «[...] que se encuentra en un estado de necesidad que la lleva imperiosamente a satisfacer tal necesidad mediante la celebración del contrato»⁶⁴. Sin embargo, para el profesor De la Puente no existe parte débil en la contratación masiva, pues jurídicamente ambas son iguales.

En lo referente a las normas sobre las cláusulas generales de contratación del Código Civil peruano de 1984, los artículos 1398, 1399 y 1401 recogen estos principios y son los que han llevado a los profesores anteriores a sostener lo ya mencionado, con las diferencias del caso⁶⁵.

Para los profesores argentinos Stiglitz «[...] la intensificación de la función social del contrato generó en el Estado la necesidad de proteger a la parte débil de la relación»⁶⁶. El profesor Borda⁶⁷, es de igual parecer, afirmando que el Derecho debe orientarse a proteger a la parte más débil del contrato.

Por su parte, Alfredo Bullard (aunque no lo menciona expresamente, podemos desprender esta noción de sus trabajos publicados) manifiesta que no existe una parte fuerte y otra débil en la contratación. Así, considera falso el problema de que es una parte –generalmente la fuerte– la que redacta y establece los términos del contrato. En cuanto al buen funcionamiento del mercado, señala que las empresas o proveedoras no fijan unilateralmente las condiciones a ofrecerse mediante cláusulas generales de contratación, sino que más bien recogen las mismas de la información que el mercado les brinda, sobre qué conjunto de términos contractuales deben incorporarse, ya que éstos son más demandados por los consumidores. Continúa este autor señalando que: «Ya no se trata de decidir qué es mejor para el consumidor. Se trata de poner al consumidor en una situación en la que éste puede decir qué es mejor para él. Sólo así lograremos que los derechos de los consumidores estén adecuadamente protegidos»⁶⁸.

⁶⁴ Cfr. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, *Las cláusulas generales de contratación y la protección al consumidor*, ob. cit., núm. 31, p.16.

⁶⁵ En una entrevista el profesor Eduardo Benavides expresa que la Parte General de los Contratos del Código Civil peruano tiende a proteger y tutelar al contratante débil, idea que no comparte («Los contratos en debate», en *Revista Derecho y Sociedad*, Lima, «Cultural Cuzco, S. A.», 1997, segunda etapa, año VIII, núm. 12, pp. 157 a 158).

⁶⁶ Cfr. STIGLITZ, Rubén S. y STIGLITZ, Gabriel A., *Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor*. Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1985, p. 46.

⁶⁷ Ver. BORDA, Guillermo A., *Manual de contratos*, ob. cit., pp. 58 y 59. Del mismo autor, *Tratado de Derecho civil. Parte General II*, ob. cit., pp. 140 y 141.

⁶⁸ Cfr. BULLARD G., Alfredo, *¡Firme primero, lea después! La contratación masiva y la defensa del consumidor*, ob. cit., pp. 15 a 51.

El profesor Atilio Aníbal Alterini⁶⁹, en su reciente libro intitulado *Contratos. Civiles-comerciales-de consumo. Teoría general*, sostiene que «[...] un componente de la teoría del contrato es la relevancia que se le asigna a la debilidad jurídica que, en servicio del principio jurídico de igualdad, determina soluciones especiales de favor *debilis*. En ese ámbito se aplica un régimen tuitivo, estableciendo preferentemente en favor de la parte tenida por débil, a cuyo fin la ley fija un mínimo o un máximo de protección, que puede ser dejado de lado siempre que sea a favor de la parte protegida». Según el maestro Alterini, la debilidad debe entenderse diversamente, ya que puede ser débil tanto el deudor como el acreedor, en ese caso la protección debe dirigirse hacia el débil no importando la situación jurídica que tenga en la relación contractual, por lo cual afirma que esta parte débil protegida pasa a ser «dueña del contrato».

Nosotros consideramos que la existencia de una parte débil en la negociación contractual se ha venido fundamentando teniendo en cuenta una base subjetiva de la situación de cada contratante. En el caso de la contratación masiva, se parte de la idea de la preformulación de los contratos por una de las partes –productores o empresarios– que normalmente ostentan un poder económico y de información superior al de los clientes y consumidores, los que frente al poderío económico de aquéllos no tienen posibilidad de contratar en situaciones iguales, por lo que para el Derecho éstos son unos «débiles jurídicos», una suerte de minusválidos y el Estado tiene que protegerlos y defenderlos de los abusos del monstruo fuerte, el predisponente de los contratos. Nos preguntamos si, a la luz de la realidad, es cierto esto. A nuestro entender, hay más tradición histórico-romana que reflejo de la realidad.

El rol del Derecho debe tender a que exista una igualdad jurídica. Empero, si existe una desigualdad, entonces debe preocuparse por igualar a los sujetos de la relación contractual para que no sólo sean iguales ante la ley sino que además su situación jurídica y los efectos derivados de los contratos que concerten sean equilibrados. En este caso, la base sobre la cual debe determinarse si existe una parte débil en la contratación debe ser eminentemente objetiva y no subjetiva.

Regresando a nuestro tema, no es cierto que exista una igualdad jurídica de los contratantes, en tanto es una de ellas la que elabora íntegra o parcialmente el contenido del contrato, pero también es cierto que es la otra parte la que decide libremente si contrata o no y con estas condiciones.

⁶⁹ Cfr. ALTERINI, Atilio Aníbal, ob. cit., p. 38.

3.4 La fuerza obligatoria en los contratos masivos

El principio de la fuerza obligatoria⁷⁰ en los contratos es aquel que obliga a las partes a su cumplimiento por mandato de la ley.

Según De la Puente: «Los contratos establecen entre las partes un vínculo, que determina el cumplimiento de la relación jurídica que constituye su objeto. La obligatoriedad del contrato es, pues, la fuerza que obliga a tal cumplimiento. No se trata propiamente, pues, de la obligatoriedad del contrato sino de la obligatoriedad de la relación jurídica creada por él»⁷¹.

Para este autor la obligatoriedad se presenta en dos planos: la obligatoriedad del contrato y la obligatoriedad de la relación jurídica creada por el contrato⁷². En tal sentido, la fuerza obligatoria se desarrolla una vez que el contrato se ha celebrado. De allí que la fuerza obligatoria se refiera a la relación jurídica creada por el acuerdo de voluntades de las partes, la cual tiene que ser cumplida conforme al tenor de la declaración contenida en el contrato.

En esta línea de pensamiento, uno se obliga porque concertó un contrato que a su vez creó una relación jurídica que obliga a los contratantes a ejecutar las prestaciones contenidas en el contrato.

Entendida así la obligatoriedad, no se admitiría una crisis del contrato por el debilitamiento de su fuerza obligatoria, como lo sostienen Jossierand⁷³, Ripert⁷⁴ y Risolía⁷⁵. Ya hemos analizado la intervención del Estado en la contratación privada y hemos establecido que ella no es la causa de la crisis del contrato, en tal sentido tampoco lo sería en este aspecto⁷⁶.

La relación jurídica creada por los contratos masivos también acarrea la obligatoriedad entre las partes. Sin embargo, en estos últimos años se ha venido difundiendo en nuestro medio, desde la

⁷⁰ Este presupuesto de la teoría general del contrato se encuentra contemplado en el artículo 1361, que señala:

«Artículo 1361.—Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos. Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla.»

⁷¹ Cfr. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, *El contrato en general*, ob. cit., tomo I, p. 419.

⁷² Cfr. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, *El contrato en general*, ob. cit., tomo I, pp. 420-421.

⁷³ Cfr. JOSSIERAND, Louis, *Derecho Civil*. Buenos Aires, Bosch y Cía Editores, 1950, tomo II, vol. I, p. 281.

⁷⁴ Cfr. RIPERT, Georges, *El régimen democrático y el Derecho Civil Moderno*, ob. cit., p. 251.

⁷⁵ Cfr. RISOLÍA, Marco Aurelio, ob. cit., pp. 131 ss.

⁷⁶ Sobre el tema recomendamos el trabajo del profesor Manuel de la Puente, *El contrato en general*, ob. cit., tomo I, p. 421.

perspectiva del Análisis Económico del Derecho, la denominada «teoría del incumplimiento eficiente». Veamos en qué consiste.

3.4.1 *La teoría del incumplimiento eficiente*

La teoría del Análisis Económico del Derecho ha sido difundida en el Perú por el profesor Alfredo Bullard⁷⁷. Sobre el cumplimiento de los contratos, Bullard sostiene que la cuestión radica en las soluciones que el sistema jurídico debe brindar al problema del incumplimiento contractual, pero desde una metodología distinta: el análisis económico. En esta perspectiva, el contrato «es eficiente cuando como consecuencia de éste los bienes y/o servicios involucrados quedan asignados a usos más valiosos a los que tenían antes que el intercambio operara»⁷⁸.

Sin embargo, no siempre el estricto cumplimiento del contrato nos puede llevar a una situación eficiente, ya que, según Bullard, puede ocurrir que «entre el momento de celebración del contrato y el momento de su ejecución se han presentado cambios de circunstancias que hacen que lo que parecía eficiente en un primer momento se torne en menos eficiente. En otras palabras, el cambio de circunstancias puede llevarnos a que incumplir pueda ser más eficiente que cumplir. [...] De hecho existen varias instituciones que pueden estar vinculadas al cambio de circunstancias entre la celebración del contrato y su ejecución y que podrían encontrar como un justificativo el evitar resultados ineficientes. Tal podría ser el caso de la imposibilidad, la frustración del fin del contrato o la excesiva onerosidad de la prestación»⁷⁹. Pero aclara que no se refiere a estos supuestos, sino al tipo de incumplimiento que tiene por finalidad permitir una mejor asignación de recursos, es decir, al incumplimiento eficiente.

Los profesores Cooter y Ulen señalan que «el rompimiento del contrato es más eficiente que el cumplimiento del mismo cuando el costo de su cumplimiento excede los beneficios para todas las partes involucradas»⁸⁰. Las razones para este incumplimiento se

⁷⁷ Puede encontrarse todo el desarrollo de su teoría en su artículo intitulado «¿Cuándo es bueno incumplir un contrato? La teoría de incumplimiento eficiente: ejecución forzada vs. Pago de daños», en *Estudios de Análisis Económico del Derecho*, ob. cit., pp. 165-206.

⁷⁸ Cfr. BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo, «¿Cuándo es bueno incumplir un contrato? La teoría de incumplimiento eficiente: ejecución forzada vs. Pago de daños», ob. cit., p. 169.

⁷⁹ *Ibid.*, pp. 170-171.

⁸⁰ COOTER, Robert, y ULEN, Thomas, *Law and Economics*. Harper Collins Publishers, 1988, p. 290, citados por Alfredo BULLARD GONZÁLEZ, en «¿Cuándo es bueno incumplir un contrato? La teoría de incumplimiento eficiente: ejecución forzada vs. Pago de daños», ob. cit., p. 171.

deben a una contingencia que hace que los recursos necesarios para ejecutar el contrato sean más valiosos en otro uso alternativo. Estas contingencias pueden ser de dos tipos: que ocurra un golpe de suerte que haga que el incumplimiento genere más beneficios que el cumplimiento; o que se produzca un desafortunado accidente que imponga un mayor costo al cumplimiento que al incumplimiento. Por ejemplo, una mejor oferta.

En cuanto a la contingencia que ocasiona el incumplimiento, Scott y Douglas sostienen que: «Una vez que la inesperada contingencia se materializa, el deudor enfrenta una desagradable disyuntiva: él puede incurrir en la pérdida atribuible al cumplimiento de su obligación, que ahora cuesta más de lo que vale, o puede romper el contrato y aceptar el costo de cualquier sanción que corresponda. En resumen, la opción es o «cumplir y perder» o «incumplir y pagar». Podemos presumir que el deudor elegirá lo más barato»⁸¹. En este punto, Bullard señala que el incumplimiento debe ser razonable, en tanto debe operar en los casos donde el cumplimiento lleve a un resultado menos óptimo, ya que en términos de óptimo de Pareto⁸², la resolución del contrato es superior al cumplimiento del mismo, teniendo en cuenta que el incumplimiento favorece por lo menos a alguien, y no perjudica a nadie⁸³.

¿Qué tiene que ver el incumplimiento eficiente con la crisis del contrato y la fuerza obligatoria?

La relación es estrecha. Si los contratos son obligatorios y obligatorias las relaciones jurídicas creadas por el contrato, cómo se fundamenta el incumplimiento eficiente al expresar que se deben incumplir los contratos cuando sea más beneficio incumplirlos que cumplirlos. ¿Dónde queda la obligatoriedad? Ésta se relativiza al extremo, creando una incertidumbre en las relaciones jurídicas, ya que todo contratante se preguntará si una contingencia futura hará que su contraparte incumpla. No tendríamos una seguridad en nuestros contratos. Y la buena fe, la lesión, el abuso del derecho, ¿cómo quedan?

⁸¹ SCOTT, Robert E. y DOUGLAS, L. Leslie, *Contract, Law and Theory*. The Michie Company. p. 90, citados por Alfredo BULLARD GONZÁLEZ, en «¿Cuándo es bueno incumplir un contrato? La teoría de incumplimiento eficiente: ejecución forzada vs. Pago de daños», ob. cit., pp. 171-172.

⁸² El óptimo de Pareto se refiere al grado máximo de eficiencia. El Criterio de Pareto es uno de los presupuestos del Análisis Económico del Derecho que establece «[...] que un movimiento de una situación a otra constituye una mejora del bienestar social si no se reduce el bienestar individual y si al menos mejora la situación de un individuo». En este sentido, se llegará a un óptimo de Pareto «[...] cuando el bienestar de un individuo no puede aumentar sin disminuir el bienestar de otros miembros de la sociedad». El nombre de óptimo de Pareto se debe a su mentor, el italiano Vilfredo Pareto. (Cfr. TORRES LÓPEZ, Juan. *Análisis Económico del Derecho. Panorama Doctrinal*. Madrid, «Editorial Tecnos, S. A.», 1987, pp. 32-33.

⁸³ Cfr. BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo, «¿Cuándo es bueno incumplir un contrato? La teoría de incumplimiento eficiente: ejecución forzada vs. Pago de daños», ob. cit., p. 172.

Aunque no compartimos la posición del profesor Bullard, no hay duda que desde esta perspectiva la *fuerza obligatoria en los contratos* se relativiza y como tal contribuye a la crisis del contrato.

3.5 El principio de la buena fe y la contratación masiva

El principio de la buena fe se encuentra recogida en los artículos 168 y 1362 del Código Civil peruano, que establecen que «el acto jurídico deberá interpretarse de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el *principio de la buena fe*» y los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las *reglas de la buena fe* y común intención de las partes.

Para el profesor Guillermo A. Borda «el principio de la buena fe significa que el hombre cree y confía que una declaración de voluntad surtirá en un caso concreto sus efectos usuales, los mismos efectos que ordinaria y normalmente ha producido en casos iguales [... Así un ...] Juez puesto a dirimir una controversia, debe preguntarse qué significado hubiera atribuido a la declaración una persona honorable y correcta»⁸⁴.

Existe consenso en la doctrina respecto a que la buena fe es un elemento de la vida de relación humana que se ha incorporado al Derecho, pero que éste no lo ha recibido tal como es, sino que le ha dado precisiones técnico-jurídicas, lo cual ha determinado que se convierta en un concepto jurídico.

En otras palabras, la buena fe no es una creación del legislador, que ha preestablecido su contenido, sino la adaptación de un principio inherente a la conducta de los hombres en la esfera más amplia de todas sus relaciones, pero que ha sido preciso regular para que sea susceptible de tener efectos jurídicos, convirtiéndola así en una buena fe civil.

En este sentido, Georges Ripert, en su afán de encontrar en la regla moral el fundamento de la conducta humana, ha expresado que «la buena fe es uno de los medios utilizados por el legislador y los Tribunales para hacer penetrar la regla moral en el derecho positivo»⁸⁵.

En tal virtud, la buena fe se presenta como una noción única. Pero penetrando en la técnica jurídica, la buena fe pierde su unidad. Combinada con las reglas técnicas, que influyen en un sentido o en el otro, la buena fe sólo puede ser definida en función del

⁸⁴ Cfr. BORDA, Guillermo A., *Manual de Contratos*, decimoseptima edición actualizada. Buenos Aires, Editorial Perrot, 1995, p. 54.

⁸⁵ Citado por DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, *El contrato en general*, ob. cit., tomo II, p. 24.

mecanismo jurídico al cual se integra. En este sentido, no existe una definición precisa de la buena fe.

Si la buena fe es un elemento de la vida humana que se ha incorporado al Derecho, quizá el mejor camino no es tratar de encontrar la noción de buena fe a través de las definiciones de ese elemento de la vida humana, sino a través de la manera cómo se ha incorporado al Derecho, que es algo positivo, tangible.

En ese sentido, la mayoría de la doctrina considera que la buena fe se ha plasmado legislativamente en dos sentidos: uno *subjetivo*, y otro *objetivo*. En sentido *subjetivo* la buena fe se refiere a la intención con que obran las personas o la creencia con que lo hacen, por lo cual se le llama «buena fe-creencia». En cambio, la buena fe en sentido *objetivo* actúa como regla de conducta, que orienta la actuación ideal del sujeto, lo que determina que se le denomine «buena fe-lealtad». Es un *standard jurídico*, o sea, un prototipo de conducta social media.

Según el profesor Alterini, la buena fe contractual «[...] es (o debería ser) la pauta ordinaria de conducta en la vida jurídica [...]»⁸⁶. Por lo tanto, las personas deben comportarse lealmente en toda la fase previa a la contratación, en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas creadas por el contrato, así como en la ejecución de las prestaciones.

En el campo de la contratación masiva con mayor injerencia, pues, debido a la preformulación de los contratos, resulta importante que los predisponentes obren de buena fe, la misma que no sólo debe presumirse sino que debe ser impuesta.

En este ambiente es importante la respuesta que al fenómeno de la contratación masiva ha enfrentado la doctrina y jurisprudencia argentinas, ya que viene solucionando todos los problemas relativos a este nuevo sistema de contratación mediante la aplicación del principio de la buena fe contenido en el artículo 1198 que fuera modificado en 1968 con la gran Reforma que impulsará el Dr. Guillermo A. Borda⁸⁷, y que a la letra dice: *Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión.*

En la actualidad, en la Comisión de Reforma del Código Civil Peruano se ha aprobado preliminarmente la modificación del títu-

⁸⁶ Cfr. ALTERINI, Atilio Aníbal, *Contratos...*, ob. cit., p. 33.

⁸⁷ Sobre la Reforma de 1968 al Código Civil argentino, entre otros trabajos se pueden consultar: BORDA, Guillermo A., *La Reforma de 1968 al Código Civil*. Buenos Aires, Editorial Perrot, 1971, y SOTO, Carlos A., *La influencia del Dr. Guillermo A. Borda en la Reforma de 1968 al Código Civil Argentino*, en *Scribas. Revista de Derecho*, Arequipa, Instituto de Investigación Jurídico-Notarial INDEJ, año II, núm. 4, pp. 25-36.

lo preliminar, donde se ha recogido en el artículo V expresamente el principio general de la buena fe. Este artículo establece que: *Los derechos se ejercen y los deberes se cumplen conforme a la buena fe.*

Finalmente, podemos afirmar que para nosotros la buena fe es un principio general que es mucho más que lo opuesto a la mala fe o al dolo. Es creadora de deberes⁸⁸.

4. EL DERECHO CONTRACTUAL EN UNA ECONOMÍA DE MERCADO

Los contratos en una economía de mercado son los instrumentos indispensables para que el intercambio de los recursos se produzca en forma eficiente logrando la maximización de los beneficios de las partes contratantes. Díez-Picazo considera preferible entender hoy en día como contrato «[...] a todo instrumento de relación económica entre las partes que es obra de su iniciativa privada, que tendencialmente debe aspirar a que sea obra de la voluntad libre y de sujetos en pie de igualdad; pero sólo tendencialmente se debe aspirar a ello»⁸⁹.

Juan Torres López expresa que «el derecho de contratos no es otro que la maximización total del valor conjunto del cambio a través de la reducción de los costos de transacción asociados a los intercambios de prestaciones no simultáneas, a las diversas contingencias que puedan aparecer a lo largo de la vida de la promesa y a la incompleta información de la que se dispone»⁹⁰.

En este sentido, expresa del profesor Alterini que es indudable que el Derecho y la economía son disciplinas que se correlacionan e interpenetran. Empero, este autor expresa que: «No parece discutible que la interrelación entre el Derecho y la economía debe privilegiar el perfil axiológico»⁹¹.

⁸⁸ Sobre el principio de la buena fe en nuestro Código Civil recomendamos los trabajos de los profesores: RUBIO CORREA, Marcial, *Prescripción, Caducidad y otros conceptos en el Código Civil*, Lima, Fundación Manuel J. Bustamante de la Fuente, 1987, pp. 233-300, y JIMÉNEZ VARGAS MACHUCA, Roxana, «Análisis sistemático del concepto de Buena Fe en el Código Civil de 1984», próximo a publicarse en la *Revista de Derecho «Advocatus»* de la Universidad de Lima. En Derecho Comparado son importantes los estudios de DE LOS MOZOS, José Luis, *El principio de la buena fe*, Barcelona, Bosch, «Casa Editorial, S. A.», 1965; WIEACKER, Franz, *El principio general de la buena fe*, Madrid, «Editorial Civitas, S. A.», 1982.

⁸⁹ Ver DÍEZ-PICAZO, Luis, *Masificación y contrato*, ob. cit., p. 11.

⁹⁰ Cfr. TORRES LÓPEZ, Juan, *Análisis Económico del Derecho*, ob. cit., pp. 59-60. Puede consultarse también POLINSKY, A. Michael, *Introducción al Análisis Económico del Derecho*, ob. cit., pp. 39-44.

⁹¹ Cfr. ALTERINI, Atilio Anfbal, *Contratos...*, ob. cit., p. 45.

Compartimos plenamente la posición del profesor Alterini, en tanto el Derecho Contractual debe estar diseñado por los legisladores de una forma tal que contemple soluciones que no sólo reduzcan los costos de transacción en la contratación, sino que además logren un mayor beneficio para las partes, permitan un intercambio eficiente y brinden seguridad jurídica a las relaciones de las personas.

5. LA CONTRATACIÓN MASIVA EN EL PROYECTO DEL CÓDIGO CIVIL ARGENTINO DE 1998

5.1 Situación actual de la contratación masiva en Argentina

Argentina es uno de los pocos países que cuenta con un Código Civil decimonónico, elaborado por don Dalmacio Vélez Sarsfield y vigente desde 1871. Sin embargo, este cuerpo legal ha sufrido modificaciones, pero sin duda la gran reforma fue la de 1968 impulsada por el Dr. Guillermo A. Borda, y que revitalizó el viejo Código Civil. Pese a que el fenómeno de la contratación masiva en ese entonces no era una fantasía sino una realidad, no se introdujo ningún artículo que respondiera directamente a este problema, solamente se modificó el artículo 1198, incorporando el principio de la buena fe.

Sobre el particular, el Dr. Guillermo Borda nos confesó que sin duda no se incorporaron varias instituciones que ya tenían vida propia porque el tiempo era el peor enemigo. Él sabía que la reforma debía realizarse mientras se encontraba ocupando el cargo de Ministro del Interior y que en cualquier momento podía ser removido. He ahí la razón de la no inclusión del nuevo fenómeno de la Contratación Masiva: el tiempo.

El Derecho positivo argentino no tiene una sola norma sobre este nuevo fenómeno contractual; no obstante, los operadores del Derecho vienen enfrentando y resolviendo el problema de la contratación en masa, aplicando la clásica Teoría General del Contrato, el Principio de la Buena Fe y las normas relativas a la Protección del Consumidor sobre cláusulas abusivas. Sobre el particular, el profesor Carlos Gustavo Vallespinos sostiene que para solucionar el problema de la contratación moderna «[...] es necesario vincular el artículo 1148 con lo dispuesto por el artículo 1152 del Código Civil [argentino ...], aunque, por cierto, el camino más adecuado sea el de la reforma legislativa [...]»⁹²; por su parte Ati-

⁹² Ver VALLESPINOS, Carlos Gustavo, *El contrato por adhesión a condiciones generales*. Buenos Aires, Editorial Universidad, 1984, p. 304.

lio A. Alterini señala que debe tenerse presente lo preceptuado por el artículo 1198 del Código Civil argentino que impone que los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosíblemente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión⁹³. Por ello, añade Alterini que: «En el Sistema argentino, [...] en tanto se pugna por llevar a un Código único civil y comercial la regulación de los contratos de contenido predispuesto o sujetos a condiciones generales, y la descalificación de las cláusulas abusivas, [...] el tratamiento específico ha sido incorporado por la ley del consumidor»⁹⁴.

En este sentido, para la doctrina argentina: «Los contratos con cláusulas predispuestas por el empresario, y las consiguientes plantillas de condiciones generales, resultaron ser “instrumentos adecuados para la economía de masa”» (Alterini⁹⁵ y Vallespinos⁹⁶). Los profesores Farina⁹⁷ y Rezzónico⁹⁸ sostienen que las modalidades contractuales de la contratación masiva han sido y siguen siendo los contratos por adhesión y hoy los contratos por adhesión a condiciones generales, denominando a todos ellos, en su conjunto, «contratos con cláusulas predispuestas».

Encontramos que la doctrina argentina considera que la contratación masiva es un nuevo fenómeno jurídico que necesita ser regulado y que la teoría clásica del contrato es insuficiente, por lo que se requiere de nuevas modalidades contractuales que cumplan la finalidad del tráfico masivo de bienes y servicios. Estas son las condiciones negociales generales y los contratos por adhesión o, en conjunto, *contratos con cláusulas predispuestas*.

5.2 El Proyecto de Código Civil de 1998

Mediante Decreto número 685/1995 el Poder Ejecutivo Nacional de Argentina designó una Comisión de Reforma al Código

⁹³ Ver ALTERINI, Atilio Anfbal, «Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas (Argentina-Paraguay)», en *Las condiciones generales de la contratación y las cláusulas abusivas* de la Fundación BBV, Madrid, «Editorial Civitas, S. A.», 1996, p. 84.

⁹⁴ Ver ALTERINI, Atilio Anfbal, *Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas (Argentina-Paraguay)*, ob. cit., p. 83.

⁹⁵ Cfr. ALTERINI, Atilio Anfbal, *Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas (Argentina-Paraguay)*, ob. cit., p. 72.

⁹⁶ Cfr. VALLESPINOS, Carlos Gustavo, *El contrato por adhesión a condiciones generales*, ob. cit., pp. 229 ss.

⁹⁷ Cfr. FARINA, Juan M., *Contratos comerciales modernos*. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1993, pp. 105 ss.

⁹⁸ Cfr. REZZONICO, Juan Carlos, *Contratos con cláusulas predispuestas*. Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1987, pp. 205 ss.

Civil a fin de elevar el proyecto de Código Civil unificado con el Código de Comercio.

Este encargo finalmente fue concluido y el 18 de diciembre de 1998 los vigentes miembros de la Comisión designada, Drs. Héctor Alegría, Atilio Aníbal Alterini, Jorge Horacio Alterini, María Josefa Méndez Costa, Julio César Rivera y Horacio Roitman, elevaron el proyecto de Código Unico Civil y Comercial al Presidente de la República por intermedio del Ministro de Justicia, adjuntando una comunicación que denominaron «Nota de Elevación de la Comisión Redactora al Poder Ejecutivo» y que en palabras del Presidente de la Comisión de Reforma del Código Civil Peruano, Dr. Jorge Muñoz Ziches –que suscribo completamente–, constituye un «valioso trabajo de técnica jurídica»⁹⁹.

Es conveniente mencionar que este no es el único proyecto o intento por reformar íntegramente el Código Civil argentino, existen otros proyectos anteriores que no fueron admitidos por la comunidad jurídica argentina.

El Proyecto del Código Civil de 1998 recoge en el título II de los contratos en general, capítulo I, Disposiciones generales, un conjunto de definiciones. Así, en el artículo 899 empieza a definir ampliamente el *contrato* como el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales; luego define al *contrato discrecional* como aquel cuyas estipulaciones han sido determinadas de común acuerdo por todas las partes. En el mismo artículo, en materia de contratación masiva, define al *contrato predispuerto* como aquel cuyas estipulaciones han sido determinadas unilateralmente por algunas de las partes, y *cláusula predispuerta* a la cláusula del contrato que también ha sido redactada por una de las partes.

Igualmente define a las *condiciones generales* como las cláusulas predispuertas por alguna de las partes, con alcance general y para ser utilizadas en futuros contratos particulares, sea que estén incluidas en el instrumento del contrato, o en otro separado, y al *contrato celebrado por adhesión*, como el contrato predispuerto en que la parte no predisponente está precisada únicamente a declarar su aceptación.

⁹⁹ El texto de la Nota de Elevación de la Comisión Redactora al Poder Ejecutivo se encuentra publicado en la *Revista La Ley*, intitulado «Proyecto de Código Civil y Comercial. Nota de Elevación de la Comisión Redactora al Poder Ejecutivo. (18 de diciembre de 1998)», Buenos Aires, Editorial La Ley, año LXIII, núm. 245, pp. 1-3. Estas fuentes también pueden encontrarse en el libro del profesor Atilio Aníbal ALTERINI, *Contratos*, ob. cit., pp. 109 ss., texto publicado el 3 de julio de 1998.

No hay duda que con estas normas el legislador argentino se coloca a la vanguardia en materia de contratación, pues admite que existe dos formas de contratar: discrecional y masivamente.

Asimismo, en el artículo 905 establece que: «Los contratos predisuestos, y en su caso las cláusulas predisuestas, cuando son celebrados por escrito, deben ser redactados de manera clara, completa y fácilmente legible». Con esta norma se evitará la redacción de los contratos masivos con letra pequeña, ilegible, ininteligible. Esta es una norma imperativa, por lo que las personas que deseen preformular los contratos unilateralmente con la finalidad de ser usados en el tráfico masivo de bienes y servicios deberán observarlas obligatoriamente.

En el Proyecto se enfatiza la fuerza de la buena fe en la celebración y la ejecución del contrato (artículo 966). En los artículos 964 y 965 se expresa que los contratos discrecionales y predisuestos obligan a las partes como a la ley misma y sus estipulaciones prevalecen sobre las normas legales supletorias y los usos. Con estas normas se precisa legislativamente el valor de la autonomía privada en la contratación y la fuerza obligatoria de los contratos, sean éstos discrecionales o predisuestos.

La sección segunda del capítulo IX, de los efectos, está dedicada a las *Cláusulas abusivas en los contratos predisuestos*. El artículo 968 dispone en forma expresa que «se tendrán por no convenientes» en los contratos predisuestos las estipulaciones que por sí solas o combinadas con otras:

- a) Desnaturalicen las obligaciones de las partes.
- b) Limiten la responsabilidad del predisponente por daños al proyecto de vida.
- c) Limiten la responsabilidad del predisponente por daños patrimoniales sin una adecuada equivalencia económica.
- d) Importen renuncia o restricción a los derechos del no predisponente, o ampliación de los derechos del predisponente, que resulten de normas supletorias.
- e) Obliguen al no predisponente a pagar intereses si su tasa excede sin justificación y desproporcionadamente el costo del dinero para deudores en operaciones similares.

Como podemos apreciar, en materia de cláusulas abusivas, leoninas o vejatorias, el Proyecto contempla en una «regla general» (desnaturalización de la obligación) y en una «lista negra» (cada uno de los demás casos) los supuestos en los que se presenta el abuso del contratante predisponente sobre el contratante adherente. Empero, siendo equitativo, en el artículo 969 se faculta al predisponente a oponer las estipulaciones de los incisos c), d) y e) cuando

pueda probar que el no predisponente las ha conocido o pudo haberlas conocido, y que las aprobó expresa y especialmente por escrito, si esta aprobación resulta razonable. En esta medida, exige también que los contratantes no predisponentes contraten con diligencia y razonablemente.

Estas excepciones, según el artículo 970, no rigen para los contratos por adhesión.

En cuanto a la interpretación de los contratos y cláusulas predispuestas, se incorporan los principios *interpretatio contra stipulatorem* y *favor debitoris*, estableciendo en el artículo 1033 que serán interpretados en sentido favorable a la parte no predisponente pero sólo en los siguientes casos: *a)* cuando no actúa profesionalmente en la actividad a la que corresponde el contrato; *b)* cuando es dudosa la existencia de una obligación a su cargo, se presume su liberación, y *c)* cuando son dudosos los alcances de su obligación, se está a la que es menos gravosa.

De todo lo expresado, podemos apreciar que el Proyecto del Código Civil argentino es una propuesta de reforma innovadora, moderna¹⁰⁰.

Debemos resaltar que este proyecto —que desde ya es importante— será trascendental por dos razones: la primera reside en que derogará uno de los últimos e influyentes Códigos civiles decimonónicos y la segunda pues, unificará en un solo texto los Códigos civil y comercial, tendencia moderna en materia de codificación.

En lo concerniente al tema materia del presente trabajo, no hay duda de que los juristas argentinos han enfrentado frontalmente el problema de la contratación moderna, y estamos seguros de que servirá de fuente legislativa y de consulta para las legislaciones que se encuentren en procesos de reforma, como en el caso peruano. Al admitir la existencia de dos sistemas de contratación, la paritaria o discrecional y la masiva o predispuesta, están acogiendo el sentir de la sociedad que exige normas vigentes, ágiles y eficaces que permitan el logro de la ansiada seguridad jurídica que todo país necesita, a la vez que contribuyen con el progreso y desarrollo de la actividad económica en tanto permiten en tráfico masivo de los bienes y servicios.

¹⁰⁰ En igual sentido se han expresado el Presidente de la Comisión de Reforma del Código Civil Peruano, Dr. Jorge Muñiz Ziches y el Dr. Max Arias-Schreiber Pezet, consultor de la misma.

6. LA REALIDAD Y EL DERECHO

La contratación masiva, concebida como un nuevo sistema de contratación, viene a constituirse en nuestro sistema jurídico como un *nuevo paradigma*¹⁰¹ en el *Derecho Contractual*.

La contratación privada se encontraba incólume hasta la aparición de la sociedad de masas, y con ella, la producción masiva de bienes y servicios. Entonces, el paradigma contractual tradicional o clásico se vio resquebrajado, y debido a la exigencia de la sociedad surge un nuevo fenómeno contractual: *la contratación masiva*.

Thomas Kuhn señala que cuando las instituciones vigentes han dejado de resolver con eficacia los problemas planteados por un nuevo contexto es que se produce una revolución científica¹⁰² que conlleva al rompimiento de los paradigmas. En nuestro planteamiento, la revolución es de carácter contractual. La contratación masiva viene a sustituir parcialmente a la contratación paritaria o clásica.

Sin embargo, la aceptación del nuevo paradigma contractual se enfrenta a la teoría clásica del contrato, en tanto exige una redefinición del Derecho Contractual.

Es indudable, que el cambio social¹⁰³, así como la producción masiva de los bienes y servicios, ha generado un nuevo sistema en el intercambio de bienes y servicios: la contratación masiva.

Según Díez-Picazo, toda «revolución» tecnológica e ideológica «[...] comporta el descubrimiento y la generalización de una serie de técnicas y de una serie de ingenios, que son puestos al servicio del hombre, para que, utilizando los bienes materiales y las energías, amplíe y facilite la consecución de sus fines y el ámbito de su libertad»¹⁰⁴. En este sentido, el mismo autor, refiriéndose a los *cambios*

¹⁰¹ Según KUHN «Un paradigma es lo que los miembros de una comunidad científica comparten, y, recíprocamente, una comunidad científica consiste en hombres que comparten un paradigma», en este sentido, los paradigmas se constituyen como «realizaciones científicas universalmente reconocidas que, durante cierto tiempo, proporcionan modelos de problemas y soluciones a una comunidad científica» (véase KUHN, Thomas S., *La estructura de las revoluciones científicas*. Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1975, p. 13).

¹⁰² Para KUHN «las revoluciones científicas como episodios evolutivos de carácter no acumulativo en los que un nuevo paradigma, incompatible con el anterior, viene a sustituir al antiguo, total o parcialmente» (cfr. KUHN, Thomas S., «Revoluciones en el pensamiento», en NISBET, Robert/KUHN, Thomas S./WHITE, Lynn y otros, *Cambio social*, versión española de Leopoldo Lovelac. Madrid, Alianza Editorial, 1979, p. 144).

¹⁰³ Robert Nisbet señala que: «Cuando hablamos de cambio social hacemos referencia a sucesivas diferencias en el tiempo de alguna relación, norma, función, status o estructura social: por ejemplo, la familia, la iglesia, la nación, la propiedad, el rol de la mujer, el status del padre, la comunidad aldeana» (cfr. NISBET, Robert, «Introducción: El problema del cambio social», en NISBET, Robert/KUHN, Thomas S./WHITE, Lynn y otros, *Cambio social*, ob. cit., p. 13).

¹⁰⁴ Véase Díez-Picazo, Luis, *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*. Barcelona, Editorial Ariel, 1982, p. 301.

en la *dinámica económica*¹⁰⁵, señala que: «El segundo¹⁰⁶ de los puntos en que un cambio en la dinámica económica es sentido por el ordenamiento jurídico se encuentra en lo que puede llamarse la estandarización de la materia contractual –contratos-tipos, contratos de masa– que sustituye el esquema contractual clásico de la deliberación –oferta y aceptación– por un esquema de pura adhesión. La exigencia creciente de racionalización de la política económica lleva incluso a la sustitución del contrato por el plan»¹⁰⁷.

Por estas razones, consideramos que la contratación masiva, producto de la sociedad de masas y la tecnología viene exigiendo del Derecho un tratamiento adecuado, empujándolo a un replanteamiento de sus instituciones, especialmente de derecho contractual. Coincidimos con el profesor Díez-Picazo cuando afirma que el *cambio social, bien sea un cambio tecnológico o ideológico determina un cambio en el ordenamiento jurídico*.

Los preceptos de nuestro Código Civil son inexactos, porque están basados en una contratación paritaria. Aunque se hayan incluido algunos artículos sobre la contratación masiva, ello no es suficiente. El derecho contractual no puede darle la espalda a la realidad. *La crisis de la teoría clásica del contrato es indudable, aunque algunos autores la nieguen*¹⁰⁸; *sin embargo, esta crisis no importa una decadencia o muerte del contrato sino evolución de esta vieja e insustituible institución jurídica*.

En efecto, «[...] no es verdad que el Derecho sea sólo un instrumento de seguridad. Es también un medio para intentar que la convivencia humana o la coexistencia en el mundo se produzca de acuerdo con unos ideales y con unos valores, que se realice el ideal de lo justo y que puedan recibir justa satisfacción, justas pretensiones»¹⁰⁹.

Debemos tener muy en cuenta lo que Joaquín Garrigues advierte cuando dice que «olvidamos muchas veces que el Derecho es para la vida, para esta vida de ahora, no para la vida de hace mil años»¹¹⁰.

¹⁰⁵ Los cambios en la dinámica económica pueden considerarse «como el paso de una economía tradicional a una economía desarrollada» (consúltese Díez-Picazo, Luis, *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, ob. cit., pp. 315-318).

¹⁰⁶ Para este autor, el primer punto de cambio en la dinámica económica es el derecho de las obligaciones.

¹⁰⁷ Cfr. Díez-Picazo, Luis, *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, ob. cit., pp. 317-318.

¹⁰⁸ Para Borda: «No hay crisis del contrato, hay una evolución que debe ser saludada como un hecho auspicioso porque procura una más perfecta realización de la justicia» (ver BORDA, Guillermo A., *Manual de Contratos*, ob. cit., p. 21). Por el contrario, Risolía afirma la «existencia de una crisis del contrato, de una decadencia de su soberanía» (ver RISOLÍA, Marco Aurelio, ob. cit., p. 124).

¹⁰⁹ Cfr. Díez-Picazo, Luis, *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, ob. cit., p. 304.

¹¹⁰ Cfr. GARRIGUES, Joaquín, *Contratos Bancarios*. Madrid, Imprenta Aguirre, 1975, p. X.

En el Derecho no todo está dicho, no existen verdades absolutas e inmutables. El profesor Fernando de Trazegnies, parafraseando a Nietzsche, señala que la auténtica actividad del pensamiento está en discutir todo lo que generalmente está aceptado, en resolver todo lo que está velado por algún pudor y en tratar de ver las cosas cuando se las pone al revés ¹¹¹.

7. CONCLUSIONES

El progreso económico y el desarrollo tecnológico han originado una alteración en las estructuras sociales: un cambio social. En este contexto, la contratación privada, basada en un sistema de intercambio paritario, ha cedido ante la exigencia de la sociedad por acceder al mercado en forma masiva, para dar paso a un nuevo sistema de contratación: la contratación en masa.

Para nosotros, la Teoría Tradicional o Clásica del Contrato se encuentra en crisis, pero ésta entendida en un sentido positivo, pues el contrato se encuentra en un estado de evolución y de redefinición de sus funciones como consecuencia del surgimiento de un nuevo Sistema de Contratación: *la contratación masiva*. En este sentido, los presupuestos o pilares fundamentales que sirven de basamento a la teoría clásica no soportan las nuevas construcciones: el fenómeno jurídico de la contratación masiva. La autonomía privada, la igualdad jurídica, la fuerza obligatoria contractual, la buena fe y el efecto relativo de los contratos son nociones que han sido configuradas para responder a un sistema de contratación válido, el contrato paritario o discrecional, pero la realidad es distinta. Los contratos, mayoritariamente, ya no se celebran o conciertan dentro del clásico esquema del contrato paritario; los contratantes, en la mayoría de casos, ya no son determinados, debido a que han aparecido en el escenario contractual nuevos sujetos protagonistas del intercambio de bienes y servicios: la empresa y los consumidores.

La autonomía privada, sostenida por las libertades de contratar y contractual, ya no se encuentra incólume. Las partes ya no negocian el contenido de los contratos. En la contratación masiva, nos encontramos ante la disyuntiva de «lo tomamos o lo dejamos».

Pese a los esfuerzos de los legisladores por incorporar dentro de la Teoría General del Contrato normas relativas a este nuevo fenómeno, consideramos que ello no es suficiente, en razón de que

¹¹¹ En el prólogo al libro de Alfredo BULLARD G., *La relación jurídico patrimonial. Reales vs. Obligaciones*. Lima, Ara Editores, 1991, p. 13.

no se trata de ver este nuevo sistema de contratación como una excepción. Actualmente, la contratación masiva es la regla. La excepción, son los contratos paritarios. Si esto es de conocimiento del legislador, consideramos que no tiene sentido seguir manteniendo dentro del ordenamiento jurídico una teoría que no responde a una realidad mayoritaria. No negamos la validez de sus postulados en cuanto se aplican a los contratos clásicos o paritarios. Pero, reiteramos, esto constituye la excepción. No hay razón para tratar de encasillar el fenómeno jurídico de la contratación masiva dentro del esquema tradicional, ello sería cerrar los ojos ante la realidad.

El Derecho no puede tratar de preverlo todo. Los cambios en la realidad se presentan cuando menos se piensa y de formas que nadie se imagina. La contratación masiva es un ejemplo vivo. El operador del Derecho tiene que estar atento a las necesidades y exigencias de la sociedad. La función del Derecho es dar solución al conflicto de las personas de una manera más justa y equitativa; en este sentido, sus estructuras no pueden ser estáticas, tienen que ser dinámicas.

En suma, tal como están las cosas, es indispensable que el legislador revise las viejas estructuras de la teoría clásica del contrato, las que no deben ser consideradas como dogmas. Por el contrario, se ha vuelto necesaria una reformulación de la teoría del contrato en donde puedan contemplarse a los sistemas de contratación, paritario y masivo, pero sin pretender encuadrar una dentro de la otra, más bien sí retroalimentarse mutuamente.

Los juristas argentinos, en el novísimo Proyecto de Código Civil de 1998, han enfrentado el fenómeno de la contratación masiva, admitiéndola como un nuevo sistema de contratación, hecho que fortalece nuestra hipótesis, en tanto no niegan la existencia de dos formas de contratar: paritaria o discrecionalmente (como la denominan en el Proyecto) y masiva o predispuesta (como prefieren denominarla). Es importante y trascendental este Proyecto que, de convertirse en ley, colocará a nuestro hermano país a la vanguardia en materia de legislación civil.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

GONZÁLEZ BEILFUSS, Cristina: *Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo en la Unión Europea*, ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004, 234 pp.

1. Dentro de la doctrina internacional privatista existen pocos estudios monográficos que analicen en profundidad y desde el punto de vista del Derecho comparado las parejas de hecho y los matrimonios del mismo sexo.

Esto pone de manifiesto la originalidad y especial trascendencia de la presente monografía realizada por González Beilfuss, donde se abordan temas de interés esencial para el Derecho internacional privado ante el fenómeno de la diversificación jurídica de las relaciones interpersonales.

La autora presenta un exhaustivo examen, resultado de una excelente reflexión, de la problemática que estos temas despiertan dentro de una perspectiva de Derecho comparado. Al mismo tiempo, tiene en cuenta los puntos de intersección entre el Derecho internacional privado y el Derecho comunitario europeo en las materias que centran su estudio –las parejas registradas y los matrimonios de parejas del mismo sexo– y destaca las importantes implicaciones teóricas y la dificultad que la creación de un espacio judicial europeo trae consigo.

González Beilfuss consigue con ello elaborar una obra esencial de consulta, tanto por su estudio riguroso sobre la institucionalización jurídica de las parejas de hecho registradas en los distintos ordenamientos jurídicos europeos, como por su labor a la hora de extraer los principios informadores dentro de esta materia dentro de la lógica de integración de las normas de Derecho internacional privado en el ámbito del Derecho comunitario.

Todo ello se argumenta debidamente con un amplia bibliografía especializada de las fuentes originales de cada uno de los Estados que cuenta con regulación al respecto en el marco europeo.

La obra se estructura en cuatro capítulos, aunque en realidad podemos dividirla en dos partes. En la primera de ellas, la autora, analiza desde una perspectiva de Derecho material, la institucionalización de las parejas de hecho registradas en los Estados miembros de la Unión Europea y las principales características de la regulación al respecto, al tiempo que extrae los principios informadores derivados tanto del Derecho material como los derivados del propio Derecho internacional privado, ante el fenómeno de la llamada comunitarización. En la segunda parte, entra a analizar tres cuestiones esenciales en el estudio de esta materia, como son la constitución de la pareja registrada y del matrimonio entre personas del mismo sexo, sus efectos y su disolución.

2. El primer capítulo está destinado al estudio de la *institucionalización de la pareja registrada y del matrimonio de las parejas del mismo sexo*. La

autora constata desde un primer momento la heterogeneidad que existe en los diversos ordenamientos europeos en relación con esta materia y cómo las respuestas que éstos llevan a cabo se enmarcan algunas en el ámbito de lo público y otras en el ámbito de lo privado. No obstante, es posible afirmar la existencia de dos modelos en la regulación, uno que denomina «fáctico», porque la regulación al respecto resulta de aplicación a estas relaciones, con independencia de la voluntad de las partes, y un modelo «formal», donde es necesaria la inscripción para resultar de aplicación la normativa correspondiente. A su vez, también manifiesta que esta diversidad de formas jurídicas en el ámbito de las relaciones interpersonales interesa especialmente al Derecho internacional privado y pone de relieve además que el Derecho comunitario tenga previsto intervenir en la regulación de esta materia.

No obstante, la autora considera que el desarrollo doctrinal sobre esta materia es escaso, al igual que es relevante, la falta de acuerdo existente en el ámbito europeo respecto a las instituciones básicas del Derecho de familia. Tal falta de acuerdo viene marcada por distintos conflictos ideológicos sobre el concepto tradicional del matrimonio, y por el paso de una concepción del matrimonio como institución a una concepción esencialmente contractual.

Igualmente, es esta falta de acuerdo, y la búsqueda de los principios informadores del Derecho internacional privado en este campo, lo que lleva a González Beilfuss a estudiar con detenimiento el derecho material existente de los países cuyas legislaciones contemplan en alguna medida estas figuras jurídicas. Así, estudia con detenimiento la regulación de esta materia en los Estados nórdicos, Alemania, Países Bajos, Bélgica, Francia, España y Portugal. Delimita el modelo fáctico o formal en el que se ubican, el objetivo que pretenden con la regulación y las distintas situaciones de convivencia contempladas.

3. Tras este estudio minucioso, en el capítulo siguiente se van a extraer *los principios informadores del Derecho internacional privado*. Siguiendo una buena lógica expositiva, determina en primer lugar aquellos principios que se derivan del derecho material que acaba de analizar, y elabora para ello un concepto de pareja registrada dentro del Derecho internacional privado, cuya utilidad sea meramente instrumental. Considera que estas parejas generan un *status* y unas expectativas *inter partes* que afectan al estado civil de las personas, por lo que, en el marco del Derecho internacional, deberán contemplarse este tipo de situaciones ante la necesidad de protección del principio de unicidad del estado civil.

A su vez, respecto de la excepción de orden público, aboga por el reconocimiento de algunos efectos a este tipo de uniones en virtud de la teoría del orden público atenuado. Sin duda, las mayores diferencias se advierten en lo que respecta a las relaciones homosexuales y los aspectos jurídicos que se pueden derivar para temas como la adopción de menores. En este punto la autora afirma que las situaciones con menores no han de incluirse en el régimen jurídico básico de las parejas registradas y que la regulación ha de centrarse en aspectos personales y patrimoniales, prestando atención a la autonomía de la voluntad de las partes.

Junto a estos elementos informadores del derecho material, hay que tener en cuenta la lógica de las normas de Derecho internacional privado, cuya finalidad obedece a la creación de un espacio judicial común. González Beilfuss destaca los problemas que la institucionalización de las parejas plantea en distintos sectores del Derecho comunitario. Comienza en primer lugar por el *derecho de la función pública comunitaria*, ya que tanto el Tribunal de

Primera Instancia como el Tribunal de Justicia han podido manifestarse al respecto. La autora considera que el concepto de matrimonio en este ámbito ha de ser más flexible y amplio y que, por ello, ya no se trataría de un concepto tradicional, sino que debe comprender todos los matrimonios que son considerados como tales en los Estados comunitarios de celebración. A continuación, analiza el *principio de no discriminación* y, tras un estudio de los principales casos de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, llega a la conclusión de que, si bien es cierto que el principio de no discriminación por razón de la orientación sexual del artículo 13 TCE carece de efectos directos, su proclamación implica una apertura del Derecho comunitario al reconocimiento de las parejas registradas y de los matrimonios del mismo sexo constituidos según las normas de los Estados miembros. Dentro del análisis del *principio de libre circulación de las personas*, el problema se centra en la interpretación que en el contexto europeo se quiera otorgar al término «cónyuge» respecto a este principio. Hemos de destacar en este punto la crítica que realiza la autora a los trabajos de la Comisión que extienden los beneficios del permiso de residencia del cónyuge a las parejas no matrimoniales, siempre que la legislación del Estado de acogida lo permita, con independencia de que dichas parejas estén o no registradas. González Beilfuss considera que la opción más adecuada sería que el *status* del ciudadano dependiese del Derecho del Estado donde se constituya la unión y no del de acogida, ya que, a pesar de que se pudiera alegar en este caso la excepción del orden público por algún ordenamiento, difícilmente superaría ésta el test de compatibilidad en el contexto de la libre circulación de las personas.

Finalmente, analiza el *Proyecto de medidas para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo*, que trata de solucionar la incertidumbre existente tras el Tratado de Amsterdam sobre el ámbito del Derecho internacional privado en la Comunidad. Así, se destaca, por un lado, el interés que tiene a nivel político que se adopten medidas en el ámbito del Derecho de familia para reforzar la dimensión social del concepto de ciudadanía europea, y no sólo el carácter meramente económico de la Unión. Por otro lado, está a favor de que el Derecho internacional privado se inspire en el *favor validitatis* en materia de parejas registradas, respecto de los derechos adquiridos por parte de quien constituye válidamente una unión conforme al ordenamiento jurídico del Estado comunitario de registro, ya que el principio de unicidad del estado civil que preside esta materia quedaría en mayor medida salvaguardado.

4. Tras esta primera parte, la autora pasa a estudiar con detenimiento en el capítulo tercero los problemas que plantea *la constitución de la pareja registrada*. Se afirma que la determinación de la ley aplicable a la constitución de la unión es un aspecto importante, sobre todo en aquellos Estados que optan por un modelo formal en su regulación.

Analiza con detalle en primer lugar la constitución de la unión en los Estados miembros que conocen la institución de las parejas registradas (Estados nórdicos, Francia, Bélgica, Países Bajos, Alemania y España) y constata cómo existe una coincidencia general en la mayoría de ellos a la hora de aplicar el criterio de la *lex celebrationis* tanto a los aspectos formales, como a la determinación de la capacidad a la hora de constituir la pareja.

A continuación, se plantea el reconocimiento de la pareja registrada conforme a un ordenamiento jurídico extranjero. Pone como ejemplo, en primer lugar, la solución del ordenamiento alemán, que limita este reconocimiento, afirmando que los efectos de una unión celebrada en el extranjero no podrán

ser superiores a los previstos en ese mismo caso por su regulación para una pareja alemana. A su vez, en aquellos ordenamientos donde no se prevea una solución de este tipo, la autora propone que se realice un reconocimiento de *lege ferenda*, aplicando el criterio de la *lex loci celebrationis*, que consigue dotar a esta cuestión de la debida estabilidad, ya que normalmente el lugar de constitución de la unión no será fortuito o no será lógico que las partes acudan a él con ánimo fraudulento. En todo caso, la adopción de esta regla de reconocimiento simple no prejuzga la aplicación de la excepción de orden público.

González Beilfuss analiza con detenimiento la aplicación de dicha excepción en esta materia y parte para ello del concepto constitucional de matrimonio y, sobre todo, del requisito de la heterosexualidad en países como Francia, Alemania o España. Considera la autora que en nuestro ordenamiento, si bien es cierto que la mayoría de la doctrina afirma que el artículo 32 CE tan sólo protege el matrimonio tradicional, no es menos cierto que dicho precepto no prohíbe de manera expresa el matrimonio entre personas del mismo sexo. Por ello, no sería contrario al orden público el reconocimiento de uniones extranjeras de tales características. Al mismo tiempo, se plantea la constitucionalidad de figuras como la *geregistreerd partnershap* holandesa que otorga los mismos efectos a estas parejas registradas que a los matrimonios, salvo que a las primeras les reconoce la posibilidad de la libre disolución. Para este supuesto la doctrina alemana reconocería estas uniones con las características del Estado donde se constituyen; pero esta solución, afirma la autora, no es posible trasladarla a nuestro ordenamiento.

Termina el capítulo viendo qué sucede con el acceso de las instituciones extranjeras al Registro Civil español. Pone de manifiesto la falta de coordinación entre los distintos registros de parejas existentes y la necesidad de una legislación al respecto que consolide la cooperación internacional en este ámbito. Concluye afirmando que, dado que en nuestro ordenamiento no existe una definición de estado civil, y considerando que el artículo 1 de la Ley del Registro establece un *numerus apertus*, parece evidente que la constitución de las parejas de hecho supone un acto que afecta al estado civil, en cuanto que atribuye un *status* dentro de la comunidad a quienes optan por ella, junto con una serie de derechos y deberes recíprocos y frente a terceros, y que por ello resultarían inscribibles.

5. En el siguiente capítulo vemos cuáles son los efectos de la pareja registrada. González Beilfuss estructura el estudio de los mismos en su dimensión externa e interna. Dentro de las relaciones externas, señala cómo al igual que sucede en el matrimonio, los aspectos como el fallecimiento, las subrogaciones arrendaticias o las indemnizaciones de daños y perjuicios no deberán someterse al estatuto jurídico de la pareja, sino a la ley aplicable a la responsabilidad extracontractual, al arrendamiento o a la filiación... No obstante, destaca que en este último punto resulta especialmente conflictiva la posibilidad de reconocimiento de adopciones por matrimonios del mismo sexo.

Pero, sin duda, este apartado se centra en el estudio de las relaciones internas, donde los efectos son mayores. Así, respecto de los efectos patrimoniales y personales, parte de la necesaria elaboración de un estatuto de la pareja y del estudio de las soluciones adoptadas en los Estados que reconocen esta institución (Alemania, Países Bajos, Bélgica, Francia y Suiza). Concluye la autora que existen dos opciones legislativas, o aplicar análogicamente las normas del matrimonio si el ordenamiento conoce la institución de

la pareja de hecho, o bien, optar por la aplicación de la ley del Estado de registro. La autora se decanta por esta última y manifiesta cómo las leyes autonómicas existentes en nuestro país que contemplan esta materia de Derecho internacional también se han manifestado en este sentido, si bien sería preferible elaborar una norma de ámbito nacional, dados los problemas de inconstitucionalidad que se plantean en la normativa autonómica en este punto.

Posteriormente, aborda como consecuencia de la especialización de las soluciones del Derecho internacional privado aquellas materias que cuentan con una regulación especial y distinta de las que rigen al resto de efectos de la unión. Es el caso de las disposiciones relativas a la obligación de alimentos. Entiende que, dado que la posibilidad de reconocimiento de las obligaciones de alimentos que algunos ordenamientos jurídicos establecen entre los miembros de la pareja registrada depende de que dicha obligación pueda calificarse como familiar a efectos del concepto de alimentos que emplea el Reglamento, no se ve inconveniente en que sea calificada de tal modo. Al mismo tiempo, considera improbable la posibilidad de que una decisión favorable a dicho reconocimiento pudiera ser calificada de contraria al orden público en el contexto de Reglamento 44/2001 del Consejo (denominado Reglamento Bruselas I).

Otra de las materias con regulación específica es la relativa al derecho aplicable al nombre, entendiendo la autora que en estos casos las parejas registradas se regirían por las norma generales de Derecho internacional privado al respecto.

Finalmente, dentro de las reglas relativas al Derecho de sucesiones, expone la solución del ordenamiento alemán, como único ordenamiento que cuenta con una norma expresa específica sobre esta materia, y cuyo criterio considera acertado. Esta regla implica que al miembro supérstite se le aplique la ley del Estado de registro y al resto de la sucesión la *lex successionis*, con el necesario empleo de la técnica de la adaptación que esto supone. Respecto al Derecho internacional español y a los efectos de adoptar la solución del sistema alemán, González Beilfuss afirma que bastaría una interpretación flexible del artículo 9.8 CC para que le resultase de aplicación al miembro supérstite la ley del Estado del registro en el ámbito sucesorio.

6. La presente obra concluye con el capítulo dedicado a *la disolución de la pareja registrada*. En este aspecto es donde mayor diversidad existe en la regulación de los distintos ordenamientos. La autora estudia en primer lugar el problema de la competencia judicial en materia de disolución, y tras un análisis de las normas establecidas en distintos ordenamientos (Alemania, Bélgica, Holanda, Estados nórdicos y Suiza), constata que la mayoría de las reglas se inspiran en las normas existentes en materia de divorcio. Hay que destacar su planteamiento del supuesto de reconocimiento de una solicitud de disolución de un matrimonio entre personas del mismo sexo en el Derecho internacional español y su afirmación consistente en que, en virtud de lo establecido en el Convenio de Bruselas II, un Tribunal español no podría declinar su competencia para conocer de dicha disolución.

Respecto a la ley aplicable a la disolución del vínculo, tras un preceptivo análisis de la dispar regulación en el ámbito del Derecho comparado, la autora estudia el Derecho internacional español y, una vez constatada la laguna existente al respecto, propone como solución óptima para las parejas registradas la aplicación de la ley del Estado del registro, por ser ésta la opción más respetuosa con las expectativas y la voluntad de las partes. Por su parte,

al matrimonio entre parejas del mismo sexo le correspondería la aplicación de la ley del divorcio.

Para concluir su estudio, González Beilfuss estudia los efectos económicos asociados a la ruptura, y considera que a la liquidación le resultarán de aplicación, al igual que sucede en el matrimonio, las leyes rectoras del régimen de los distintos bienes que configuren el patrimonio de la pareja. La cuestión más compleja en este apartado es, sin duda, la relativa a las prestaciones compensatorias y su solución más factible en nuestro ordenamiento, según la autora, sería aplicar por analogía las normas de los efectos económicos del divorcio en este punto.

Susana ESPADA MALLORQUÍN
Universidad Autónoma de Madrid

VÉRGEZ SÁNCHEZ, Mercedes: *La protección del Consumidor en la Ley de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo*, ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2004, 186 pp.

1. La Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, ha provocado novedosas y muy variadas reformas en los diversos ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, en materia de compraventa. En el caso de España, el legislador ha optado por incorporar dicha normativa mediante una ley especial, concretamente la de 10 de julio de 2003, de garantías en la venta de bienes de consumo. Ello implica, que actualmente en España, y en sede de compraventa, existe una concurrencia de regímenes jurídicos y por ende de remedios, ante la cual únicamente nos encontramos con lo preceptuado en la disposición adicional única de la ley, cuyo primer párrafo nos dice: «El ejercicio de las acciones que contempla esta ley derivadas de la falta de conformidad será incompatible con el ejercicio de las acciones derivadas del saneamiento por vicios ocultos de la compraventa».

Dejando a un lado, tanto la «desarmonización», que las distintas transposiciones de la mentada Directiva han implantado en el conjunto de los Estados miembros, por el amplio margen que aquella mantiene en cuanto a los resultados exigidos; como la conveniencia de haber evitado el uso de la Directiva, para la regulación de la materia, por mor de un Reglamento comunitario, el objeto de análisis en la obra que comentamos es el estudio del régimen jurídico contenido en la Ley 23/2003, de 10 de julio (LGVBC). Para cumplir sus objetivos, la autora estructura la obra en cuatro capítulos que abarcan las cuestiones principales reguladas por la Ley. Veamos.

2. Tras una breve nota introductoria, el primer capítulo lleva por título «Significado general de la Ley». En él se apuntan, tanto los principios que están en juego con relación a los contratos, como las características fundamentales de la norma. Entre ellas destacan, por una parte, el concepto de «conformidad» del bien con el contrato, que fue introducido en nuestro ordenamiento con la ratificación por parte de España, de la Convención de las Naciones Unidas sobre contratos de compraventa internacional de mercade-

rías, hecha en Viena el 11 de abril de 1980 (en adelante: CISG); y por otra, la imperatividad de las normas contenidas en la ley especial. Se separa así la LGVBC del carácter dispositivo de la CISG, consagrado en su artículo 6.

A continuación, se expone de una manera sintética pero precisa, el ámbito de aplicación de la Ley (tanto subjetivo como objetivo), así como los denominados «supuestos especiales», que permiten como sabemos, aplicar la ley a contratos de suministro de bienes que hayan de producirse o fabricarse y en los que por tanto, también se va a exigir la obligación de conformidad.

3. Precisamente esta obligación, se examina en el segundo capítulo, determinándose el origen de la misma (que como ya apuntábamos se sitúa en torno al art. 35 CISG), y su régimen jurídico, que no se limita ya a meros supuestos de prestación defectuosa por vicios, sino que se extiende a cualquier incumplimiento de la obligación estipulada. Ello permite, como ha señalado Morales Moreno, «una construcción unitaria de la responsabilidad contractual» («Comentario al artículo 35 CISG», en *La compraventa internacional de mercaderías*, coor. y dir. L. Díez-Picazo, Madrid, 1998, p. 291), que es apuntada por Vérguez adecuadamente (pp. 48 y 49).

Es especialmente interesante uno de los problemas enunciados por la autora al estudiar el significado de los supuestos de conformidad, consistente en la posibilidad de que las partes pacten la compraventa de un bien de consumo, que sin embargo no cumpla los requisitos enunciados en el artículo 3.1 LGVBC. En efecto, supongamos que un consumidor desea adquirir un aparato, del que conoce su inaptitud para el uso a que ordinariamente se destinan tales aparatos; o dicho de otro modo: no funciona. ¿Surtiría efectos la mentada compraventa, a pesar de no resultar conformes *ex lege* los bienes objeto del contrato? La colisión que aquí se produce, entre el principio de autonomía de la voluntad y la nulidad de la renuncia previa de los derechos reconocidos a los consumidores por la LGVBC, no se resuelve apelando al artículo 3.3 LGVBC (toda vez que no existe aquí una falta de conformidad que determine la insatisfacción del interés del consumidor), pero tampoco se cumplen todos los requisitos exigidos en el artículo 3.1 LGVBC para poder ser considerado el bien conforme al contrato. ¿Podríamos derogar en ese supuesto el artículo 3.1 de la Ley o al menos acogernos a la expresión «salvo prueba en contrario» (contenida en él), para mantener la necesaria autonomía de la voluntad entre las partes, a la hora de contratar? A juicio de la autora, no existiría ningún problema para excluir *ex contrato*, alguno de los criterios de conformidad enumerados en la Ley, dentro –se añade– «de los límites ya indicados, y teniendo en cuenta la significación especial que cada supuesto tiene» (p. 53). Acaso el desarrollo de los fundamentos que sostienen tal posición, debía haber sido más extenso, si bien la conclusión obtenida es en nuestra humilde *doxa*, plausible.

El capítulo concluye con el estudio del momento en que ha de valorarse la falta de conformidad, comparando el criterio adoptado por la LGVBC con el seguido en la CISG, y la distribución de la carga de la prueba relativa a la eventual falta de conformidad existente, entre el bien pactado y el realmente entregado.

4. El tercer capítulo lleva por título «El contenido de la protección del consumidor», y en él se analizan los diversos remedios jurídicos de que dispone el consumidor, en aquellos casos en que según la ley haya tenido lugar la «falta de conformidad». Los derechos del consumidor son, por un lado, la sustitución o reparación del bien (teniendo siempre presentes los conceptos de «imposibilidad» y «desproporción» contemplados en la ley), y por otro

lado, la rebaja del precio o la resolución del contrato. Se hace referencia al carácter subsidiario (tal y como se establece legalmente), de las dos últimas acciones respecto de las primeras, así como al significado, ejercicio y efectos de las mismas. Creemos, no obstante, que el análisis debería ir más allá de las apreciaciones derivadas del tenor literal del texto legal, por acertadas que puedan resultar. Sería necesario analizar comparativamente, las diferencias existentes entre la configuración tradicional relativa al incumplimiento de la obligación, y la que se deriva de la contenida en la CISG, y que ahora introduce para cierta clase de ventas, la LGVBC. Y esta tarea no puede limitarse al reconocimiento de que todos los problemas relativos a la ejecución del contrato sean tratados como *breach of contract*, sino que exige estudiar además las cuestiones derivadas de tal construcción jurídica. Entre ellas, se encuentra la del alcance de considerar el contrato como una obligación de resultado para el vendedor, y también la de reconstruir la distinción entre venta genérica y específica, para conocer su relevancia a la hora de aplicar los remedios jurídicos, dispuestos por la LGVBC. Sin embargo, no podemos dejar de reconocer que acaso el desarrollo de las cuestiones apuntadas, desbordaría los propósitos de la monografía que comentamos.

Otro de los apartados del capítulo, se dedica al «Sistema de plazos dentro de los que actúa la protección al consumidor». En los tres puntos que componen el apartado dedicado al sistema de plazos, se hace hincapié en la conveniencia y oportunidad de los mismos; pero se obvia uno de los problemas fundamentales que suscita la regulación legal de transposición de la Directiva, a saber, el sentido de que tanto el plazo de responsabilidad del vendedor como el de prescripción de la acción, siendo de dos y tres años respectivamente, se computen ambos, empero, «desde la entrega del bien» (art. 9.1 y 9.3 LGVBC). Como ya ha señalado algún autor, y sin perjuicio de que la diferencia de plazos tenga su sentido en la eventual suspensión de la prescripción, quizá hubiese sido más conveniente comenzar a computar el plazo de prescripción, desde que el comprador tenga conocimiento de la falta de conformidad, y no desde la entrega del bien.

También merece singular atención, el último apartado del capítulo, titulado «Sujetos responsables y beneficiarios de la protección legal». En él se estudian, tanto los sujetos beneficiarios de la protección legal, como los responsables de lo que se denomina la «garantía legal». Precisamente y con relación a los últimos, son objeto de análisis las distintas acciones a las que se refiere el artículo 10 LGVBC, a saber, la *acción directa* que puede ejercitar el consumidor contra el fabricante, importador o cualquier persona que se presente como tal al indicar en el bien de consumo, su nombre, marca u otro signo distintivo, y el derecho de repetición que el vendedor final puede ejercitar, contra el responsable de la falta de conformidad. El tratamiento de las cuestiones señaladas es riguroso, con puntuales referencias al Derecho alemán, francés e italiano; y todo ello aderezado con sugerente bibliografía (por otra parte, incipiente).

5. El último de los capítulos que forman la obra, recibe el título de «La llamada garantía comercial». Tras señalar las diferencias entre la garantía comercial y la prevista en la LGVBC, la autora se adentra en el régimen jurídico de dicha garantía. Sólo destacaremos, el acertado llamamiento (realizado en uno de los epígrafes), a la necesidad de revisar la aplicación del artículo 11.3 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU), cuando resulta aplicable la «garantía legal» derivada de la LGVBC. Conviene recordar, que la disposición final primera de la LGVBC,

tan sólo modifica el artículo 8.1 de la LGDCU, y únicamente para añadir al precepto, la referencia al principio de conformidad con el contrato. Por ello, sería conveniente determinar, en qué medida y en qué casos puede seguir aplicándose el artículo 11.3 de la LGDCU.

6. Finalmente no queremos concluir, sin hacer referencia a que según señala la propia autora, en la nota introductoria, la obra «es interesante tanto para el estudioso como para el práctico del Derecho». A nuestro juicio, se trata de una disyuntiva capciosa, en la medida en que la necesaria abstracción de una obra o de parte de la misma, no debe ser óbice para considerarla como útil o valiosa desde un punto de vista jurídico, siempre y cuando aquella contribuya a la reconstrucción o mejor comprensión de un eventual supuesto práctico. En palabras de Antonio Hernández Gil: «Disto mucho de creer que la teoría y la práctica, a propósito del saber acerca del Derecho, se alojen en mundos distintos [...]. Tratar sólo prácticamente los temas de Derecho, es conformarse con un rudimentario empirismo que se sitúa fuera de la ciencia y difícilmente sirve a los propios intereses prácticos [...]. Tratar sólo teóricamente los temas del Derecho no es un agravio contra la práctica; lo es contra la propia ciencia» (*La posesión*, Madrid, 1980, p. 9).

Para terminar, sólo nos queda plasmar una valoración positiva de la monografía comentada, que a diferencia de otras que han proliferado a raíz de la transposición de la Directiva 99/44/CE, no se limita a reproducir el tenor literal de la norma sino que supone un estudio jurídico serio, cuyos argumentos invitan a una necesaria y sana discusión doctrinal, que deriva en la adecuada construcción y evolución de nuestro ordenamiento jurídico.

Juan David SÁNCHEZ CASTRO

Universidad Autónoma de Madrid

VV. AA.: *Código Europeo de Contratos: Comentarios en homenaje al prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos, Academia de iusprivatistas europeos (Pavía), dirigidos por Carlos Vattier, José M.^a de la Cuesta Sáenz y José M.^a Caballero, dos volúmenes, coedición por la ed. Dykinson y la Universidad de Burgos, Madrid, 2003, 648 pp.*

Resulta especialmente estimulante comprobar el interés creciente de la doctrina española por contribuir de manera activa al proceso de creación y desarrollo de una cultura jurídica europea en el ámbito del Derecho privado, un asunto que, hasta hace apenas una década, era absolutamente ajeno a las preocupaciones de la mayor parte de nuestros autores. Desde hace algunos años la situación ha cambiado radicalmente, de modo que el número de escritos de unas u otras dimensiones sobre el tema, comienza a ser ya inabarcable. En el ámbito de esta nueva preocupación se sitúa la obra que me propongo comentar, comenzando por decir que no se trata de un libro más, destinado a reflexionar sobre el tema de la unificación del Derecho privado en Europa, sus escollos y sus resultados. Muy al contrario, estamos ante un texto cuyo objeto de reflexión es Derecho material privado y más en concreto, el Anteproyecto al Código Europeo de Contratos elaborado por la Academia de iusprivatistas europeos con sede en Pavía, presidida en el momento de

publicar el libro por el profesor J. L. de los Mozos y de los Mozos, a cuya figura se destinan además las reflexiones de los coautores a título de merecido homenaje.

El libro se inicia con una presencia a cargo del profesor C. Vattier, en la que se ponen de manifiesto tanto las líneas generales del proceso de uniformización del Derecho de contratos en Europa, como los modelos seguidos hasta el presente con el objetivo, más o menos lejano en el horizonte, de alcanzar aquel fin. Destaca el autor citado cómo la opción del Código de Pavía, por su carácter legal en el sentido más tradicional, se opone a otras opciones inspiradas en el modelo de los *Restatements* americanos, a las que responden por ejemplo los conocidos como Principios Lando. Subraya también en esta presentación las características básicas que adornan al Código de Pavía, cuyo texto completo en castellano se incorpora a la obra inmediatamente después de su presentación lo que, sin duda, facilita la comprensión de los comentarios que vienen a continuación. Dichas características son básicamente su aplicación universal a todo tipo de relaciones, lo que supone una acertada superación de las diferencias entre relación civil y mercantil; su inspiración en el principio de protección de la parte contractual débil, y más en concreto, de la que actúa en su condición de consumidor; la huida de los conceptos abstractos, contrarios a la tradición jurídica del *common law*; el propósito de conservación del contrato y la restricción del ámbito de discrecionalidad judicial a fin de que la práctica de cada Estado no conduzca a la «renacionalización» de las normas que pretendidamente se unifican.

El Código, presentado en fase de Anteproyecto, consta de 11 títulos y 173 artículos, que se inician con unas breves disposiciones preliminares, constitutivas del título I, y a las que apenas se dedican cinco preceptos. En el contenido de éstos debe resaltarse la opción por incluir en el frontispicio del Código un concepto legal de contrato; en su contribución, comentando precisamente esta circunstancia, el profesor García Cantero pone de relieve como dato más notorio la inclusión en el concepto citado de las llamadas relaciones contractuales de hecho, sumamente frecuentes en la práctica de nuestros días. No resulta tampoco desdeñable apuntar que la definición incluida en el artículo 1 destaca la posibilidad de que el contrato genere no sólo obligaciones, sino también «otros efectos» —lo que supone, entre otras cosas, la admisión de los llamados contratos reales—, y la omisión de la referencia a que tales efectos lo sean de carácter «patrimonial», lo cual implica el alejamiento del modelo básico de los utilizados en Pavía, el Código Civil italiano. Entre estas mismas disposiciones se halla la consagración de la autonomía contractual (principio de alcance supracivil, en la consideración del profesor García Cantero), si bien introduciendo ciertos límites clásicos en los que se observa ciertas reiteraciones, pues no veo la necesidad de aludir cumulativamente a la limitación que suponen las normas imperativas, el orden público y no perseguir únicamente el fin de dañar a otro; seguramente hubiera bastado la referencia al orden público, más comprensivo que las otras dos menciones. Tampoco me parece muy acorde con el progresivo reconocimiento de la capacidad de obrar de los menores de edad en el moderno Derecho de la persona la regulación de este tema en el artículo 5, y mucho menos su equiparación, incluso nominal, a los incapaces en el artículo 150, al que se remite el anteriormente mentado. De «revolucionario» califica el profesor García Cantero el artículo 5 que opta por eliminar el requisito de la «causa» (*consideration*, si se alude al ámbito anglosajón) de los elementos esenciales del contrato, en alguna medida sustituido por la exigencia de la utilidad entre las «condiciones» que ha de cumplir el contenido del contrato (arts. 25 y 26 del Anteproyecto).

El título II del Código de Pavía recoge las normas relativas a la «formación del contrato», incluyendo en ella tanto la fase de tratos previos como la de conclusión del acuerdo. La relativamente extensa normativa en relación con la fase precontractual alinea este Código con la mayor parte de las normas jurídicas de reciente generación, especialmente preocupadas por resaltar la necesaria presencia de la buena fe en las negociaciones contractuales. Sin ir más lejos la exigencia aparece expresa entre nosotros en el artículo 111.7 del nuevo Código Civil de Cataluña. Lo que, sin embargo, resulta hasta cierto punto sorprendente y, a mi juicio, equivocado es introducir precisamente en esta sede precontractual la definición de consumidor aplicable a todas las referencias que al mismo haga el propio Código, la primera de las cuales afecta a los tratos con consumidores celebrados fuera de establecimiento mercantil. Probablemente hubiera sido mejor destinar un apartado a las normas específicas para los consumidores, si es que éstas se consideraban necesarias, normas que habrían de ir encabezadas por la definición de consumidor. Por cierto, que la noción de consumidor que introduce el artículo 9.2 («la persona física que actúe fuera del ámbito de sus actividades profesionales»), al no hacer referencia alguna a la otra parte contractual parece incluir en el ámbito de las normas protectoras la relación entre un consumidor y otro consumidor lo que, evidentemente, es absurdo. La contribución doctrinal del profesor Martínez Vázquez de Castro en el libro se hace en clave de comparación entre las normas sobre los tratos preliminares del Código y la situación en el Derecho español.

La regulación del régimen de la oferta y la aceptación tiene, a pesar de su extensión o tal vez precisamente por ello, algunos puntos flacos. Para empezar, ya así lo destaca el profesor Rogel Vide, la definición de la oferta contenida en el artículo 13 debería anteceder al régimen de la oferta oral y escrita, respectivamente recogidas en los artículos 11 y 12. Por ende, la redacción del artículo 14 resulta sumamente deficiente e incluso se puede decir que, poniendo en relación el artículo 14 con el 17, al menos en la traducción que del Anteproyecto que se incluye en la obra, el régimen de la declaración de irrevocabilidad de la oferta resulta bastante confuso, pues la retirada de la oferta no es un tipo de revocación.

El capítulo III del Anteproyecto se dedica al contenido del contrato, destacando en él tanto la aludida referencia explícita al requisito de la utilidad, junto a los más clásicos de posibilidad, licitud y determinación, como la desaparición de la exigencia de patrimonialidad de la prestación, tal y como resalta en su contribución el profesor Martínez de Aguirre. Destaca también este autor, con razón, la importante novedad que representaría en nuestro Derecho la aprobación del texto actual tanto del artículo 30.3 dedicado al contenido ilícito del contrato, como del artículo 156, al consagrar con alcance general el principio de equivalencia de las prestaciones y, en consecuencia, la rescisión por lesión. Por ende, en este mismo capítulo se recoge el régimen de las condiciones generales del contrato (arts. 30.4 y 33) y de las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores (art. 30.5), a las que también se hace mención en otras partes del Código, como los artículos 40.3 ó 106.3, estableciendo una serie de reglas dispersas que no parecen solventar los muchos y conocidos problemas suscitados por este tipo de contratación.

En el título IV, rubricado «forma del contrato», se contiene implícitamente el principio espiritualista reconocido en la mayor parte de los ordenamientos europeos el cual, sin embargo, como observa la profesora Poveda Bernal, no se ha consagrado expresamente. El articulado recoge, en cambio, las

excepciones al principio de libertad de forma, tanto en los supuestos en los que la ley exige ésta con carácter *ad solemnitatem*, como aquellos otros en los que reclama *ad probationem*; finalmente se dedica un precepto (art. 37) a la forma convencional que se presume querida por las partes para la validez del contrato.

A la interpretación del contrato se destinan tres artículos que conforman el título V del Anteproyecto de la Academia de Iuristas Europeos de Pavía. Destaca el profesor Vattier, quien asume además de la ya glosada presentación otras partes de la obra, las dos tendencias opuestas, manifestadas en la preparación del texto, en orden a incluir o no en él normas relativas a la interpretación. Finalmente se optó por lo segundo si bien las reglas insertadas son, en comparación con algunos Códigos Civiles europeos como el francés, el español o el italiano, más bien parcas. Esta parquedad resulta quizás excesiva en el caso de los criterios legales de interpretación específicos de las condiciones generales, respecto de los cuales únicamente se menciona de modo expreso la regla *contra proferentem*, pero no otras como la regla de la prevalencia (aunque hay ciertas huellas de ella en el art. 38, correspondiente al título precedente).

Bajo la rúbrica «efectos del contrato», el título VI del Anteproyecto incluye en cinco secciones diferentes unas disposiciones generales, una serie de normas destinadas a regular los elementos accidentales, otras destinadas a la representación, al contrato con persona por designar (muy caro a la doctrina italiana y, a cuyo comentario se destina la contribución de la profesora Muñoz Espada) y finalmente, al contrato a favor de tercero. Entre las disposiciones generales destaca, sin duda, como señala en su trabajo el profesor De la Cuesta, el artículo 46 destinado a los efectos reales del contrato, que ya habían sido reconocidos en la definición del artículo primero del Anteproyecto, superando la oposición de los miembros de la Academia que apostaban por reconocer al contrato únicamente efectos obligacionales. En un intento de llegar a soluciones de compromiso para un tema en el que las respuestas de los distintos Códigos europeos son tan diferentes como es el de la transmisión *inter vivos* de la propiedad se ha optado por distinguir en función del objeto. Tratándose de cosas muebles no registrables se consagra la solución romanista en la que el contrato es mero título y la transmisión se produce por la entrega, constitutiva del modo, si bien se admite la posibilidad de pacto en contrario, lo que convierte al sistema en subsidiario del establecido por la voluntad de las partes. En cambio cuando se trata de bienes muebles registrables o de bienes inmuebles se ha optado, en lugar de por una solución material unívoca, por utilizar una técnica de Derecho internacional privado remitiéndose a las reglas relativas a los efectos reales en vigor en los diferentes Estados miembros; no obstante, se matiza que los efectos reales únicamente se producen frente a todos (existe un error de traducción o más bien de reproducción en el texto en español insertado en la obra) sino en el momento en que se han cumplido las formalidades de publicidad prevenidas en el lugar en que se encuentra el bien inmueble o en el que deba ser entregado el bien mueble registrado, siguiendo de nuevo técnicas propias de las normas de conflicto. Por no alargarme demasiado en este punto quiero hacer mención, en la sección relativa los elementos accidentales del contrato, al artículo 59 que introduce el régimen jurídico de la carga o modo. Además de coincidir con la autora del estudio sobre este apartado, la profesora Carrancho Herrero, en que se trata de una regulación en exceso escueta que deja sin resolver cuestiones tan importantes como la relativa a la sanción en caso de incumplimiento.

to de la carga y solventar sólo en parte la debatida cuestión de los sujetos legitimados para exigir el cumplimiento de la misma, causa cierta sorpresa que el artículo 59 se refiera a las liberalidades tanto entre vivos como por causa de muerte. Si se trata de un Código de contratos no parece oportuna esta última mención, más propia de la materia sucesoria; ni siquiera es oportuna si se entendiese referida a los pactos sucesorios que, en puridad, son actos *inter vivos*, aunque algunos de sus efectos se produzcan tras la muerte de uno o ambos contratantes.

La enorme influencia ejercida por el Código Civil italiano en el Anteproyecto de Pavía queda, según mi parecer, patente en el caso de la regulación. A diferencia de lo que se ha hecho por ejemplo en los Principios Lando que, en la línea del acercamiento entre los sistemas continentales y los de corte anglosajón más flexibles en lo relativo a la actuación por y para otro, regulan tanto la representación directa como la indirecta, en este caso se ha optado por la admisión de una concepción estricta de la representación (en palabras de profesor Gordillo, quien comenta los preceptos relativos a este tema), que la equipara a la representación directa y que deja incluso fuera de la misma figuras que tendrían adecuado cobijo en ella como el contrato por persona a designar, objeto de una sección específica. En cambio el texto expresamente alude a la aplicación de las normas sobre representación a las representaciones legal y judicial, aun cuando, como pone adecuadamente el mentado profesor Gordillo, el articulado está pensado para la representación voluntaria. De nuevo llamo la atención sobre la deficiente traducción de algunos preceptos (por ejemplo el art. 67.3).

El segundo volumen de los dos que componen la obra se inicia con el comentario por el profesor De Pablo Contreras a las disposiciones generales que constituyen la sección primera del título VII del Código, rubricada como «ejecución del contrato». Como pone de manifiesto el autor precitado, en realidad esas disposiciones contienen un conjunto de normas relativas a las características, sujetos y circunstancias del pago o cumplimiento, que incorporan soluciones procedentes de Códigos diferentes. Me parece especialmente destacable la inclusión en el artículo 73.3 de un asunto que, sin embargo, parece no haber interesado demasiado a los comentaristas de esta obra, aunque sí es mencionado de pasada por el profesor Rams Albesa, encargado de comentar los preceptos dedicados a la ejecución de obligaciones pecuniarias, alternativas, cumulativas, solidarias e indivisibles y de modo un poco más extenso por el profesor Lobato Gómez en su trabajo dedicado a las normas sobre el incumplimiento. Me refiero a la introducción implícita de la distinción de origen doctrinal y amplia tradición en la jurisprudencia de muchos países, entre los que está el nuestro, entre obligaciones de medios y de resultado. La Academia de Iusprivatistas sigue así la senda más habitual en el moderno Derecho de contratos, calificando las obligaciones profesionales como adscritas al primero de los tipos, por constituir una prestación de servicios típica, si bien se reconoce expresamente la posibilidad de que, bien por la voluntad de las partes, bien por las circunstancias o el uso (lo que se me antoja similar a las legítimas expectativas del acreedor), una concreta obligación profesional se configure como de resultado, tratándose entonces de un contrato de obra; en este último supuesto la no obtención del resultado significará el incumplimiento del contrato.

El Anteproyecto dedica un extenso artículo a la ejecución de las obligaciones pecuniarias en el que, tal vez, se echa en falta la alusión a algunas formas de pago propias de nuestro tiempo, tales como el pago con tarjeta de

crédito, incluso a través de medios electrónicos, si bien no cabe duda de que la genérica fórmula «medios usuales en la práctica» puede incluir buena parte de ellos. Considero atinada la apreciación del profesor Rams en el sentido de que el reconocimiento del derecho a cobrar intereses compensatorios en caso de pago aplazado debería acompañarse de un criterio de naturaleza objetiva para la determinación de dichos intereses, y que estaría destinado a suplir la falta de voluntad de las partes sobre el asunto, a la par que con el mismo autor convengo en el desafortunado criterio del artículo 86.3 en el supuesto de que se produzca una inflación muy elevada.

Siguiendo las tesis más certeras, el Código de Pavía adopta un concepto amplio de incumplimiento que incluye cualquier «desvío» del programa de la prestación y en el que, por tanto, además del supuesto de incumplimiento más tradicional, quedan incursos tanto el cumplimiento intempestivo, como el defectuoso. Este concepto, que es el del *common law*, ha sido ya adoptado en algunos Códigos continentales como el holandés, y es también el propio tanto de los Principios de Unidroit, como los Principios Lando.

Con el objeto de no alargar en demasía estos comentarios, que ni mucho menos pueden suplir la pausada lectura de la obra, voy a mencionar otros asuntos reglados en el Anteproyecto de Código de Pavía y tratados en esta obra. Problemas recurrentes en el ámbito de la teoría general del contrato, como la cesión de posición contractual en sus diferentes modalidades, la cesión de crédito y la transmisión (cesión) de deuda, los supuestos de extinción del contrato (entre los que se incluye la compensación), las normas relativas a la prescripción y caducidad o a la cláusula penal constituyen ocasión propicia para acceder a las reflexiones que sobre estos temas hacen, además de autores ya citados que duplican y hasta triplican su colaboración (caso del profesor Vattier), otros tan cualificados como Morales Moreno, Poveda Bernal, Caballero Lozano, Viguri Perea, Fernández Arroyo, González Porras, Arce Flórez-Valdés, Román García, Vicente Domingo, o de Castro Vitores. Pero, por la relativa originalidad del planteamiento permítaseme mencionar el título XI del Anteproyecto rubricado «Otras anomalías del contrato y sus posibles remedios» y en la que se incluyen de modo expreso y como categorías autónomas, aunque según mi criterio no siempre bien delimitadas entre sí, la inexistencia, la nulidad (con posibilidad de confirmación en algunos casos), la anulabilidad, la ineficacia y la inoponibilidad.

En fin, la meritoria obra realizada durante estos años por la Academia de Iusprivatistas de Pavía es, como toda obra humana, imperfecta y susceptible de mejora. Los comentarios a la misma hechos por los autores que han construido este libro ponen el énfasis en algunas de esas imperfecciones y, con igual interés, en sus muchos méritos. El mayor de los del libro es, sin duda, el de contribuir desde la literatura jurídica española a la reflexión en la búsqueda de una identidad jurídica común de los pueblos de Europa.

María Paz GARCÍA RUBIO
Universidad de Santiago de Compostela

Revistas Españolas

BEATRIZ FERNÁNDEZ GREGORACI
JUAN DAVID SÁNCHEZ CASTRO
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: I. *Derecho civil*: 1. Introducción. 2. Derecho de la persona. 3. Persona jurídica. 4. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 5. Derechos reales. Derecho inmobiliario registral. 6. Derecho de familia. 7. Derecho de sucesiones.–II. *Derecho mercantil*: 1. Parte general. Empresa. 2. Derecho de sociedades. 3. Instituciones y agentes auxiliares del tráfico. 4. Contratos mercantiles. 5. Títulos valor. Letra de cambio y cheque. 6. Derecho concursal.–III. *Derecho urbanístico y del medio ambiente*. –IV. *Derecho de la Unión Europea*. –V. *Derecho procesal*.–Abreviaturas. Revistas que se citan sin abreviar.

DERECHO CIVIL

INTRODUCCIÓN

ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: «La protección del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley», en *RPJ*, núm. 70, 2003, pp. 87 ss.

DUTREY GUANTES, Yolanda: «La repercusión de la globalización económica en las fuentes del Derecho privado: de la tradicional reciprocidad a la universalidad», en *RDM*, núm. 251, 2004, pp. 271 ss.

EGÚSQUIZA BALMASEDA, María Ángeles: «Integración en Europa y Derecho civil Navarro», en *RJN*, núm. 35, 2003, pp. 9 ss.

GARRALDA VALCÁRCCEL, José: «La buena fe como vía para juridificar la moral», en *RJNot.*, núm. 45, 2003, pp. 173 ss.

JIMÉNEZ BAUTISTA, Susana: «La buena fe: perspectiva doctrinal, legal y jurisprudencial. Examen del artículo 247 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil», en *La Ley*, 2003-4, D-172.

LANCHO RODRÍGUEZ, José María/ESPAÑOL BOUCHE, Luis: «El duelo (La relevancia ideológica en la realización del Derecho)», en *RJNot.*, núm. 48, 2003, pp. 59 ss.

LÓPEZ SÁNCHEZ, César A.: «La norma fundamental del Derecho o el unicornio jurídico», en *RCDI*, núm. 680, 2004, pp. 3239 ss.

MENÉNDEZ HERNÁNDEZ, José: «La caducidad enervadora de la prescripción, vulneradora de derechos básicos», en *La Ley*, 2003-4, D-215.

PRATS ALBENTOSA, Lorenzo: «La calificación de los poderes: interpretación judicial y de la DGRN del artículo 98 de la Ley 24/2001», en *La Ley*, 2003-4, D-171.

El objeto del estudio se centra en la interpretación y aplicación jurisprudencial del artículo 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social. Dicho precepto establece ciertas obligaciones para el Notario, en aquellos casos en que se otorgan instrumentos públicos otorgados por representantes o apoderados. Las consecuencias derivadas de la norma, se extienden a los Registradores, tanto de la Propiedad como Mercantiles, en su obligación de calificar los documentos presentados, ex artículo 18 de la Ley Hipotecaria.

DERECHO DE LA PERSONA

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago: «Régimen de apellidos, doble nacionalidad, internacionalidad intrínseca del problema y Derecho Comunitario», en *La Ley*, 2003-5, D-234.

ARROYO I AMAYUELAS, Esther: «Del mandato “ordinario” al mandato “de protección”», en *RJNot.*, núm. 49, 2004, pp. 9 ss.

Análisis de 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.

CANO VILÁ, Eva: «Derecho a la propia imagen. Contenido patrimonial (comentario a la STS de 1 de abril de 2003)», en *CCJC*, núm. 64, 2004, pp. 99 ss.

GARCÍA RUBIO, María Paz: «Protección de los derechos fundamentales: del honor; libertad de información; requisito de veracidad; comprobación de la noticia; actuación razonable; comprobación de la exactitud e identidad de la fuente. Indemnización: factores o pautas para fijar el *quantum* (comentario a la STS de 31 de enero de 2003)», en *CCJC*, núm. 63, 2003, pp. 1005 ss.

GARDEÑES SANTIAGO, Miguel: «Ciudadanía europea, doble nacionalidad y aplicación de la ley nacional de la persona (Reflexiones en torno a la sentencia del TJCE *García Avello*, de 2 de octubre de 2003)», en *GJ*, núm. 230, 2004, pp. 19 ss.

IGLESIA, María Isabel de la: «Capacidad. Revisión de la sentencia constitutiva de incapacitación.— Imposibilidad de la rescisión por concurrencia de maquinación fraudulenta al ocultarse el domicilio de la hija de la incapacitada (comentario a la STS de 30 de septiembre de 2002)», en *RCDI*, núm. 680, 2004, pp. 3407 ss.

— «Derecho a la intimidad familiar. Publicación de la imagen de una persona en reportaje sobre accidente de tráfico (comentario a la STS de 23 de mayo de 2003)», en *RCDI*, núm. 681, 2004, pp. 349 ss.

- LINACERO DE LA FUENTE, María: «Cambio de apellidos», en *RGLJ*, núm. 1, 2003, pp. 27 ss.
- MARTÍN GARCÍA, María del Lirio: «El derecho a la propia imagen de los menores de edad. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) de 26 de marzo de 2003», en *RDP*, marzo-abril de 2004, pp. 235 ss.
- MIGUEL ASENSIO, Pedro A. de: «Avances en la interpretación de la normativa comunitaria sobre protección de datos personales», en *La Ley*, 2004-1, D-50.
- MORILLAS JARILLO, María José: «Ley de extranjería: LO 14/2003, de 20 de noviembre», en *DN*, núm. 160, 2004, pp. 63 ss.
- PEREÑA VICENTE, Montserrat: «El Derecho sucesorio como instrumento de protección del discapacitado», en *La Ley*, 2004-1, D-41.
- PORFIDIO CARPIO, Leopoldo José: «Ley de extranjería: Ley 60/2003, de 23 de diciembre», en *DN*, núm. 161, 2004, pp. 62 ss.
- POU AMPUERO, Felipe: «Manifestación del estado civil», en *RJNot.*, núm. 47, 2003, pp. 277 ss.
- PULIDO QUECEDO, Manuel: «Concesión de nacionalidad y Comisión de seguimiento y atención sanitaria a las víctimas del 11-M», en *DN*, núm. 164, 2004, pp. 63 ss.
- RAMOS GONZÁLEZ, Sonia/LUNA YERGA, Álvaro: «Conflicto entre libertad de expresión y derecho al honor. Difamación de grupo. Inexistencia de intromisión ilegítima en el honor del pueblo catalán por las declaraciones del Presidente del Tribunal Constitucional sobre el concepto de comunidades históricas (comentario a la STS de 5 de junio de 2003)», en *CCJC*, núm. 64, 2004, pp. 277 ss.
- RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco: «La constitucionalidad del anonimato del donante de gametos y el derecho de la persona al conocimiento de su origen biológico», en *RJC*, núm. 1, 2004, pp. 105 ss.
- VAQUER ALOY, Antonio: «La autotutela en el Código Civil tras la Ley 41/2003, de 18 de noviembre», en *La Ley*, 2004-1, D-45.
- VIGUERAS PAREDES, Pablo: «La nueva regulación de la historia clínica», en *RGLJ*, núm. 3, 2002, pp. 447 ss.

PERSONA JURÍDICA

- ARRANZ PUMAR, Gregorio: «Cajas de ahorro: Informe anual de Gobierno Corporativo, Orden de 17 de febrero de 2004», en *DN*, núm. 164, 2004, pp. 73 ss.
- DÍAZ BRITO, Francisco J.: «Las fundaciones navarras ante la nueva Ley estatal 50/2002, de 26 de diciembre», en *RJN*, núm. 35, 2003, pp. 153 ss.
- DÍAZ MORENO, Alberto: «Cajas de Ahorro: Informe anual del gobierno corporativo, Orden ECO/354/2004, de 17 de febrero», en *DN*, núm. 163, 2004, pp. 23 ss.

- «Cuotas participativas de las Cajas de Ahorro: RD 302/2004, de 20 de febrero», en *DN*, núm. 164, 2004, pp. 35 ss.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: «Sobre la naturaleza jurídica de las Cajas de Ahorro», en *RJUAM*, núm. 8, 2003, pp. 199 ss.
- MARTÍNEZ NIETO, Antonio: «El nuevo Derecho de Fundaciones en el Estado de las Autonomías», en *La Ley*, 2003-5, D-259.
- SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan: «Cajas de ahorros: informe de gobierno corporativo e información sobre hechos relevantes», en *RDBB*, núm. 93, 2004, pp. 316 ss.

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

- ACHÓN BRUÑÉN, María José: «La problemática relativa al desalojo de los terceros ocupantes de inmuebles subastados», en *RCDI*, núm. 681, 2004, pp. 11 ss.

Se critican por parte de la autora, los cauces procesales contemplados en los artículos 661 y 675 LEC de 7 de enero de 2000, para desalojar a los terceros que poseen un inmueble, adquirido por el rematante o adjudicatario de una subasta pública. El contenido del artículo 13.1 LAU de 24 de noviembre de 1994, impide un resultado justo.

- ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: «La donación por méritos», en *RDP*, marzo-abril de 2004, pp. 135 ss.
- ALBORS, Eduardo/PORTALES, Javier: «La acción directa en el Seguro de Protección e Indemnización (P&I). Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de julio de 2003», en *La Ley*, 2003-4, D-203.
- ÁLVAREZ DE BENITO, Pedro: «La responsabilidad por ruina de la obra. Aproximación a algunos aspectos de la LOE», en *RGLJ*, núm. 3, 2003, pp. 351 ss.
- ARENAS CABELLO, Francisco J.: «Las competencias profesionales de los aparejadores y arquitectos técnicos: la Ley 12/1986, de Atribuciones, y la Ley 38/1999, de Ordenación de la Edificación», en *RDU*, núm. 8, 2003, pp. 17 ss.
- ARRUÑADA, Benito: «El seguro de títulos de propiedad», en *RCDI*, núm. 681, 2004, pp. 53 ss.
- BAÍLLO MORALES-ARCE, Jaime: «Leve modificación de la Ley de Crédito al Consumo», en *RDBB*, núm. 92, 2004, pp. 252 ss.
- BALLARÍN HERNÁNDEZ, Rafael: «Resolución del contrato de compraventa por incumplimiento de requisitos pactados. Legitimación del representante de los vendedores, obligado personalmente al pago de cláusula penal pactada para ese evento (comentario a la STS de 3 de marzo de 2003)», en *CCJC*, núm. 63, 2003, pp. 1099 ss.
- BALLARÍN MARCIAL, Alberto: «La mediación», en *RJNot.*, núm. 46, 2003, pp. 9 ss.

- BECH SERRAT, Josep Maria: «Seguro multirriesgo del hogar. Delimitación de los riesgos asegurados en cuanto a la garantía de responsabilidad civil. Cláusulas delimitadoras de riesgos y cláusulas limitativas de derechos del asegurado. Interpretación de las cláusulas oscuras (comentario a la STS de 26 de junio de 2003)», en *CCJC*, núm. 64, 2004, pp. 315 ss.
- BLANDINO GARRIDO, María Amalia: «Nulidad de diversas cláusulas abusivas bancarias. Comentario a la SJPI núm. 44 de Madrid de 24 de septiembre de 2003 (Ac 2003, 1475)», en *RDPat.*, núm. 12, 2004, pp. 213 ss.
- BRENES CORTÉS, Josefa: «Régimen jurídico de la solicitud y la proposición en el contrato de seguro. La formación del contrato de seguro», en *RDPat.*, núm. 12, 2004, pp. 49 ss.
- «Algunas cuestiones relevantes que sigue suscitando el deber precontractual de declaración del riesgo», en *La Ley*, 2003-4, D-208.
- CALLEJO RODRÍGUEZ, Carmen: «El deber precontractual de información: del esquema tradicional del Código Civil al régimen del Derecho de Consumo», en *RJNot.*, núm. 47, 2003, pp. 9 ss.
- CARRIÓN OLMOS, Salvador: «Fianza simple. Beneficio de excusión. Requisitos. Se han cumplido los de carácter formal, pero no los objetivos, ni se ha acreditado la titularidad por el deudor principal de los bienes designados (comentario a la STS de 21 de febrero de 2003)», en *CCJC*, núm. 63, 2003, pp. 1089 ss.
- CHILLÓN MEDINA, José María: «Valoración crítica de la nueva Ley de Arbitraje», en *La Ley*, 2004-1, D-26.
- CRESPO MORA, María del Carmen: «Responsabilidad civil del abogado. Especial referencia a la pérdida de la oportunidad procesal. Comentario a la STS de 29 de mayo de 2003 (RJ 2003, 3914)», en *RDPat.*, núm. 12, 2004, pp. 307 ss.
- DÍAZ MARTÍNEZ, Ana: «La protección de los compradores de viviendas en construcción en la Ley 4/2003, de 29 de julio, de vivienda de Galicia», en *RDP*, enero-febrero de 2004, pp. 46 ss.
- DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA ALCALÁ, Calixto: «Responsabilidad civil médica: aplicación de la doctrina del “daño desproporcionado”. Nexo causal (comentario a la STS de 8 de mayo de 2003)», en *CCJC*, núm. 63, 2003, pp. 1191 ss.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés: «Contrato vitalicio. Contrato de alimentos. Resolución por incumplimiento de la obligación de los alimentantes o por abandono del hogar por parte de los alimentistas (comentario a la STS de 1 de julio de 2003)», en *CCJC*, núm. 64, 2004, pp. 335 ss.
- ESPLUGUES MOTA, Carlos A.: «Reclamación de deuda por prestación de servicios profesionales. Demandante español y demandado domiciliado en Suiza y declarado en quiebra en dicho país (comentario a la STS de 14 de abril de 2003)», en *CCJC*, núm. 64, 2004, pp. 117 ss.
- ESTUPIÑÁN CÁCERES, Rosalía: «El Proyecto de Ley por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales: aspectos básicos», en *La Ley*, 2004-1, D-31.

- FERRANDO, Esperanza: «Retracto de colindantes. Alcance del deber de reembolso del retrayente ex art. 1518.2 del Código Civil (comentario a la STS de 20 de marzo de 2003)», en *CCJC*, núm. 63, 2003, pp. 1139 ss.
- GALERA RODRIGO, Susana: «Sentencias civiles de condena sobre actividades autorizadas por la administración», en *RPJ*, núm. 69, 2003, pp. 375 ss.
- El estudio versa sobre los límites, que la doctrina y las normas de Derecho Público han impuesto a las relaciones de vecindad, a falta de una regulación más precisa en el Código Civil (arts. 590 y 1908). La autora no considera deseable ni conveniente, la competencia de la jurisdicción civil para ventilar las relaciones de vecindad, examinadas en el artículo.
- GARCÍA GUTIÉRREZ, Laura: «Contrato de seguro marítimo. Subrogación de la aseguradora en la posición de la asegurada para reclamar el reembolso de los gastos satisfechos. Pluralidad de partes. Clubes de Protección e Indemnización. Sumisión a arbitraje internacional (comentario a la STS de 3 de julio de 2003)», en *CCJC*, núm. 64, 2004, pp. 355 ss.
- GARCÍA MARTÍN, Isabel: «Aproximación a la última etapa en la consecución del mercado único asegurador, y su incidencia en el Derecho español», en *RDCE*, núm. 16, 2003, pp. 1177 ss.
- GOMÁ LANZÓN, Fernando/GARCÍA VIADA, Carlos: «Libro Blanco de la firma electrónica notarial», en *RJN ot.*, núm. 45, 2003, pp. 269 ss.
- GÓMEZ CALLE, Esther: «La extensión de la obligación de restituir a cargo del titular del aparcamiento», en *RDPat.*, núm. 12, 2004, pp. 169 ss.
- GÓMEZ JENÉ, Miguel: «Primeras reflexiones en torno al Proyecto de Ley de Arbitraje», en *La Ley*, 2003-5, D-231.
- «El arbitraje internacional en la nueva Ley de Arbitraje», en *La Ley*, 2004-1, D-33.
- GOMÁ LANZÓN, Fernando: «Estudio sobre la copia notarial electrónica», en *RJNot.*, núm. 49, 2004, pp. 63 ss.
- GÓMEZ LAPLAZA, María del Carmen: «Consideraciones sobre la nueva regulación del contrato de alimentos», en *RDP*, marzo-abril de 2004, pp. 153 ss.
- GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco: «Habilitación para la creación de firma electrónica», en *RJN*, núm. 35, 2003, pp. 73 ss.
- HERRADA ROMERO, Rafael Ignacio: «El contrato de garaje y la Ley 40/2002, reguladora del contrato de aparcamiento de vehículos», en *RDP*, enero-febrero de 2004, pp. 3 ss.
- ILLESCAS, Rafael: «La autorregulación, entre la quiebra de la relatividad y la obligatoriedad de la declaración unilateral de voluntad», en *DPC*, núm. 17, 2003, pp. 291 ss.
- INFANTE RUIZ, Francisco J.: «La integración del contrato con el contenido de la publicidad. Comentario a la STS de 23 de mayo de 2003 (RJ 2003, 5215)», en *RDPat.*, núm. 12, 2004, pp. 195 ss.
- JIMÉNEZ BAUTISTA, Susana: «El concepto de profesional de la agricultura en la Ley de Arrendamientos Rústicos», en *RGLJ*, núm. 3, 2002, pp. 393 ss.

- LECIÑENA IBARRA, Ascensión: «Utilización perversa del interdicto de obra nueva y obligación de indemnizar. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2003», en *RDP*, enero-febrero de 2004, pp. 117 ss.
- LINAZA DE LA CALLE, Javier: «La acción directa en el seguro de protección e indemnización. En torno a la sentencia de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo de 2 de julio de 2003», en *La Ley*, 2003-5, D-250.
- LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, Carmen: «Defectos en la construcción. Responsabilidad de los agentes de la construcción. Presunción de culpa de los agentes constructivos cuando se acredita la existencia de ruina (comentario a la STS de 31 de diciembre de 2002)», en *CCJC*, núm. 63, 2003, pp. 969 ss.
- LORCA NAVARRETE, Antonio María: «Algunos apuntes metodológicos sobre el Proyecto de Ley de Arbitraje», en *La Ley*, 2003-5, D-269.
- «Algunas propuestas sobre el tratamiento metodológico del convenio arbitral en el Proyecto de Ley de Arbitraje», en *La Ley*, 2003-5, D-291.
- LUCENA GONZÁLEZ, Pedro Antonio: «Arbitraje y arbitramento: el “administrador de la duda negocial”», en *RJNot.*, núm. 46, 2003, pp. 141 ss.
- Artículo relativo al arbitraje transfronterizo. Concretamente se estudia la figura del «administrador de la duda negocial» como mediador o conciliador en el proceso arbitral.
- MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús: «Distinción entre arrendamiento financiero y compraventa a plazos (comentario a la STS de 30 de diciembre de 2002)», en *CCJC*, núm. 63, 2003, pp. 953 ss.
- MARTÍ MARTÍ, Joaquim: «La responsabilidad “objetiva” del abogado en el ejercicio de su profesión», en *La Ley*, 2003-4, D-198.
- MARTÍN CASALS, Miquel/SOLÉ FELIU, Josep: «Responsabilidad sanitaria. Ligadura de trompas fallida que no impide un posterior embarazo. Deber de informar sobre las probabilidades de que la operación de esterilización resulte ineficaz (comentario a la STS de 29 de mayo de 2003)», en *CCJC*, núm. 64, 2004, pp. 193 ss.
- MARTÍNEZ VELENCOSO, Luz María: «La doctrina de la base del negocio en el Derecho alemán: Antecedentes y nueva regulación en el parágrafo 313 BGB», en *RCDI*, núm. 681, 2004, pp. 283 ss.
- MERINO MERCHÁN, José Fernando: «Valoración crítica de la nueva Ley de Arbitraje», en *La Ley*, 2004-1, D-26.
- MORATILLA GALÁN, Isabel: «Opción de compra. Caducidad pero con subsistencia de pactos singulares cuando finalmente acaba vendiéndose a quien en su día fue optante (comentario a la STS de 14 de diciembre de 2000)», en *RCDI*, núm. 680, 2004, pp. 3424 ss.
- «Incumplimiento mínimo, consecuencia del incumplimiento de las obligaciones de la contraparte en el contrato, no priva de la acción resolutoria que el artículo 1124 del Código Civil concede (comentario a la STS de 22 de diciembre de 2000)», en *RCDI*, núm. 680, 2004, pp. 3426 ss.

- «Indemnización de daños y perjuicios (comentario a la STS de 23 de diciembre de 2000)», en *RCDI*, núm. 680, 2004, pp. 3428 ss.
 - «Suspensión de pagos. Efectos respecto del arrendamiento financiero (comentario a la STS de 28 de diciembre de 2000)», en *RCDI*, núm. 680, 2004, pp. 3429 ss.
 - «La solidaridad contractual no precisa que se explicita en el contrato, basta con que se deduzca de los hechos y de la voluntad de las partes (comentario a la STS de 28 de diciembre de 2000)», en *RCDI*, núm. 680, 2004, pp. 3431 ss.
 - «Promesa de venta de vivienda. Incumplimiento del vendedor (comentario a la STS de 28 de diciembre de 2000)», en *RCDI*, núm. 680, 2004, pp. 3433 ss.
 - «Indemnización de daños y perjuicios: lucro cesante: dolo como causa del incumplimiento contractual (comentario a la STS de 29 de diciembre de 2000)», en *RCDI*, núm. 680, 2004, pp. 3434 ss.
 - «Incumplimiento en la venta de inmuebles (comentario a la STS de 29 de diciembre de 2000)», en *RCDI*, núm. 680, 2004, pp. 3435 ss.
 - «Contrato innominado por declaraciones tácitas (comentario a la STS de 17 de enero de 2001)», en *RCDI*, núm. 681, 2004, pp. 365 ss.
 - «Contrato de vitalicio: es un contrato aleatorio (comentario a la STS de 18 de enero de 2001)», en *RCDI*, núm. 681, 2004, pp. 367 ss.
 - «Contrato de ejecución de obra a precio alzado (comentario a la STS de 23 de enero de 2001)», en *RCDI*, núm. 681, 2004, pp. 368 ss.
 - «Contratos. Su perfección por el mero consentimiento (comentario a la STS de 29 de enero de 2001)», en *RCDI*, núm. 681, 2004, pp. 369 ss.
 - «Ruina. Es imputable a quienes han promovido y ejecutado la construcción del edificio (comentario a la STS de 24 de enero de 2001)», en *RCDI*, núm. 681, 2004, pp. 370 ss.
- MORENO, Mari Cruz: «Cesión de créditos. Prenda del derecho de crédito. Contrato de seguro. Prenda de crédito y cesión del mismo (comentario a la STS de 26 de septiembre de 2002)», en *CCJC*, núm. 63, 2003, pp. 915 ss.
- MORENO-TORRES HERRERA, María Luisa: «La interrupción de la prescripción de la acción de responsabilidad extracontractual y sus efectos frente a terceros», en *La Ley*, 2003-5, D-263.
- MUÑOZ PAREDES, María Luisa: «Seguro de daños propios sobre vehículo de motor: cláusula de las condiciones generales que fija como indemnización por siniestros parciales los gastos de reparación (comentario a la STS de 23 de octubre de 2002)», en *CCJC*, núm. 64, 2004, pp. 29 ss.
- MUÑOZ SABATÉ, Lluís: «Una variable casi olvidada a tener en cuenta en el cálculo de ciertas indemnizaciones», en *RJC*, núm. 1, 2004, pp. 241 ss.

Se analiza de un modo muy conciso, la necesidad de objetivar los criterios de determinación del montante, en las indemnizaciones por daños morales; y la relación que debe establecerse entre ellas y el pago de las costas judiciales, cuando no existe un pronunciamiento sobre las mismas.

- NAVARRO MENDIZÁBAL, Iñigo: «La responsabilidad civil y el Prestige: “el mar (y muchas otras cosas) están chapapoteados, ¿quién los deschapapoteará?”», en *RGLJ*, núm. 4, 2002, pp. 595 ss.
- ORDÁS ALONSO, Marta: «Préstamo usurario: es tal préstamo cuando se pactan intereses del 29 % anual y se garantiza la devolución con una hipoteca (comentario a la STS de 7 de mayo de 2002)», en *CCJC*, núm. 64, 2004, pp. 17 ss.
- PENA LÓPEZ, José María: «Función, naturaleza y sistema de la responsabilidad civil aquilina en el ordenamiento jurídico español», en *RDP*, marzo-abril de 2004, pp. 174 ss.
- PÉREZ MARZABAL, José Manuel: «Acerca de la contratación electrónica y el comercio electrónico», en *La Ley*, 2003-5, D-260.
- PETIT LAVALL, María Victoria: «El retraso en el transporte aéreo de pasajeros», en *RDPat.*, núm. 12, 2004, pp. 95 ss.
- PORFIDIO CARPIO, Leopoldo José: «Responsabilidad contractual; daños y perjuicios; contratos bancarios: créditos documentarios (comentario a la STS de 13 de diciembre de 2002)», en *CCJC*, núm. 64, 2004, pp. 47 ss.
- «Ley de arbitraje: Ley 60/2003, de 23 de diciembre», en *DN*, núm. 161, 2004, pp. 62 ss.
- QUINTANS EIRAS, María Rocio: «Ley de modificación y adaptación a la normativa comunitaria de la legislación de seguros privados», en *RDBB*, núm. 93, 2004, pp. 287 ss.
- REGLERO CAMPOS, L. Fernando: «Seguro de multirriesgo de local de negocio. Cobertura de responsabilidad civil del propietario del local. Exclusiones de cobertura (comentario a la STS de 4 de febrero de 2003)», en *CCJC*, núm. 63, 2003, pp. 1031 ss.
- «Responsabilidad civil extracontractual. Prescripción de la acción de reclamación de daños. Interrupción de la reclamación extrajudicial: alcance respecto de los responsables solidarios. Solidaridad impropia. Daños continuados: “dies a quo” (comentario a la STS de 5 de junio de 2003)», en *CCJC*, núm. 64, 2004, pp. 255 ss.
- RIBOT IGUALADA, Jordi: «Cirugía estética. Intervención quirúrgica correctora de mamas con resultado de cicatrices antiestéticas. Responsabilidad contractual del cirujano. Deficiente información sobre los riesgos de la operación; ineficacia de la suministrada más de un año antes (comentario a la STS de 22 de julio de 2003)», en *CCJC*, núm. 64, 2004, pp. 395 ss.
- RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio: «El nuevo artículo 17 bis de la Ley del Notariado y otras incidencias en la legislación notarial de la Ley 24/2001», en *RJNot.*, núm. 48, 2003, pp. 81 ss.
- RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma María: «Daños a la imagen electoral de un partido político. Comentario a la STS de 30 de septiembre de 2003 (RJ 2003, 6317)», en *RDPat.*, núm. 12, 2004, pp. 315 ss.
- ROGEL VIDE, Carlos: «El desistimiento unilateral causal pactado», en *RGLJ*, núm. 1, 2003, pp. 89 ss.

- «En torno a la conclusión de los contratos en el proyecto del Código de Pavía», en *RGLJ*, núm. 2, 2003, pp. 231 ss.
- «Momento y lugar de perfección en los contratos electrónicos», en *RGLJ*, núm. 3, 2003, pp. 429 ss.
- RUIZ JIMÉNEZ, Juana: «Responsabilidad extracontractual. Concurrencia de causas (comentario a la STS de 13 de febrero de 2003)», en *RCDI*, núm. 680, 2004, pp. 3443 ss.
- RUIZ PERIS, Juan Ignacio: «Contrato de agencia: Indemnización por clientela: fundamento, aplicación a contratos en los que el agente está sometido a una prohibición de competencia (comentario a la STS de 23 de diciembre de 2002)», en *CCJC*, núm. 63, 2003, pp. 925 ss.
- SALANOVA VILLANUEVA, Marta: «Anulación de un contrato de compraventa por vicio del consentimiento: error sobre la condición jurídico-administrativa del inmueble enajenado, al resultar imposible la obtención de cédula de habitabilidad (comentario a la STS de 3 de junio de 2003)», en *CCJC*, núm. 64, 2004, pp. 219 ss.
- SAMANES ARA, Carmen: «Las pretensiones procesales basadas en la falta de pago de las rentas de arrendamientos urbanos y la LEC 2000 (Referencia especial a las modificaciones introducidas por la disposición final 3.ª de la Ley 23/2003 de 10 de julio)», en *La Ley*, 2003-4, D-206.
- SAN SEGUNDO MANUEL, Teresa: «Responsabilidad extracontractual. Contrato con arquitecto (comentario a la STS de 11 de diciembre de 2002)», en *RCDI*, núm. 680, 2004, pp. 3445 ss.
- SERRERA CONTRERAS, Pedro Luis: «Más sobre los recursos contra las calificaciones registrales. Una referencia a la responsabilidad», en *RCDI*, núm. 680, 2004, pp. 3361 ss.
- SOLER PRESAS, Ana: «Determinación de la indemnización debida por el vendedor que no entrega la mercancía (comentario a la STS de 14 de mayo de 2003)», en *CCJC*, núm. 64, 2004, pp. 133 ss.
- SOTO NIETO, Francisco: «Responsabilidad civil subsidiaria del Estado. Inexistencia», en *La Ley*, 2003-4, D-192.
- «El seguro obligatorio de responsabilidad profesional sanitaria», en *La Ley*, 2003-5, D-249.
- SOTO SANTANA, Roberto: «La liberalización del mercado de la tierra (La nueva Ley de Arrendamientos Rústicos)», en *La Ley*, 2003-5, D-284.
- SURROCA COSTA, Alfons: «Responsabilidad civil por culpa extracontractual. Caída de un trabajador de la construcción por falta de las mínimas medidas de seguridad en la obra. Problemática en la interpretación del “dies a quo” del plazo de prescripción de la acción de responsabilidad extracontractual (comentario a la STS de 16 de junio de 2003)», en *CCJC*, núm. 64, 2004, pp. 295 ss.
- TEJEDOR MUÑOZ, Lourdes: «Responsabilidad civil médica. Doctrina del daño desproporcionado (comentario a la STS de 31 de enero de 2003)», en *RCDI*, núm. 680, 2004, pp. 3437 ss.

- «Responsabilidad civil profesional. Responsabilidad civil de los abogados demandados (comentario a la STS de 12 de diciembre de 2003)», en *RCDI*, núm. 681, 2004, pp. 373 ss.
- TORRA BERNAUS, Rosa: «Responsabilidad civil extracontractual. Responsabilidad del Notario por los daños causados por sus auxiliares (comentario a la STS de 19 de julio de 2003)», en *CCJC*, núm. 64, 2004, pp. 373 ss.
- UREÑA MARTÍNEZ, Magdalena: «Resolución del contrato de leasing por impago de cuotas. Suspensión de pagos del arrendamiento financiero (comentario a la STS de 8 de abril de 2003)», en *CCJC*, núm. 63, 2003, pp. 1177 ss.
- «Los intereses excesivos en los contratos de financiación con consumidores: un problema de concurrencia normativa», en *RDPat.*, núm. 12, 2004, pp. 25 ss.
- VÁZQUEZ DE CASTRO, Eduardo: «Contrato de adhesión, causa contractual y silencio como manifestación de la voluntad (comentario a la STS de 21 de marzo de 2003)», en *CCJC*, núm. 63, 2003, pp. 1153 ss.
- VERGÉS VALL-LLOVERA, Montserrat: «Mordedura de perro. Responsabilidad objetiva. Sujetos responsables de los daños causados por animal. Responsabilidad de la empresa propietaria del animal y de los socios (comentario a la STS de 29 de mayo de 2003)», en *CCJC*, núm. 63, 2003, pp. 1225 ss.
- ZURITA MARTÍN, Isabel: «Anotaciones al nuevo contrato de alimentos», en *RDPat.*, núm. 12, 2004, pp. 145 ss.
- «Evolución jurisprudencial en materia de responsabilidad civil por productos y servicios defectuosos», en *RDPat.*, núm. 12, 2004, pp. 533 ss.

DERECHOS REALES. DERECHO INMOBILIARIO REGISTRAL

- ALONSO PÉREZ, María Teresa: «Los requisitos formales de constitución del derecho de superficie: una ocasión más para la polémica entre la tesis unitaria y la dualista», en *RCDI*, núm. 680, 2004, pp. 3085 ss.
- ARRUÑADA, Benito: «Vías de acceso al Registro de la Propiedad: la experiencia española», en *RCDI*, núm. 680, 2004, pp. 3271 ss.
- BARRADA ORELLANA, Reyes: «La constitución del derecho real de retención sobre bienes muebles (Ley del Parlament de Catalunya 19/2002, de 5 de julio, de drets reals de garantia)», en *RCDI*, núm. 681, 2004, pp. 143 ss.
- BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena: «El artículo 153 de la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000», en *RGLJ*, núm. 3, 2002, pp. 375 ss.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «Propiedad intelectual: legitimación activa de las entidades de gestión; comunicación en las habitaciones de hotel (comentario a la STS de 10 de mayo de 2003)», en *CCJC*, núm. 63, 2003, pp. 1211 ss.

- «Propiedad intelectual: encargo de creación de programa de ordenador; cumplimiento del contrato por el comisionista; derechos del comitente sobre el programa de ordenador (comentario a la STS de 17 de mayo de 2003)», en *CCJC*, núm. 64, 2004, pp. 149 ss.
- BLANCO URZAIZ, Jorge: «El Registro de la propiedad y las nuevas tecnologías», en *EDJ*, núm. 43, 2002, pp. 145 ss.
- BLAS DE CAÑETE, Carlos: «Algunas consideraciones sobre el dinero, el depósito y la prenda», en *RCDI*, núm. 680, 2004, pp. 3113 ss.
- BOTANA GARCÍA, Gema Alejandra: «Acción reivindicatoria», en *AC*, núm. 11, 2004, pp. 1318 ss.
- BOTÍA VALVERDE, Antonio: «Viviendas de protección oficial y limitaciones del derecho de propiedad: prohibición de disponer y requisitos de los adquirentes. Lectura crítica de los artículos 10 y 13 del Real Decreto 1/2002», en *RJNot.*, núm. 45, 2003, pp. 9 ss.
- «Desafectación de vivienda destinada a portería y su venta libre de cargas (Comentario a la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 4 de junio de 2003)», en *RJNot.*, núm. 49, 2004, pp. 279 ss.
- CARRASCO PERERA, Ángel: «Los derechos de retención y anticresis en la Ley 19/2002, de Cataluña, de derechos reales de garantía», en *RJC*, núm. 1, 2004, pp. 5 ss.
- CASTÁN, Antonio: «Divagaciones en torno al ejercicio del derecho moral "post mortem auctoris"», en *RGLJ*, núm. 1, 2003, pp. 7 ss.
- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo: «De nuevo, sobre la multipropiedad: la exigencia constitutiva de escritura pública y su obligatoria inscripción registral en el nuevo régimen de aprovechamiento por turno (una réplica cordial)», en *RCDI*, núm. 680, 2004, pp. 3145 ss.
- DÍAZ VALES, Fernando: «El registro de bienes muebles: bienes y derechos inscribibles según la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado», en *RDP*, enero-febrero de 2004, pp. 78 ss.
- DOMÍNGUEZ CALATAYUD, Vicente: «Comentario de urgencia sobre la Disposición Final tercera de la Ley Orgánica 5/2003, de 25 de noviembre, que adiciona un párrafo, el séptimo, al artículo 20 de la Ley Hipotecaria», en *RCDI*, núm. 680, 2004, pp. 3381 ss.
- «Versión revisada de los comentarios de urgencia al Real Decreto 1039/2003, de 1 de agosto, tomando en consideración las Resoluciones de 26 de febrero y de 2 de octubre de 2003 y determinados artículos de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre», en *RCDI*, núm. 681, 2004, pp. 221 ss.
- El Real Decreto 1039/2003, desarrolla los artículos 19 bis.4 y 275 bis de la Ley Hipotecaria, aclara el artículo 18.2 del mismo cuerpo legal y modifica el artículo 360 del Reglamento Hipotecario. Estamos ante un estudio crítico y pormenorizado de los nueve artículos que componen el Real Decreto, así como de las dos disposiciones adicionales y única disposición transitoria de la norma (referida a calificación e inscripción de títulos).

FORCADA MIRANDA, Francisco Javier: «El Registro de la propiedad y las nuevas tecnologías. La publicidad formal. Acceso al proceso y efectos jurídicos», en *EDJ*, núm. 43, 2002, pp. 85 ss.

GALERA RODRIGO, Susana: «Sentencias civiles de condena sobre actividades autorizadas por la administración», en *RPJ*, núm. 69, 2003, pp. 375 ss.

El estudio versa sobre los límites, que la doctrina y las normas de Derecho Público han impuesto a las relaciones de vecindad, a falta de una regulación más precisa en el Código Civil (arts. 590 y 1908). La autora no considera deseable ni conveniente, la competencia de la jurisdicción civil para ventilar las relaciones de vecindad, examinadas en el artículo.

GARCÍA-VALDECASAS ALEX, Francisco Javier: «Registradores de la Propiedad y seguridad jurídica: de la calificación al dictamen de conciliación sobre Condiciones Generales», en *RCDI*, núm. 680, 2004, pp. 3171 ss.

GÓMEZ-FABRA GÓMEZ, José Luis: «La expropiación forzosa y el Registro de la Propiedad», en *RCDI*, núm. 681, 2004, pp. 165 ss.

GONZÁLEZ GOZALO, Alfonso: «El uso de secuencias audiovisuales ajenas en los programas de televisión», en *RPJ*, núm. 70, 2003, pp. 45 ss.

GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, Manuel: «Calificación registral teniendo en cuenta una certificación del Registro Mercantil presentada *a posteriori* que acredita la revocación de un poder», en *La Ley*, 2003-4, D-187.

— «Eficacia del retracto legal frente a los titulares registrales», en *La Ley*, 2003-4, D-190.

GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María: «Hipoteca. Cancelación parcial. Tracto sucesivo. Calificación conjunta de documentos. Relación con el principio de prioridad. Es posible practicar la cancelación parcial de hipoteca solicitada tras la calificación conjunta de la serie de documentos que constituyen un complejo de varios negocios jurídicos relacionados entre sí. No cabe apreciar falta de tracto sucesivo (comentario a la resolución de la DGRN de 11 de abril de 2003)», en *RCDI*, núm. 680, 2004, pp. 3413 ss.

— «Hipoteca. Cancelación de hipoteca en garantía de obligaciones al portador.

— Es suficiente para acreditar la extinción del derecho de hipoteca, la inutilización de los títulos por el Notario, tras comprobar que coinciden con los reseñados en la escritura de constitución de hipoteca (comentario a la resolución de la DGRN de 9 de junio de 2003)», en *RCDI*, núm. 680, 2004, pp. 3417 ss.

— «La determinación del crédito en la garantía hipotecaria (Hipotecas globales o flotantes en garantía de varias obligaciones indeterminadas)», en *RCDI*, núm. 681, 2004, pp. 249 ss.

— «Hipoteca en garantía de obligación a término incierto de exigibilidad (comentario a la resolución de la DGRN de 30 de septiembre de 2003)», en *RCDI*, núm. 681, 2004, pp. 354 ss.

- «Cancelación por caducidad de anotación preventiva (comentario a la resolución de la DGRN de 13 de diciembre de 2003)», en *RCDI*, núm. 681, 2004, pp. 357 ss.
- LA MONEDA DÍAZ, Francisco: «La impugnación del Acuerdo de la Junta de propietarios en relación con el artículo 7 de la Ley de Propiedad Horizontal», en *La Ley*, 2003-4, D-204.
- LACRUZ MANTECÓN, Miguel: «Propiedad intelectual y sociedad de la información», en *RGLJ*, núm. 3, 2002, pp. 3415 ss.
- LLORET CARMONA, Ignacio: «Los toros y el derecho de autor», en *RGLJ*, núm. 3, 2003, pp. 369 ss.
- LÓPEZ MEDEL, Jesús: «Principios hipotecarios-registrales de carácter internacional en una sociedad en globalización», en *RCDI*, núm. 681, 2004, pp. 271 ss.
- MARTÍN LEÓN, Antonio: «Usucapión, título nulo por defecto de forma y posesión en concepto de dueño», en *RD Pat.*, núm. 12, 2004, pp. 117 ss.
- MARTÍNEZ NIETO, Antonio: «El Registro de la Propiedad Intelectual. Cómo proteger el capital intelectual de los creadores y las organizaciones a través del derecho de autor», en *La Ley*, 2004-1, D-43.
- MONTÁNCHÉZ RAMOS, Manuel: «Aspectos registrales de la ejecución hipotecaria en la Ley de Enjuiciamiento civil», en *EDJ*, núm. 43, 2002, pp. 227 ss.
- OTERO LASTRES, José Manuel: «Las leyes y sus recopilaciones y anotaciones como objeto de propiedad intelectual», en *RGLJ*, núm. 3, 2003, pp. 399 ss.
- PERDIGÓ, Joan: «Naturalesa y règim jurídic de les aigües minerals», en *RJC*, núm. 1, 2004, pp. 67 ss.
- PRATS ALBENTOSA, Lorenzo: «La calificación de los poderes: interpretación judicial y de la DGRN del artículo 98 de la Ley 24/2001», en *La Ley*, 2003-4, D-171.
- El objeto del estudio se centra en la interpretación y aplicación jurisprudencial del artículo 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social. Dicho precepto establece ciertas obligaciones para el Notario, en aquellos casos en que se otorgan instrumentos públicos otorgados por representantes o apoderados. Las consecuencias derivadas de la norma, se extienden a los Registradores, tanto de la Propiedad como Mercantiles, en su obligación de calificar los documentos presentados, ex artículo 18 de la Ley Hipotecaria.
- RAMOS HERRANZ, Isabel: «Hipoteca. Reclamación extrajudicial (STS de 17 de junio de 2003)», en *DN*, núm. 162, 2004, pp. 33 ss.
- RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, Daniel: «Nulidad y rescisión de transmisión de propiedad y simultánea hipoteca de los bienes transmitidos en fraude de acreedores», en *RDBB*, núm. 92, 2004, pp. 197 ss.
- ROGEL VIDE, Carlos: «Interpretación y autoría», en *RGLJ*, núm. 4, 2002, pp. 643 ss.
- ROMÁN PÉREZ, Raquel: «La originalidad en la obra musical», en *RGLJ*, núm. 2, 2003, pp. 247 ss.

- SÁNCHEZ-PEGO, Francisco Javier: «La tutela judicial en el recurso gubernativo», en *EDJ*, núm. 43, 2002, pp. 15 ss.
- SERRERA CONTRERAS, Pedro Luis: «Más sobre los recursos contra las calificaciones registrales. Una referencia a la responsabilidad», en *RCDI*, núm. 680, 2004, pp. 3361 ss.
- VACAS GARCÍA-ALOS, Luis: «El derecho de las inmisiones y la protección contra la contaminación acústica», *La Ley*, 2003-5, D-244.
- VEIGA COPO, Abel B.: «Denegación de la inscripción registral de la llamada hipoteca “flotante” (comentario a la resolución de la DGRN de 12 de septiembre de 2003)», en *CCJC*, núm. 64, 2004, pp. 435 ss.
- YZQUIERDO TOLSADA, Mariano/ARIAS MAIZ, Vicente: «La televisión en las habitaciones de los hoteles: la historia interminable (con sus etapas ocultas)», en *La Ley*, 2003-5, D-264.

DERECHO DE FAMILIA

- AGUILAR RUIZ, Leonor: «Comunidad postganancial: ineficacia del acto dispositivo a título gratuito realizado por el cónyuge supérstite sin consentimiento de los demás cotitulares en la reciente jurisprudencia», en *RDPat.*, núm. 12, 2004, pp. 509 ss.
- ALONSO RODRÍGUEZ, Eva/SERRANO ARGUESO, Mariola/TOMÁS MARTÍNEZ, Gema: «Consideraciones jurídicas en torno al trabajo en el hogar. Un estudio laboral, civil y fiscal», en *La Ley*, 2003-5, D-237.
- ANGOSTO SÁEZ, José Fulgencio: «La situación de desamparo. La recuperación de la guarda y custodia de los padres (comentario a la STS de 23 de septiembre de 2002)», en *CCJC*, núm. 63, 2003, pp. 901 ss.
- BALCELLS ROCA, Marta: «Pensió d'aliments per al cònjuge i pensió compensatòria», en *RJC*, núm. 1, 2004, pp. 135 ss.
- BAYOD LÓPEZ, Carmen: «Pareja estable y requisitos de capacidad. Ámbito de aplicación de la ley aragonesa de parejas estables no casadas (Ley 6/1999 de 26 de marzo)», en *RGLJ*, núm. 4, 2002, pp. 539 ss.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «La competencia para legislar sobre parejas de hecho», en *DPC*, núm. 17, 2003, pp. 61 ss.
- CABEZUELO ARENAS, Ana Laura: «Los Tribunales españoles y el tratamiento del fraude en el ámbito de la pensión compensatoria», en *RPJ*, núm. 69, 2003, pp. 11 ss.
- CARBAJO GONZÁLEZ, Julio: «Régimen de visitas no supeditable al cumplimiento de pensión alimenticia (comentario a la STS de 26 de diciembre de 2002)», en *CCJC*, núm. 63, 2003, pp. 939 ss.
- CARPIO GONZÁLEZ, Ignacio: «Sobre la conveniencia de la disolución de la sociedad de gananciales desde la admisión de la demanda de separación o divorcio», en *La Ley*, 2004-1, D-30.

- CASTIELLA RODRÍGUEZ, José Javier: «La ley foral navarra para la igualdad jurídica de las parejas estables», en *RJNot.*, núm. 47, 2003, pp. 65 ss.
- CASTILLA, Margarita: «La alteración de los presupuestos esenciales de la obligación como causa de reducción o extinción de las pensiones alimenticias a favor de los hijos», en *RGLJ*, núm. 2, 2003, pp. 199 ss.
- CORRAL GARCÍA, Eduardo: «Algunas consideraciones sobre la protección de las personas mayores por el Derecho Civil: en especial, el papel del Notario como garante de la capacidad de los mayores», en *RJNot.*, núm. 46, 2003, pp. 27 ss.
- ESPADÁ MALLORQUÍN, Susana: «Enriquecimiento injusto y protección jurídica del conviviente supérstite. Comentario a la STS de 17 de junio de 2003 (RJ 2003, 4605)», en *RDPat.*, núm. 12, 2004, pp. 335 ss.
- GARCÍA POVEDA, Carmen: «La exceptio plurium concubentium. Cuestiones procesales que plantea en los procesos de filiación tras la entrada en vigor de la ley 1/ 2000», en *RGID*, 2003.
- GARRIDO TUNDIDOR, Carlos Manuel: «La posición procesal de los hijos sin plena capacidad en los procesos matrimoniales», *RPJ*, núm. 69, 2003, pp. 303 ss.
- GAVIDIA SÁNCHEZ, Julio V.: «Pactos entre convivientes, enriquecimiento injusto y libre ruptura de las uniones no matrimoniales», en *La Ley*, 2003-4, D-214.
- IGLESIA MONJE, María Isabel de la: «Convenio regulador. Denegación de la inscripción de ciertas cláusulas (comentario a la resolución de la DGRN de 11 de septiembre de 2003)», en *RCDI*, núm. 680, 2004, pp. 3410 ss.
- «Alimentos. Reclamación por hija extramatrimonial a su progenitor (comentario a la STS de 28 de noviembre de 2003)», en *RCDI*, núm. 681, 2004, pp. 351 ss.
- MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS, Eduardo: «El hecho de las parejas de hecho sin derecho», en *RJNot.*, núm. 45, 2003, pp. 203 ss.
- MAS BADÍA, María Dolores: «Uniones more uxorio. Disolución por voluntad unilateral de uno de los convivientes (comentario a la STS de 17 de enero de 2003)», en *CCJC*, núm. 63, 2003, pp. 981 ss.
- PEREÑA VICENTE, Montserrat: «Las uniones de hecho en la legislación autonómica. Análisis comparativo desde la Ley Catalana a la Ley Andaluza», en *La Ley*, 2003-4, D-182.
- PÉREZ MAYOR, Adrián: «Crisis matrimoniales e indemnización por daño moral», en *RJC*, núm. 1, 2004, pp. 163 ss.
- POU AMPUERO, Felipe: «Reversión de gananciales», en *RJNot.*, núm. 45, 2003, pp. 315 ss.
- RODRÍGUEZ PINEAU, Elena: «El nuevo reglamento comunitario sobre litigios matrimoniales y responsabilidad parental», en *La Ley*, 2004-1, D-25.
- ROMERO COLOMA, Aurelia María: «La nulidad del matrimonio canónico ante el Derecho del Estado», en *RJNot.*, núm. 49, 2004, pp. 187 ss.

- RUBIO GIMENO, Gemma: «L'any de viduïtat», en *RJC*, núm. 1, 2004, pp. 35 ss.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, María Paz: «Acogimiento familiar para personas mayores y otras alternativas al internamiento en centros geriátricos», en *RJNot.*, núm. 46, 2003, pp. 211 ss.
- SAURA ALBERDI, Beatriz: «Aspectos civiles de la Orden de Protección de las Víctimas de la Violencia doméstica», en *La Ley*, 2004-1, D-2.
- TOME TAMAME, José Carlos: «Especialidades de la prueba en los procesos matrimoniales contenciosos», en *La Ley*, 2003-5, D-229.
- VERDERA IZQUIERDO, Beatriz: «La eficacia del asentimiento de los padres del adoptando», en *RJNot.*, núm. 45, 2003, pp. 241 ss.

DERECHO DE SUCESIONES

- AGUILAR RUIZ, Leonor: «Comunidad postganancial: ineficacia del acto dispositivo a título gratuito realizado por el cónyuge supérstite sin consentimiento de los demás cotitulares en la reciente jurisprudencia», en *RDPat.*, núm. 12, 2004, pp. 509 ss.
- ARROYO I AMAYUELAS, Esther: «Los fondos de garantía del pago de pensiones de alimentos: ¿públicos o privados?», en *RD*, marzo-abril de 2004, pp. 209 ss.
- CERDÁ GIMENO, José: «Una aproximación actual a la sucesión testamentaria», en *RJNot.*, núm. 45, 2003, pp. 31 ss.
- «En torno a los fenómenos inter-normativos: en especial, en el ámbito sucesorio», en *RJNot.*, núm. 48, 2003, pp. 9 ss.
- DOWNES, Noemí: «El *Erbschein* en la práctica notarial española: ¿un documento necesario o simplemente útil?», en *RJNot.*, núm. 46, 2003, pp. 67 ss.
- HORNERO MÉNDEZ, César: «Interpretación del testamento: legado modal o disposición testamentaria sujeta a condición. Comentario a la STS de 21 de enero de 2003 (RJ 2003, 604)», en *RDPat.*, núm. 12, 2004, pp. 355 ss.
- IGLESIA PRADOS, Eduardo de la: «La interpretación del testamento. Comentario a la STS de 9 de octubre de 2003 (RJ 2003, 7232)», en *RDPat.*, núm. 12, 2004, pp. 367 ss.
- MENGUAL PRIETO, Ana María/QUIRÓS ROLDÁN, Antonio: «La masa hereditaria ante la Junta de Compensación», en *RDU*, núm. 207, 2003, pp. 87 ss.
- MINGORANCE GOSÁLVEZ, Carmen: «Antes que heredar, pagar», en *RJNot.*, núm. 46, 2003, pp. 169 ss.
- PASCUAL DE LA PARTE, César Carlos: «Partición de la herencia; cónyuge viudo e hijos menores. A propósito de la resolución de 10 de enero de 1994 y las secuelas de su dudosa doctrina», en *RJNot.*, núm. 49, 2004, pp. 303 ss.
- PEREÑA VICENTE, Montserrat: «El Derecho sucesorio como instrumento de protección del discapacitado», en *La Ley*, 2004-1, D-41.

- ROMERO PAREJA, Agustín: «Otorgamiento del testamento en tiempo de guerra», en *RJNot.*, núm. 48, 2003, pp. 151 ss.
- RUEDA ESTEBAN, Luis: «La modificación del párrafo segundo del artículo 1056 del Código civil», en *CDC*, núm. 39, 2003, pp. 105 ss.
- SAN SEGUNDO MANUEL, Teresa: «Sucesión en los títulos nobiliarios (comentario a la STS de 15 de septiembre de 2003)», en *RCDI*, núm. 681, 2004, pp. 363 ss.
- SAURA BALLESTER, Francisco: «Sobre las disposiciones testamentarias que dificultan el tráfico jurídico. Repaso a una vieja cuestión», en *RJNot.*, núm. 46, 2003, pp. 125 ss.
- TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, José Antonio: «¿Anular por reenvío la voluntad del testador?», en *La Ley*, 2003-4, D-196.
- VALLET DE GOYTISOLO, Juan Bms.: «Sustitución fideicomisaria condicional en caudal de acciones», en *RJNot.*, núm. 46, 2003, pp. 249 ss.
- VALLET REGÍ, Juan: «¿Existe antinomia entre los artículos 651 y 1049 del Código Civil?», en *RJNot.*, núm. 48, 2003, pp. 251 ss.
- DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón: «Constitución de usufructo en cuaderno particional sin asignación coetánea de nuda propiedad», en *RDPat.*, núm. 12, 2004, pp. 183 ss.
- YZQUIERDO TOLSADA, Mariano: «La planificación hereditaria», en *RGLJ*, núm. 3, 2002, pp. 469 ss.

DERECHO MERCANTIL

PARTE GENERAL. EMPRESA

- ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús: «Autorizar lo que no está prohibido: una crítica a la regulación de los acuerdos verticales», en *GJ*, núm. 229, 2004, pp. 51 ss.
- ARIAS RODRÍGUEZ, José Manuel: «Sobre el Reglamento (CE) núm. 1/2003 del Consejo relativo a la aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado CE y algunos de los problemas que plantea su aplicación», en *RPJ*, núm. 71, 2003, pp. 251 ss.
- BAILLO MORALES-ARCE, Jaime: «Aprobados los Códigos de Conducta de las entidades sin ánimo de lucro para la realización de inversiones temporales», en *RDBB*, núm. 93, 2004, pp. 332 ss.
- «Leve modificación de la Ley de Crédito al Consumo», en *RDBB*, núm. 92, 2004, pp. 252 ss.
- BARRES BENLLOCH, Pilar: «Nota informativa sobre la 36.ª sesión del plenario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho mercantil internacional (CNUDMI-UNCITRAL)», en *RDBB*, núm. 93, 2004, pp. 319 ss.

- CANDELAS SÁNCHEZ MIGUEL, María: «Aprobación de la Directiva sobre los requisitos de información con respecto a ciertos tipos de empresas», en *RDBB*, núm. 92, 2004, pp. 231 ss.
- CASADO CERVIÑO, Alberto: «La cotitularidad de la marca en el moderno derecho español», en *AC*, núm. 11, 2004, pp. 1137 ss.
- COSTAS COMESAÑA, Julio: «Marca renombrada. Infracción del derecho exclusivo de marca registrada por utilización por tercero en el tráfico económico de denominación social semejante a la marca inscrita para servicios no similares a los productos protegidos con la marca. Acción de nulidad de solicitud de la marca (comentario a la STS de 26 de junio de 2003)», en *CCJC*, núm. 63, 2003, pp. 1241 ss.
- DÍAZ MORENO, Alberto: «Préstamos hipotecarios destinados a adquisición de vivienda habitual: Ley 36/2003, de 11 de noviembre», en *DN*, núm. 161, 2004, pp. 27 ss.
- «Análisis y comentario de las principales modificaciones introducidas por la Ley de medidas en el ámbito bancario», en *DN*, núm. 161, 2004, pp. 27 ss.
- ENTRENA PALOMERO, Carlos: «La protección del inversor en el mercado de valores español», en *CDC*, núm. 38, 2002, pp. 147 ss.
- ESCUÍN IBAÑEZ, Irene: «La crisis del sistema de financiación de los cursos de idiomas», en *RDBB*, núm. 92, 2004, pp. 159 ss.
- ESTUPIÑÁN CÁCERES, Rosalía: «El resarcimiento de daños y perjuicios derivados de ilícitos antitrust: problemática que plantea y posibles soluciones», en *GJ*, núm. 230, 2004, pp. 63 ss.
- «El resarcimiento de daños y perjuicios derivado de ilícitos antitrust: problemática que plantea y posibles soluciones», en *CDC*, núm. 38, 2002, pp. 123 ss.
- FERNÁNDEZ AGUADO, Javier: «Nuevo documento de AECA sobre contabilidad de gestión: “contabilidad de gestión para la toma de decisiones”», en *DN*, núm. 161, 2004, pp. 46 ss.
- «Modificaciones introducidas por la Ley de Medidas en la Ley de Auditoría de Cuentas», en *DN*, núm. 162, 2004, pp. 51 ss.
- «Normas internacionales de contabilidad: Revisión de trece normas», en *DN*, núm. 161, 2004, pp. 51 ss.
- «Régimen simplificado de la contabilidad, comentario al RD 296/2004, de 20 de febrero», en *DN*, núm. 163, 2004, pp. 41 ss.
- «Modificación del Plan de Contabilidad de las entidades aseguradoras, RD 298/2004, de 20 de febrero», en *DN*, núm. 163, 2004, pp. 43 ss.
- «Nuevas Normas de Auditoría sometidas a información pública: sobre la elaboración de un informe complementario; sobre utilización de técnicas de muestreo y de otros procedimientos de comprobación selectiva y sobre otra información incluida en documentos que acompañan a las cuentas auditadas», en *DN*, núm. 164, 2004, pp. 59 ss.

- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Carmen: «La información de trascendencia tributaria y el secreto profesional de los auditores de cuentas», en *RDBB*, núm. 93, 2004, pp. 267 ss.
- FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos: «La unificación del Derecho Mercantil internacional en los procesos de integración económica: la experiencia europea», en *La Ley*, 2003-4, D-211.
- GABEIRAS, José M.: «Un modo macroeconómico sencillo de un Sistema de Medios de Pago. Una propuesta de determinación de la tasa de intercambio», en *GJ*, núm. 230, 2004, pp. 77 ss.
- GARCÍA GARCÍA, Eduardo: «Nuevas oportunidades para la segregación de activos en Italia», en *RDBB*, núm. 93, 2004, pp. 313 ss.
- GÓMEZ MENDOZA, María: «Ley Tipo de Defensa de la Competencia (UNCTAD)», en *RDBB*, núm. 92, 2004, pp. 232 ss.
- GUTIÉRREZ, Inmaculada: «Normativa sobre restricciones verticales: un viaje de ida y vuelta al enfoque económico», en *GJ*, núm. 229, 2004, pp. 91 ss.
- LEACH ROS, Blanca: «Las cuentas anuales en la legislación vigente en España y en la Unión Europea», en *CDC*, núm. 37, 2002, pp. 133 ss.
- LLOBREGAT HURTADO, María Luisa: «El nuevo régimen jurídico del diseño industrial en Derecho español», en *La Ley*, 2003-5, D-235.
- MARCOS, Francisco: «El derecho de defensa de la competencia en los nuevos Estados miembros de la Unión Europea», en *GJ*, núm. 229, 2004, pp. 82 ss.
- PEDRAZ CALVO, Mercedes: «Sentencias dictadas por la Audiencia Nacional en recursos contra acuerdos del Tribunal de Defensa de la Competencia. Segundo semestre 2003», en *GJ*, núm. 230, 2004, pp. 99 ss.
- PÉREZ PRADO, José Manuel/PASAS OGALLAR, Juan: «Efectos de red y competencia en mercados de nuevas tecnologías de la información», en *GJ*, núm. 230, 2004, pp. 117 ss.
- PÉREZ PUELLO, María Anunciación: «¿Ética o legalidad en el gobierno de las grandes empresas?», en *La Ley*, 2003-5, D-261.
- PRAT, Carles: «Comercio paralelo: un flujo de productos y novedades jurídicas que no cesa. La doble perspectiva del Derecho marcario y del Derecho antitrust», en *GJ*, núm. 230, 2004, pp. 27 ss. .
- RODRÍGUEZ DÍAZ, Isabel: «El ilícito antitrust como ilícito desleal. El resarcimiento de daños y perjuicios», en *CDC*, núm. 38, 2002, pp. 89 ss.
- ROMERO FERNÁNDEZ, Jesús Antonio: «La patentabilidad de las invenciones biotecnológicas», en *La Ley*, 2003-4, D-174.
- RUIZ PERIS, Ignacio: «Grupo y área de consolidación en el Código de Comercio», en *RDBB*, núm. 92, 2004, pp. 255 ss.
- SÁNCHEZ CALERO, Fernando: «Modificación del régimen del Comité de Auditoría», en *RDBB*, núm. 92, 2004, pp. 234 ss.
- SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan: «Aprobado el régimen simplificado para la contabilidad de pequeñas y medianas empresas», en *RDBB*, núm. 93, 2004, pp. 336 ss.

- SÁNCHEZ SILVA, Jesús: «Propiedad industrial. Competencia desleal (comentario a la STS de 16 de diciembre de 2002)», en *RCDI*, núm. 681, 2004, pp. 381 ss.
- SANZ CABALLERO, Juan Ignacio: «Diversas consideraciones sobre financiación sindicadas», en *CDC*, núm. 37, 2002, pp. 171 ss.
- SORIANO, José Eugenio: «Uniones Temporales de Empresas ¿un caso especial de Derecho de la Competencia?», en *GJ*, núm. 230, 2004, pp. 45 ss.
- TAPIA HERMIDA, Javier: «Las normas de conducta en el mercado de valores», en *RGLJ*, núm. 3, 2003, pp. 447 ss.
- TATO PLAZA, ANXO: «Abuso del derecho por retraso desleal en el ejercicio de las acciones por violación de la marca frente al uso previamente tolerado de la marca por un tercero: inexistencia en quien ejercita un derecho reconocido por la Ley para evitar un perjuicio derivado de la conducta del demandado (comentario a la STS de 3 de febrero de 2003)», en *CCJC*, núm. 63, 2003, pp. 1017 ss.
- TOBÍO RIVAS, Ana María/GINER PARREÑO, César A.: «Medidas de reforma económica: Ley 36/2003, de 11 de noviembre», en *DN*, núm. 160, 2004, pp. 52 ss.
- «Carga de la prueba en Derecho de marcas: STJCE de 8 de abril de 2003», en *DN*, núm. 160, 2004, pp. 52 ss.
- «Modificación del Reglamento núm. 40/94, sobre marca comunitaria», en *DN*, núm. 164, 2004, pp. 67 ss.
- «Nuevo Reglamento sobre ayudas estatales a las PYMES del sector transformación y comercialización de productos agrarios», en *DN*, núm. 164, 2004, pp. 67 ss.
- TORRE DE SILVA Y LÓPEZ DE LETONA, Javier: «La regulación en materia de precios: los precios de la telefonía fija», en *GJ*, núm. 229, 2004, pp. 68 ss.

DERECHO DE SOCIEDADES

- AMORES CONRADI, Miguel A.: «Ubi societates europaea. Sobre el domicilio social y legislación(es) aplicable(s) a la Sociedad Anónima Europea (SE)», en *RJUAM*, núm. 8, 2003, pp. 25 ss.
- APARICIO GONZÁLEZ, María Luisa/VEIGA COPO, Abel B.: «Financiación externa e insolvencia de la sociedad emisora», en *CDC*, núm. 38, 2002, pp. 11 ss.
- ARRANZ PUMAR, Gregorio: «Informe anual de gobierno corporativo y otros instrumentos de información de las sociedades anónimas cotizadas y otras entidades», en *DN*, núm. 161, 2004, pp. 57 ss.
- «Informe anual de gobierno de las sociedades anónimas cotizadas y otras entidades emisoras de valores: Circular 1/2004, de 17 de marzo», en *DN*, núm. 164, 2004, pp. 73 ss.

- AUGOUSTATOS ZARCO, Nikolás: «Sociedades de capital. Responsabilidad de los administradores: acciones de responsabilidad contra los administradores; plazo de prescripción de las acciones de responsabilidad contra los administradores (comentario a la STS de 6 de marzo de 2003)», en *CCJC*, núm. 63, 2003, pp. 1121 ss.
- AUGUSTO ZABALA, Gastón: «Sociedad limitada nueva empresa», en *CDC*, núm. 39, 2003, pp. 285 ss.
- ÁVILA DE LA TORRE, Alfredo: «Junta general ordinaria no celebrada en el plazo legalmente fijado. Nulidad de la Junta celebrada después de los seis primeros meses del ejercicio social. Incompetencia de la Junta general extraordinaria para la aprobación del balance y cuentas del ejercicio anterior. Necesidad de convocatoria judicial ex art. 101 LSA (comentario a la STS de 3 de abril de 2003)», en *CCJC*, núm. 63, 2003, pp. 1165 ss.
- AYALA, Alberto: «Incremento de la transparencia de las sociedades en la Ley francesa sobre Seguridad Financiera», en *RDBB*, núm. 92, 2004, pp. 249 ss.
- CABANAS TREJO, Ricardo: «Constitución de la sociedad nueva empresa: escritura y procedimiento registral», en *CDC*, núm. 39, 2003, pp. 141 ss.
- CAMPINS VARGAS, Aurora: «Reducción de capital en una Sociedad de Responsabilidad Limitada (comentario a la resolución de la DGRN de 27 de marzo de 2001)», en *RCDI*, núm. 680, 2004, pp. 3447 ss.
- CAMPUZANO LAGUILLO, Belén: «Las participaciones sociales sin derecho de voto», en *CDC*, núm. 39, 2003, pp. 51 ss.
- COBO DEL ROSAL, Alejandra: «Principales aspectos del nuevo régimen jurídico de la sociedad corporativa europea (Reglamento núm. 1435/2003 del Consejo Europeo, de 22 de julio de 2003)», en *RDS*, núm. 21, 2003, pp. 484 ss.
- CONDE TEJÓN, Antonio: «Cesión legal de activo y pasivo: caracteres, naturaleza jurídica, procedimiento y efectos de la operación [RDGRN de 22 de mayo 2002 (RJ 2002, 9139)]», en *RDS*, núm. 21, 2003, pp. 261 ss.
- DESDENTADO BONETE, Aurelio: «Administradores sociales: últimas noticias contradictorias», en *La Ley*, 2003-5, D-252.
- DIOS MARTÍNEZ, Luis Miguel/RECALDE CASTELLS, Andrés J.: «Los pactos parasociales en la Ley de Transparencia: una cuestión polémica», en *La Ley*, 2004-1, D-7.
- DOMÍNGUEZ RODICIO, José Ramón: «Las sociedades limitadas nueva empresa. Consideraciones fiscales», en *CDC*, núm. 39, 2003, pp. 327 ss.
- ELÍAS-OSTÚA RIPOLL, Raúl de: «Evolución y situación actual. Reactivación del derecho de sociedades», en *CDC*, núm. 37, 2002, pp. 83 ss.
- «La nueva Ley de sociedad limitada nueva empresa: oportunidad de la norma y principios en que se inspira», en *CDC*, núm. 39, 2003, pp. 11 ss.
- EMBID IRUJO, José Miguel: «La “sociedad limitada nueva empresa” en el marco del Derecho español de sociedades», en *RJNot.*, núm. 46, 2003, pp. 107 ss.

- EMPARANZA, Alberto: «El Reglamento de la Junta de Accionistas tras la nueva Ley 26/2003, de 17 de julio, de transparencia de las sociedades cotizadas», en *RDS*, núm. 21, 2003, pp. 149 ss.
- ESTEBAN DE LA ROSA, Fernando: «Vía libre a la movilidad de las sociedades en la Unión Europea: la sentencia TJCE de 30 de septiembre de 2003 (asunto C-167/01 “Inspire Art”)», en *La Ley*, 2003-5, D-295.
- FERNÁNDEZ DE ARAOZ GÓMEZ-ACEBO, Alejandro: «Desarrollos jurisprudenciales recientes en los EEUU sobre el alcance de la responsabilidad del consejo de administración en relación con la retribución e indemnización de sus integrantes y de altos directivos de la compañía», en *RDBB*, núm. 93, 2004, pp. 299 ss.
- «El concepto de “acción concertada” en la normativa alemana sobre opas: la decisión del BaFin (Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht) de 23 de enero de 2004 en el asunto “Beiersdorf”», en *RDBB*, núm. 93, 2004, pp. 334 ss.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis: «“Green mail” y amortización no paritaria de acciones y de participaciones. Un examen crítico del estado de la cuestión en nuestra “jurisprudencia”», en *RDS*, núm. 21, 2003, pp. 39 ss.
- «El Reglamento de la Junta General en la Ley de Transparencia de las Sociedades Anónimas Cotizadas (art. 113 LMV)», en *RDBB*, núm. 93, 2004, pp. 55 ss.
- FERNÁNDEZ-TRESGUERRAS GARCÍA, Ana: «La Ley, 7/2003, de 1 de abril, de la sociedad limitada nueva empresa por la que se modifica la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de sociedades de responsabilidad limitada (I). La sociedad limitada nueva empresa», en *La Ley*, 2004-1, D-18.
- «La Ley, 7/2003, de 1 de abril, de la sociedad limitada nueva empresa por la que se modifica la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de sociedades de responsabilidad limitada (II). La sociedad familiar», en *La Ley*, 2004-1, D-19.
- FUENTES NAHARRO, Mónica: «La extensión de responsabilidad a la sociedad matriz por hechos ilícitos de la filial (en torno a la STS de 4 de junio de 2002)», en *RDS*, núm. 21, 2003, pp. 283 ss.
- GALINDO GIL, Pedro: «El procedimiento de constitución telemática de la sociedad limitada nueva empresa», en *CDC*, núm. 39, 2003, pp. 77 ss.
- GARCÍA TOBAJAS, Alberto: «¿Cuál es el procedimiento para llevar a cabo la reversión de la forma de representación de las acciones en anotaciones en cuenta a títulos?», en *RDS*, núm. 21, 2003, pp. 233 ss.
- GARCÍA VIDAL, Ángel/MAROÑO GARGALLO, María del Mar: «La sociedad de capital sin socios: ¿quimera o realidad?», en *RDS*, núm. 21, 2003, pp. 191 ss.
- GINER GARCÍA, David: «Aproximación a la regulación del sistema de publicidad de los pactos parasociales en la Ley 26/2003», en *La Ley*, 2003-5, D-265.
- GÓMEZ PORRÚA, Juan Manuel: «Innecesaria publicación del acuerdo de reducción social en una sociedad anónima», en *DN*, núm. 160, 2004, pp. 21 ss.

- «Reconocimiento estatutario del derecho de separación por voluntad unilateral del socio», en *DN*, núm. 160, 2004, pp. 21 ss.
 - «Análisis y comentario de las principales modificaciones introducidas por la Ley de Medidas en el TR de la LSA, LSRL y LMV», en *DN*, núm. 161, 2004, pp. 21 ss.
 - «Las empresas familiares que se acojan a la fórmula societaria deben soportar las cargas que tal figura conlleva (STS de 29 de septiembre de 2003)», en *DN*, núm. 162, 2004, pp. 29 ss.
 - «Derecho de los accionistas con participación mínima del 5 % en el capital social, al nombramiento de auditor en sociedades no obligadas a verificación contable (RDGRN de 1 de diciembre de 2003)», en *DN*, núm. 162, 2004, pp. 29 ss.
 - «Análisis y comentario del régimen simplificado de contabilidad para la sociedad limitada Nueva empresa, RD 26/2004, de 20 de febrero», en *DN*, núm. 163, 2004, pp. 19 ss.
 - «El modelo del informe anual de buen gobierno corporativo, la Circular 1/2004, de 17 de marzo», en *DN*, núm. 164, 2004, pp. 31 ss.
- GONZÁLEZ NAVARRO, Blas Alberto: «En torno al cumplimiento alternativo de los administradores sociales: el concurso preventivo», en *La Ley*, 2003-5, D-233.
- GUILARTE GUTIÉRREZ, Alfonso: «Revisión de las aportaciones al Fondo de Garantía de Depósitos en Cooperativas de Crédito», en *RDBB*, núm. 92, 2004, pp. 231 ss.
- IBÁÑEZ JIMÉNEZ, Javier Wenceslao: «La comisión de control de cumplimiento normativo (*compliance committee*) del Consejo de Administración», en *RDBB*, núm. 92, 2004, pp. 49 ss.
- LARA GONZÁLEZ, Rafael: «La incidencia de la reforma del sistema financiero sobre las entidades de capital riesgo», en *RJN*, núm. 35, 2003, pp. 195 ss.
- LÓPEZ MARTÍNEZ, Manuel: «Principio de legalidad y reforma del Reglamento de OPAS», en *La Ley*, 2003-4, D-164.
- MADRIDEJOS FERNÁNDEZ, Alfonso: «El régimen jurídico de la sociedad nueva empresa», en *CDC*, núm. 39, 2003, pp. 161 ss.
- MALUQUER DE MOTES BERNET, Carlos J.: «Los códigos de conducta como fuente de derecho», en *DPC*, núm. 17, 2003, pp. 361 ss.
- Análisis del artículo 18 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de Información, que recoge los Códigos de Conducta previstos en la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio, relativa a determinados aspectos de los servicios de la sociedad de la información y, en particular, del comercio electrónico en el mercado interior. El autor defiende su configuración como fuentes del Derecho.
- MARÍN CALERO, Carlos: «Ley de la Sociedad Limitada Nueva Empresa», en *RJNot.*, núm. 46, 2003, pp. 211 ss.
- MARTÍ MOYA, Vanessa: «Apuntes sobre el régimen de la fusión en la reforma del Derecho de Sociedades en Italia», en *RDM*, núm. 251, 2004, pp. 291 ss.

- MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS, Eduardo: «Sociedad limitada nueva empresa (Ley 7/2003, de 1 de abril)», en *RJNot.*, núm. 47, 2003, pp. 85 ss.
- MEJÍAS GÓMEZ, Javier: «Acciones y participaciones propias», en *CDC*, núm. 37, 2002, pp. 11 ss.
- MIRANDA SERRANO, Luis María: «La relevancia distintiva de las denominaciones y razones sociales en la Ley 17/2001, de Marcas», en *RDS*, núm. 21, 2003, pp. 109 ss.
- MUÑOZ GARCÍA, Alberto: «El informe del Auditor en los supuestos de exclusión del derecho de suscripción preferente. Resolución de 28 de abril de 2003, del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, por la que se somete a información pública la Norma Técnica de elaboración del Informe Especial sobre exclusión del derecho de suscripción preferente en el supuesto del artículo 159 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas», en *RDS*, núm. 21, 2003, pp. 477 ss.
- MUÑOZ PÉREZ, Ana Felicitas: «El nuevo régimen italiano de la disolución y liquidación de las sociedades de capital», en *RDS*, núm. 21, 2003, pp. 471 ss.
- NAVARRO LÉRIDA, María Sagrario: «Convocatoria de la Junta General de una Sociedad Anónima por un consejero-delegado en un Consejo de Administración de dos miembros (Comentario a la STS de 4 de diciembre de 2002)», en *RDS*, núm. 21, 2003, pp. 297 ss.
- PAZ-ARES, Cándido: «El gobierno corporativo como estrategia de creación de valor», en *RDM*, núm. 251, 2004, pp. 7 ss.
- PEÑAS MOYANO, Benjamín: «Tratamiento de la función, naturaleza, interpretación y límites de los estatutos de la sociedad anónima española en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y en las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado», en *RDS*, núm. 21, 2003, pp. 247 ss.
- POU AMPUERO, Felipe: «Reducción de capital en SL con cargo a reservas», en *RJNot.*, núm. 46, 2003, pp. 241 ss.
- PUYOL MARTÍNEZ-FERRANDO, Blanca: «Revisión del Código del Buen Gobierno Británico», en *RDBB*, núm. 92, 2004, pp. 250 ss.
- Artículo sobre la modificación al Código de Buen Gobierno o *Combined Code*, realizada el 23 de julio de 2003. Dicho Código, ahora denominado *Combined Code on Corporate Governance*, es, desde el 1 de noviembre de 2003, aplicable a las sociedades cotizadas y se refiere, fundamentalmente, a la estructura y funciones de los Consejos de Administración.
- «Orden ECO/3722/2003, de 26 de diciembre, sobre el informe anual de gobierno corporativo y otros instrumentos de información de las sociedades anónimas cotizadas y otras entidades», en *RDBB*, núm. 93, 2004, pp. 296 ss.
- RODRÍGUEZ ARTIGAS, Fernando: «Sociedad de responsabilidad limitada y empresa familiar (notas sobre una reforma de la LSRL)», en *RDS*, núm. 21, 2003, pp. 15 ss.

- RUBIO VICENTE, Pedro J.: «Una aproximación al abuso de la minoría en la sociedad anónima», en *RDS*, núm. 21, 2003, pp. 81 ss.
- SÁEZ LACAVE, María Isabel: «Una aproximación al derecho de las OPAs competidoras (A propósito de una reforma reciente)», en *RDBB*, núm. 92, 2004, pp. 7 ss.
- SÁNCHEZ ANDRÉS, Aníbal: «Sobre los modos de oposición a una opa hostil: Blindajes y otras medidas defensivas», en *RJUAM*, núm. 8, 2003, pp. 331 ss.
- SÁNCHEZ CALERO, Fernando: «Aprobación del Reglamento y de la Directiva sobre la Sociedad Cooperativa europea», en *RDBB*, núm. 92, 2004, pp. 229 ss.
- «Los pactos parasociales en la reforma del *Codice Civile*», en *RDBB*, núm. 92, 2004, pp. 253 ss.
- «Publicidad del Registro de operaciones sobre acciones propias», en *RDBB*, núm. 93, 2004, pp. 338 ss.
- SEQUEIRA MARTÍN, Adolfo/SACRISTÁN BERGIA, Fernando: «Una reflexión sobre la responsabilidad de los miembros del Consejo Rector de las cooperativas», en *RDS*, núm. 21, 2003, pp. 219 ss.
- TAPIA HERMIDA, Alberto Javier: «Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo sobre sanción a una sociedad de valores por negociación por cuenta propia con los titulares de las carteras que gestiona», en *RDBB*, núm. 92, 2004, pp. 239 ss.
- «La Directiva 2003/41/CE sobre los Fondos de Pensiones de Empleo», en *RDBB*, núm. 92, 2004, pp. 245 ss.
- TAPIA SÁNCHEZ, María Rosa: «Consecuencias civiles por inexactitudes u omisiones del folleto informativo de OPA/OPS», en *RDBB*, núm. 92, 2004, pp. 49 ss.
- TASSINARI, Federico: «La reforma de la sociedad de responsabilidad limitada en Italia», en *CDC*, núm. 37, 2002, pp. 205 ss.
- TRÍAS SAGNIER, Miguel: «El Consejo de Administración como órgano garante del buen gobierno en la sociedad cotizada», en *RDS*, núm. 21, 2003, pp. 165 ss.
- VALLET DE GOYTISOLO, Juan Bms.: «Sustitución fideicomisaria condicional en caudal de acciones», en *RJNot.*, núm. 46, 2003, pp. 249 ss.
- VIERA GONZÁLEZ, A. Jorge: «Anotaciones a los estatutos orientativos de la sociedad limitada. Nueva empresa y posibilidad de configuraciones diversas», en *RDS*, núm. 21, 2003, pp. 207 ss.

INSTITUCIONES Y AGENTES AUXILIARES DEL TRÁFICO

- ARRANZ PUMAR, Gregorio: «Análisis de legislación en proyecto: la nueva Orden por la que se regulan determinados aspectos de los préstamos de valores (art. 36.7 de la LMV) y la Circular sobre información de las IIC extranjeras inscritas en los Registros de la CNMV», en *DN*, núm. 160, 2004, pp. 59 ss.

- FERNÁNDEZ AGUADO, Javier: «La nueva Ley de Instituciones de Inversión Colectiva desde el punto de vista contable», en *DN*, núm. 162, 2004, pp. 51 ss.
- FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, María Cristina: «Los distribuidores independientes frente al no agotamiento del derecho de marca en los Estados Unidos: los diferentes tipos de infracciones», en *RDM*, núm. 251, 2004, pp. 247 ss.
- FRANCH VALVERDE, Enrique: «Bancos y consumidores», en *CDC*, núm. 38, 2002, pp. 179 ss.
- GALÁN SÁNCHEZ, Rosa María: «Análisis de la nueva Ley de Instituciones de Inversión Colectiva», en *DN*, núm. 160, 2004, pp. 33 ss.
- GUILARTE GUTIÉRREZ, Alfonso: «Memoria del Servicio de Reclamaciones del Banco de España 2002», en *RDBB*, núm. 92, 2004, pp. 244 ss.
- LEGUINA VILLA, Jesús: «Notas sobre la autonomía del Banco de España dentro del SEBC y sus fuentes normativas», en *DPC*, núm. 17, 2003, pp. 307 ss.
- OLIVA BLÁZQUEZ, Francisco: «La responsabilidad del comisionista por defectuoso asesoramiento financiero. Nota al hilo de las SSTs de 20 de enero de 2003 (RJ 2003, 350) y 30 de enero de 2003 (RJ 2003, 2024)», en *RDPat.*, núm. 12, 2004, pp. 523 ss.
- PULIDO QUECEDO, Manuel: «Nueva Ley de Instituciones de Inversión Colectiva: Ley 35/2003, de 4 de noviembre», en *DN*, núm. 160, 2004, pp. 48 ss.
- TAPIA HERMIDA, Alberto Javier: «La Ley, 35/2003, de Instituciones de Inversión Colectiva. Una aproximación general a su contenido», en *RDBB*, núm. 93, 2004, pp. 175 ss.

CONTRATOS MERCANTILES

- ESPIGARES HUETE, José Carlos: «Actualidad y vigencia práctica de las garantías “a primer requerimiento” en la reciente jurisprudencia», en *RDBB*, núm. 92, 2004, pp. 135 ss.
- GIRGADO PERANDONES, Pablo: «La evolución histórica y la realidad actual del principio indemnizatorio en el contrato de seguro», en *RDM*, núm. 251, 2004, pp. 139 ss.
- LÓPEZ-ARCAS Y LOSTALET, José María: «Algunas cuestiones teológicas (comentario a la RDGRN de 24 de septiembre de 2003)», en *CDC*, núm. 38, 2002, pp. 203 ss.
- Artículo relativo a la función del Notario en la celebración de un contrato mercantil.
- MORILLAS JARILLO, María José: «Legislación sobre seguros privados: Ley 34/2003, de 4 de noviembre», en *DN*, núm. 160, 2004, pp. 63 ss.
- «Interpretación de cláusula de cobertura temporal de seguro de responsabilidad civil contratado por abogado. Cláusula *claim made*: STS de 4 de julio de 2003», en *DN*, núm. 162, 2004, pp. 75 ss.

- «Carácter abusivo de la cláusula de rescisión postsiniestro: STS de 31 de mayo de 2003», en *DN*, núm. 162, 2004, pp. 75 ss.
 - «Sentencias más relevantes del TS sobre: el Convenio de Ginebra sobre Transporte Internacional de Mercancías por Carretera; la responsabilidad del Consorcio de Compensación de seguros; pólizas multirriesgo, etc.», en *DN*, núm. 164, 2004, pp. 77 ss.
- PORFIDIO CARPIO, Leopoldo José: «Ley de firma electrónica: Ley 59/2003, de 19 de diciembre», en *DN*, núm. 161, 2004, pp. 62 ss.
- «Jurisprudencia: Análisis del contrato de compraventa mercantil y distinción con figuras afines. Inaplicabilidad del seguro naval de las normas relativas a los seguros terrestres», en *DN*, núm. 161, 2004, pp. 62 ss.
 - «Distintivo público de confianza en los servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico, RD 292/2004, de 20 de febrero», en *DN*, núm. 163, 2004, pp. 59 ss.
 - «Sector seguros: Modificación de su contabilidad y del Reglamento de Ordenación y Supervisión de los seguros privados, RD 297/2004, de 20 de febrero», en *DN*, núm. 163, 2004, pp. 59 ss.
 - «Jurisprudencia destacada del Tribunal Supremo sobre Seguros, Arbitraje, Suspensión de Pagos, etc.», en *DN*, núm. 163, 2004, pp. 59 ss.
- RAMOS HERRANZ, Isabel: «Préstamo. Reclamación de crédito: SAP de Córdoba de 4 de abril de 2003», en *DN*, núm. 162, 2004, pp. 33 ss.
- VÁZQUEZ RUANO, Trinidad: «La comisión mercantil: responsabilidad de la entidad comisionista por impago de los valores emitidos por tercero», en *RDBB*, núm. 93, 2004, pp. 7 ss.
- VELASCO FABRA, Guillermo José: «Efectos patrimoniales de la extinción del contrato de agencia. Comentario a la STS de 7 de abril de 2003 (RJ 2003, 2951)», en *RDPat.*, núm. 12, 2004, pp. 387 ss.

TÍTULOS VALOR. LETRA DE CAMBIO Y CHEQUE

- BONET NAVARRO, José: «Juicio cambiario: algunas respuestas a demasiadas cuestiones controvertidas», *RPJ*, núm. 71, 2003, pp. 193 ss.
- DÍAZ MORENO, Alberto: «Comentario a sentencias del TS sobre depósito de valores administrados y preferencia y prelación de créditos», en *DN*, núm. 163, 2004, pp. 23 ss.
- Artículo sobre la STS de 27 de mayo de 2003, relativa a la facultad del depositante de requerir la restitución de valores mobiliarios cuando lo estime conveniente y a su plazo de prescripción.
- GARCÍA MANDALONIZ, Marta: «Efectos de la emisión de obligaciones y efectos de su prohibición», en *RGID*, 2003.
- RAMOS HERRANZ, Isabel: «Fianza. Doctrina sobre la letra de cambio aplicable a otros documentos mercantiles: SAP Badajoz de 14 de marzo de 2003», en *DN*, núm. 162, 2004, pp. 33 ss.

SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan: «De nuevo: La falta de indicación del tomador de la letra y la jurisprudencia contradictoria», en *RDBB*, núm. 92, 2004, pp. 217 ss.

DERECHO CONCURSAL

CUGAT MAURI, Miriam: «El impacto de la nueva Ley Concursal en el delito de quiebra», en *La Ley*, 2004-1, D-11.

CURIEL LORENTE, Fernando: «Proyecto de Ley Concursal. Aspectos registrales, en particular en relación con el registro de la propiedad inmobiliaria», en *EDJ*, núm. 43, 2002, pp. 327 ss.

DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel: «El recurso de apelación: el “emplazamiento de las partes” como novedad introducida por la nueva Ley Concursal», en *La Ley*, 2003-4, D-211.

DÍAZ RUIZ, Emilio/RUIZ BACHS, Salvador: «Efectos indeseables de la nueva Ley Concursal sobre el sistema financiero», en *La Ley*, 2003-4, D-168.

DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés: «El privilegio general de los créditos por cesión de derechos de autor y por trabajo personal no dependiente dentro de la Ley Concursal», en *La Ley*, 2004-1, D-36.

ESCRIBANO GÁMIR, Rosario: «La reintegración de la masa activa del concurso», en *CDC*, núm. 38, 2002, pp. 47 ss.

FAIRÉN GUILLÉN, Víctor: «La solicitud de concurso por el deudor en la nueva Ley Concursal», en *RDM*, núm. 251, 2004, pp. 225 ss.

FARIAS BATLLE, Mercedes: «La calificación del concurso: presupuestos objetivos, sanciones y presunciones legales», en *RDM*, núm. 251, 2004, pp. 67 ss.

FERNÁNDEZ RUIZ, José Luis: «La propuesta anticipada de convenio en la Ley Concursal», en *RDM*, núm. 251, 2004, pp. 199 ss.

GONZÁLEZ BILBAO, Emilio: «Flexibilidad del concurso para ofrecer una solución personalizada a la situación del deudor», en *La Ley*, 2003-5, D-281.

GONZÁLEZ NAVARRO, Blas Alberto: «En torno al cumplimiento alternativo de los administradores sociales: el concurso preventivo», en *La Ley*, 2003-5, D-233.

LARGO GIL, Rita: «La insolvencia de las empresas de servicios de inversión», en *RDBB*, núm. 93, 2004, pp. 7 ss.

LÓPEZ-BARAJA PEREA, Inmaculada: «La ejecución general administrativa de las entidades aseguradoras y la nueva Ley Concursal», en *La Ley*, 2003-5, D-243.

MAGRO SERVET, Vicente: «La intervención de la Administración concursal en los juicios de desahucio iniciados contra el deudor en la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio», en *La Ley*, 2003-4, D-207.

- «El procurador ante la nueva Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio», en *La Ley*, 2003-5, D-239.
- MARTÍN CONTRERAS, Luis: «La constitución de la Junta de acreedores en el procedimiento concursal», en *AC*, núm. 11, 2004, pp. 1253 ss.
- MARTÍNEZ LUCAS, José Antonio: «La posición jurídica de los trabajadores en la nueva Ley Concursal», *La Ley*, 2003-5, D-242.
- MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, María Dolores: «Las causas de preferencia crediticia tras la Ley Concursal», en *RCDI*, núm. 681, 2004, pp. 187 ss.
- MONTÉS REIG, Luis: «¿Cómo debe acreditar el deudor que solicita la declaración de concurso la concurrencia del presupuesto objetivo necesario a tal efecto?», en *RD Pat.*, núm. 12, 2004, pp. 153 ss.
- MORILLAS GARILLO, María José: «Reforma de la Ley Concursal: Ley 36/2003, de 11 de noviembre», en *DN*, núm. 160, 2004, pp. 63 ss.
- SANCHO GARGALLO, Ignacio: «La formación de las masas activa y pasiva en el proyecto de Ley Concursal», en *EDJ*, núm. 43, 2002, pp. 299 ss.
- SANJUAN Y MUÑOZ, Enrique: «Mantenimiento y ejercicio de nuevas acciones en la tramitación del concurso de acreedores de conformidad a la nueva Ley 22/2003, de 9 de julio», en *La Ley*, 2003-4, D-216.
- «La revisión jurisdiccional de la calificación del Registrador Mercantil. Estudio del 86 ter 2 apartado e) de la LOPI, según la modificación de la LO 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal», en *La Ley*, 2004-1, D-28.
- SCOTTO DI TELLA MANRESA, Javier: «Los Juzgados de lo Mercantil en el marco de la Ley Concursal», en *La Ley*, 2003-4, D-205.
- TAPIA HERMIDA, Javier: «Sanearamiento, liquidación y concurso de entidades aseguradoras», en *RGLJ*, núm. 2, 2003, pp. 299 ss.
- VÁZQUEZ SOTELO, José Luis: «La situación caótica y “laberíntica” de la legislación concursal española. Necesidad y aciertos de la Ley Concursal», en *La Ley*, 2003-4, D-209.
- VEIGA COPO, Abel B.: «Los créditos privilegiados en la nueva Ley Concursal», en *RDBB*, núm. 93, 2004, pp. 117 ss.
- VELASCO NÚÑEZ, Eloy: «La figura del Juez de lo Mercantil tras la reforma concursal», en *La Ley*, 2003-4, D-195.

DERECHO URBANÍSTICO Y DEL MEDIO AMBIENTE

- AHUMADA RAMOS, Francisco Javier de: «Planificación territorial y medio ambiente en España y en la Unión Europea», en *RDA*, núm. 5, 2004, pp. 139 ss.
- ALENZA GARCÍA, José Francisco: «Fundamento y práctica de la investigación jurídico-ambiental en España», en *RDA*, núm. 5, 2004, pp. 37 ss.

- ARENAS CABELLO, Francisco J.: «Las competencias profesionales de los aparejadores y arquitectos técnicos: la Ley 12/1986, de Atribuciones, y la Ley 38/1999, de Ordenación de la Edificación», en *RDU*, núm. 8, 2003, pp. 17 ss.
- ARZAMENA SIERRA, Jerónimo: «Sobre el Texto Refundido de Asturias en materia de ordenación del territorio y el urbanismo, y unas consideraciones sobre la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en la materia», en *RDU*, núm. 207, 2003, pp. 99 ss.
- BASSOLS COMA, Martín: «Las relaciones entre la planificación territorial y la urbanística en la Ley de Urbanismo de Cataluña», en *RDU*, núm. 209, 2003, pp. 39 ss.
- BATTIS, Ulrich: «Influencia del Derecho comunitario europeo sobre el Derecho Urbanístico de los Estados miembros. ¿Una competencia de la Unión Europea en materia de Ordenación del Territorio?», en *RDU*, núm. 206, 2003, pp. 135 ss.
- CARAZA CRISTÍN, María del Mar: «Inexistencia de responsabilidad administrativa por la falta de suscripción de un convenio urbanístico (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 19 de julio de 2002)», en *RDU*, núm. 8, 2003, pp. 117 ss.
- CASTRO RUIZ, José Luis: «La necesaria revisión de la normativa nuclear: el Reglamento sobre Instalaciones Nucleares y Radiactivas», en *La Ley*, 2004-1, D-44.
- CHINCHILLA PEINADO, Juan Antonio: «La problemática incorporación de expectativas urbanística en la determinación del valor de terrenos clasificados como suelo no urbanizable o urbanizable no sectorizado. La (hasta el momento irreductible) tensión entre el legislador y los tribunales. Análisis de las decisiones de los Tribunales Superiores de Justicia entre 2000 y 2003», en *RDU*, núm. 208, pp. 39 ss.
- DELGADO PIQUERAS, Francisco: «Los procedimientos de elaboración, aprobación e innovación del planeamiento territorial y urbanístico en Castilla-La Mancha y sus efectos jurídicos», en *RDU*, núm. 209, 2003, pp. 67 ss.
- DOMÍNGUEZ CORRALES, José Ignacio: «Las dotaciones de los planes parciales de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía», en *RDU*, núm. 8, 2003, pp. 37 ss.
- ESCRIVÀ CHORDÀ, Ricardo: «Distribución de competencias entre los órganos municipales para la aprobación de los instrumentos de Planeamiento y de gestión en la Comunidad Valenciana: discrepancias entre la LRAU y la LBRL», en *RDU*, núm. 207, 2003, pp. 67 ss.
- ESTÉVEZ GOITRE, Ricardo: «El urbanismo y la jurisdicción contencioso-administrativa. Estudio jurisprudencial», en *RDU*, núm. 208, pp. 117 ss.
- FERNÁNDEZ TORRES, Juan Ramón: «Algunas consideraciones sobre la reciente Ley 10/2003, de 20 de mayo, de Medidas Urgentes de Liberalización en el Sector Inmobiliario y Transportes», en *RDU*, núm. 8, 2003, pp. 101 ss.

- «Un freno definitivo a la abusiva delimitación de reservas de terrenos para su incorporación a los patrimonios municipales del suelo (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 2003)», en *RDU*, núm. 8, 2003, pp. 123 ss.
- FERRANDO CORREL, José V.: «El deber normal de conservación y su límite: la evolución de un concepto», en *RDU*, núm. 207, 2003, pp. 41 ss.
- FORTES MARTÍN, Antonio: «Reflexiones a propósito del futuro Régimen Europeo de intercambio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero», en *RDA*, núm. 5, 2004, pp. 89 ss.
- FUENTES MARÍN, Pedro Miguel: «La quiebra del principio de igualdad básica constitucional en la regulación del suelo urbano», en *RDU*, núm. 206, 2003, pp. 31 ss.
- GARCÍA ERVITI, Federico: «Las valoraciones en la Ley 10/2003, de Medidas Urgentes de Liberalización en el Sector Inmobiliario y Transportes», en *RDU*, núm. 206, 2003, pp. 11 ss.
- GARCÍA RUBIO, María Paz: «El caso Prestige un año después de la tragedia. Algunos apuntes en torno al Real Decreto-ley 4/2003, de 20 de junio», en *La Ley*, 2003-5, D-255.
- GARRIDO CUENCA, Nuria María: «La evaluación ambiental estratégica de políticas, planes y programas», en *RDA*, núm. 5, 2004, pp. 69 ss.
- GIGOSOS, Pablo/SARAVIA, Manuel: «Los señores del suelo. A propósito de un comentario de González-Berenguer», en *RDU*, núm. 206, 2003, pp. 147 ss.
- JIMÉNEZ PLAZA, Carmen: «Una nueva clave interpretativa del concepto de residuo en el Derecho italiano: ¿un paso más hacia la diversidad conceptual comunitaria?», en *RDU*, núm. 207, 2003, pp. 151 ss.
- LASO BAEZA, Vicente: «Silencio administrativo positivo e inscripción de segregación. Su posible traslación a otros actos urbanísticos con trascendencia registral (comentario a la STS de 10 de septiembre de 2002)», en *RCDI*, núm. 680, 2004, pp. 3452 ss.
- LASO MARTÍNEZ, José Luis: «Reversión de expropiaciones. Transmisión del derecho de reversión (comentario a las resoluciones de la DGRN de 29 de junio, 28 de julio y 26 de noviembre de 2001)», en *RCDI*, núm. 681, 2004, pp. 385 ss.
- MALAGÓN FUERTES, José Luis: «El régimen jurídico del suelo rústico en Castilla-La Mancha», en *RDU*, núm. 207, 2003, pp. 111 ss.
- MENGUAL PRIETO, Ana María/QUIRÓS ROLDÁN, Antonio: «La masa hereditaria ante la Junta de Compensación», en *RDU*, núm. 207, 2003, pp. 87 ss.
- MARTÍN BERNAL, José Manuel: «Dos sentencias del Tribunal Supremo sobre el ruido», en *RDU*, núm. 207, 2003, pp. 87 ss.
- MARTÍNEZ RIVAS, Francisco Javier: «Las infracciones urbanísticas y sanciones en la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía 7/2002, de 17 de diciembre», en *RDU*, núm. 209, 2003, pp. 173 ss.
- MIGUEL MOLINA, María de: «Control administrativo del medio ambiente en las actividades industriales de la Comunidad Valenciana», en *RDU*, núm. 209, 2003, pp. 195 ss.

- NAVARRO MENDIZÁBAL, Íñigo: «La responsabilidad civil y el Prestige: “el mar (y muchas otras cosas) están chapapoteados, ¿quién los deschapapoteará?”», en *RGLJ*, núm. 4, 2002, pp. 595 ss.
- ORDÓÑEZ SOLÍS, David: «La gestión urbanística en el Principado de Asturias», en *RDU*, núm. 206, 2003, pp. 49 ss.
- PONT CASTEJÓN, Isabel: «El procedimiento administrativo de autorización de vertidos a aguas continentales ante el reto de una Administración hidráulica eficaz», en *RDA*, núm. 5, 2004, pp. 15 ss.
- PORTO REY, Enrique: «Las non natas “entidades certificante”», en *RDU*, núm. 209, 2003, pp. 11 ss.
- «Algunas técnicas e instituciones urbanísticas innovadoras no recogidas en las leyes urbanísticas», en *RDU*, núm. 207, 2003, pp. 11 ss.
- RAMS RAMOS, Leonor: «El reparto competencial en los casos de catástrofes marítimas por vertido de hidrocarburos: el caso “Prestige”», en *RGLJ*, núm. 4, 2002, pp. 617 ss.
- RAZQUÍN LIZARRAGA, Martín María: «Urbanismo e iniciativa privada en la nueva Ley Foral de Ordenación del Territorio y Urbanismo de Navarra», en *RDU*, núm. 209, 2003, pp. 125 ss.
- «La nueva Ley Foral de Ordenación del Territorio y Urbanismo de Navarra», en *RDU*, núm. 8, 2003, pp. 45 ss.
- SÁNCHEZ GOYANES, Enrique: «La Ley, 9/2002, de 30 de diciembre, de Ordenación Urbanística y Protección del Medio Rural de Galicia (LOUGA), y las Circulares Informativas de 31 de julio de 2003», en *RDU*, núm. 8, 2003, pp. 69 ss.
- SÁNCHEZ SÁEZ, Antonio José: «Un enfoque teleológico de la distribución de las competencias ambientales entre el Estado y las Comunidades Autónomas en España», en *RDA*, núm. 5, 2004, pp. 115 ss.
- SERRANO ALBERCA, José Manuel: «La doctrina del Tribunal Supremo en la valoración del suelo para sistemas generales y dotaciones locales, con especial referencia a la aplicación del precio del suelo de las viviendas de protección oficial», en *RDU*, núm. 8, 2003, pp. 111 ss.
- SORIA MARTÍNEZ, Gabriel: «La jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia en relación con la responsabilidad por incumplimiento de los convenios urbanísticos, las facultades edificatorias de las Juntas de Compensación, las consecuencias de la obtención de dotaciones por vía de hecho y los efectos de la publicidad del Planeamiento en los actos de ejecución», en *RDU*, núm. 208, pp. 11 ss.
- «Addenda al artículo “la valoración del suelo en las actuaciones estatales y sectoriales” (A propósito de la reforma de los artículos 25, 27 y 28 de la Ley 6/2998, de 13 de abril)», en *RDU*, núm. 207, 2003, pp. 27 ss.
- VACAS GARCÍA-ALOS, Luis: «El derecho de las inmisiones y la protección contra la contaminación acústica», en *La Ley*, 2003-5, D-244.
- ZAMORANO WISNES, José: «El sistema de compensación en la nueva Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía», en *RDU*, núm. 206, 2003, pp. 105 ss.

DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

- AHUMADA RAMOS, Francisco Javier de: «Planificación territorial y medio ambiente en España y en la Unión Europea», en *RDA*, núm. 5, 2004, pp. 139 ss.
- ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús: «Autorizar lo que no está prohibido: una crítica a la regulación de los acuerdos verticales», en *GJ*, núm. 229, 2004, pp. 51 ss.
- ALLI ARANGUREN, Juan-Cruz: «La legitimación activa para impugnar disposiciones comunitarias y la tutela judicial efectiva», en *GJ*, núm. 229, 2004, pp. 14 ss.
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago: «Régimen de apellidos, doble nacionalidad, internacionalidad intrínseca del problema y Derecho Comunitario», en *La Ley*, 2003-5, D-234.
- AMESTI MENDIZÁBAL, Christi: «Informe del Banco Central Europeo sobre la Propuesta de Directiva sobre folleto informativo», en *RDBB*, núm. 92, 2004, pp. 236 ss.
- AMORES CONRADI, Miguel A.: «Ubi societas europaea. Sobre el domicilio social y legislación(es) aplicable(s) a la Sociedad Anónima Europea (SE)», en *RJUAM*, núm. 8, 2003, pp. 25 ss.
- ARIAS RODRÍGUEZ, José Manuel: «Sobre el Reglamento (CE) núm 1/2003 del Consejo relativo a la aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado CE y algunos de los problemas que plantea su aplicación», en *RPJ*, núm. 71, 2003, pp. 251 ss.
- ARRANZ PUMAR, Gregorio: «Comentario al Reglamento CE n.º 2273/03 de la Comisión de 22 de diciembre: Exenciones para los programas de compra y la estabilización de instrumentos financieros y normas de desarrollo», en *DN*, núm. 162, 2004, pp. 59 ss.
- BATTIS, Ulrich: «Influencia del Derecho comunitario europeo sobre el Derecho Urbanístico de los Estados miembros. ¿Una competencia de la Unión Europea en materia de Ordenación del Territorio?», en *RDU*, núm. 206, 2003, pp. 135 ss.
- CANDELAS SÁNCHEZ MIGUEL, María: «Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento: “refuerzo de la auditoría legal en la UE”», en *RDBB*, núm. 92, 2004, pp. 242 ss.
- CARRERA HERNÁNDEZ, Jesús, F.: «Simplificación de los instrumentos jurídicos en el Proyecto de Tratado constitucional», en *RDCE* núm. 16, 2003, pp. 1041 ss.
- «Simplificación de los instrumentos jurídicos en el Proyecto de Tratado constitucional», en *RDCE*, núm. 16, 2003, pp. 1041 ss.
- COBO DEL ROSAL, Alejandra: «Principales aspectos del nuevo régimen jurídico de la sociedad corporativa europea (Reglamento núm. 1435/2003, del Consejo Europeo, de 22 de julio de 2003)», en *RDS*, núm. 21, 2003, pp. 484 ss.

- CORTÉS MARTÍN, José Manuel: «Afectación individual (230.4 CE): ¿un obstáculo infranqueable para la admisibilidad del recurso de anulación de los particulares?», en *RDCE*, núm. 16, 2003, pp. 1119 ss.
- DOMÍNGUEZ PÉREZ, Dolores/GARCÍA GALLARDO, Ramón: «Protección del secreto profesional entre abogado y cliente en el curso de las investigaciones llevadas a cabo por la Comisión», en *DN*, núm. 160, 2004, pp. 27 ss.
- «Importante sentencia del TJCE sobre el sector del juego en Europa», en *DN*, núm. 160, 2004, pp. 27 ss.
- «El TJCE limita la práctica de crear organismos sometidos a Derecho privado para evitar la aplicación de la normativa española administrativa sobre contratación», en *DN*, núm. 160, 2004, pp. 27 ss.
- «Imposición de multa a España por incumplimiento de sentencia: Directiva sobre aguas de baño», en *DN*, núm. 161, 2004, pp. 29 ss.
- «Sector del medicamento: Análisis de la prohibición por un Estado miembro de su venta por correspondencia», en *DN*, núm. 161, 2004, pp. 29 ss.
- «Facultades del Consejo en el marco del control de las ayudas de Estado», en *DN*, núm. 161, 2004, pp. 29 ss.
- «Política sobre mercado interior: La Comisión comprueba la aplicación de la Directiva 92/100 sobre derechos de alquiler y préstamo y otros afines a los derechos de autor», en *DN*, núm. 162, 2004, pp. 35 ss.
- «Derecho de la competencia: Aprobación del nuevo Reglamento comunitario de control de concentraciones. Comunicación sobre la aplicación de las normas de competencia en el sector de las profesiones liberales», en *DN*, núm. 162, 2004, pp. 35 ss.
- «La Comisión propone la creación de un Tribunal especializado en patentes comunitarias», en *DN*, núm. 162, 2004, pp. 35 ss.
- «Análisis del nuevo Reglamento sobre medidas antidumping y antisubvención», en *DN*, núm. 163, 2004, pp. 27 ss.
- «El procedimiento que opondrá la Comisión al Consejo en el controvertido Pacto de Estabilidad se resolverá de conformidad con el procedimiento acelerado», en *DN*, núm. 163, 2004, pp. 27 ss.
- «Acogida de un Chipre reunificado el 1 de mayo de 2004», en *DN*, núm. 164, 2004, pp. 41 ss.
- «Fracaso en las negociaciones sobre la patente comunitaria», en *DN*, núm. 164, 2004, pp. 41 ss.
- «La Directiva sobre el derecho de residencia, en camino de adopción», en *DN*, núm. 164, 2004, pp. 41 ss.
- EGÚSQUIZA BALMASEDA, María Ángeles: «Integración en Europa y Derecho Civil Navarro», en *RJN*, núm. 35, 2003, pp. 9 ss.
- ESTEBAN DE LA ROSA, Fernando: «Vía libre a la movilidad de las sociedades en la Unión Europea: la sentencia TJCE de 30 de septiembre de 2003 (asunto C-167/01 "Inspire Art")», en *La Ley*, 2003-5, D-295.

- ESTUPIÑÁN CÁCERES, Rosalía: «El resarcimiento de daños y perjuicios derivados de ilícitos antitrust: problemática que plantea y posibles soluciones», en *GJ*, núm. 230, 2004, pp. 63 ss.
- FERNÁNDEZ AGUADO, Javier: «La Comunicación de la Comisión sobre el refuerzo de la auditoría legal en la Unión Europea», en *DN*, núm. 160, 2004, pp. 44 ss.
- FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P.: «¿Es razonable que los jueces de los Estados miembros de la Unión Europea sean exorbitante o exclusivamente competentes para resolver situaciones privadas internacionales?», en *RPJ*, núm. 71, 2003, pp. 9 ss.
- FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos: «La unificación del Derecho Mercantil internacional en los procesos de integración económica: la experiencia europea», en *La Ley*, 2003-4, D-211.
- FONSECA SÁNCHEZ, Luis: «La defensa de las Comunidades Europeas en el Sistema de Solución de Diferencias de la Organización Mundial del Comercio: el asunto LAN», en *RJUAM*, núm. 9, 2003, pp. 9 ss.
- FORTES MARTÍN, Antonio: «Reflexiones a propósito del futuro Régimen Europeo de intercambio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero», en *RDA*, núm. 5, 2004, pp. 89 ss.
- GABEIRAS, José María: «Un modo macroeconómico sencillo de un Sistema de Medios de Pago. Una propuesta de determinación de la tasa de intercambio», en *GJ*, núm. 230, 2004, pp. 77 ss.
- GARCÍA LÓPEZ, Julio Antonio: «El concepto de “materia civil y mercantil” en el Convenio de Bruselas y su formulación en la reciente jurisprudencia del TJCE», en *La Ley*, 2003-5, D-240.
- GARCÍA MARTÍN, Isabel: «Aproximación a la última etapa en la consecución del mercado único asegurador, y su incidencia en el Derecho español», en *RDCE*, núm. 16, 2003, pp. 1177 ss.
- GARDEÑES SANTIAGO, Miguel: «Ciudadanía europea, doble nacionalidad y aplicación de la ley nacional de la persona (Reflexiones en torno a la sentencia del TJCE *García Avello*, de 2 de octubre de 2003)», en *GJ*, núm. 230, 2004, pp. 19 ss.
- GINER PARREÑO, César A./MARTÍN LABORDA, Antonio Robles: «Comentario a la Ley de Medidas: la legislación sobre defensa de la competencia se adapta a la comunitaria», en *DN*, núm. 161, 2004, pp. 52 ss.
- GUTIÉRREZ, Inmaculada: «Normativa sobre restricciones verticales: un viaje de ida y vuelta al enfoque económico», en *GJ*, núm. 229, 2004, pp. 91 ss.
- GUTIÉRREZ ESPADA, Cesáreo: «La reforma de las instituciones en el proyecto de Tratado constitucional presentado por la Convención (2003)», en *RDCE*, núm. 16, 2003, pp. 897 ss.
- «La reforma de las instituciones en el proyecto de Tratado constitucional presentado por la Convención (2003)», en *RDCE*, núm. 16, 2003, pp. 897 ss.
- MARCOS, Francisco: «El derecho de defensa de la competencia en los nuevos Estados miembros de la Unión Europea», en *GJ*, núm. 229, 2004, pp. 82 ss.

- MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José: «La inmigración y el asilo en la Unión Europea: presente y futuro», en *AFDUAM*, núm. 7, 2003, pp. 93 ss.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo: «La calidad de la ley según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en *DPC*, núm. 17, 2003, pp. 377 ss.
- MIGUEL ASENSIO, Pedro A. de: «Avances en la interpretación de la normativa comunitaria sobre protección de datos personales», en *La Ley*, 2004-1, D-50.
- ORTEGA ÁLVAREZ, Luis: «Los derechos fundamentales de la Constitución europea», en *DPC*, núm. 17, 2003, pp. 407 ss.
- PEÑAS MOYANO, María Jesús: «La supresión (parcial) del secreto bancario en el ámbito de la Unión Europea», en *RDBB*, núm. 93, 2004, pp. 221 ss.
- PRAT, Carles: «Comercio paralelo: un flujo de productos y novedades jurídicas que no cesa. La doble perspectiva del Derecho marcario y del Derecho antitrust», en *GJ*, núm. 230, 2004, pp. 27 ss.
- PUYOL MARTÍNEZ-FERRANDO, Blanca: «Orden ECO/3722/2003, de 26 de diciembre, sobre el informe anual de gobierno corporativo y otros instrumentos de información de las sociedades anónimas cotizadas y otras entidades», en *RDBB*, núm. 93, 2004, pp. 296 ss.
- QUINTÁNS EIRAS, María Rocío: «Ley de modificación y adaptación a la normativa comunitaria de la legislación de seguros privados», en *RDBB*, núm. 93, 2004, pp. 287 ss.
- SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, Daniel: «Responsabilidad de los Tribunales nacionales y Derecho Comunitario», en *RPJ*, núm. 71, 2003, pp. 233 ss.
- RAMOS HERRANZ, Isabel: «Nuevo Reglamento comunitario sobre reservas mínimas: Reglamento (CE) núm. 1745/03», en *DN*, núm. 160, 2004, pp. 25 ss.
- REIG FABADO, Isabel: «En el asunto Carlos García Avello y État belge (C-148/02). Ley aplicable a los apellidos y a la doble nacionalidad. Cuestión prejudicial. Infracción del Derecho comunitario. Solución belga que infringe los principios comunitarios de no discriminación y de libre circulación y residencia atinentes al estatuto de ciudadano de la Unión europea (comentario a la Sentencia TJCEE de 2 de octubre de 2003)», en *CCJC*, núm. 64, 2004, pp. 461 ss.
- REQUEJO ISIDRO, Marta: «Estrategias para la “comunitarización”: descubriendo el potencial de la ciudadanía europea», en *La Ley*, 2003-5, D-267.
- RODRÍGUEZ IGLESIAS GIL, Carlos: «La constitucionalización de la Unión Europea», en *RDCE*, núm. 16, 2003, pp. 893 ss.
- RODRÍGUEZ PINEAU, Elena: «El nuevo reglamento comunitario sobre litigios matrimoniales y responsabilidad parental», en *La Ley*, 2004-1, D-25.
- ROLDÁN BARBERO, Javier: «La Carta de Derechos Fundamentales de la UE: su estatuto constitucional», en *RDCE*, núm. 16, 2003, pp. 943 ss.
- SANJUAN Y MUÑOZ, Enrique: «Competencias añadidas a los Juzgados mercantiles en aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado de Roma constitutivo de la Comunidad Europea», en *La Ley*, 2003-5, D-290.

- SEGURA RODA, Isabel: «Principio de precaución: ¿es necesaria una (nueva) Comunicación interpretativa de la Comisión?», en *GJ*, núm. 229, 2004, pp. 36 ss.
- SANTOS VARA, Juan: «La simplificación normativa en el proyecto de Constitución europea: ¿unificación del sistema de actos o mantenimiento de la diversidad?», en *GJ*, núm. 230, 2004, pp. 3 ss.
- SOBRINO HEREDIA, José Manuel: «El sistema jurisdiccional en el proyecto de Tratado constitucional de la Unión Europea», en *RDCE*, núm. 16, 2003, pp. 993 ss.
- SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, Juan José: «Constitución y Orden Constitucional en la Unión Europea», en *RJUAM*, núm. 8, 2003, pp. 361 ss.
- SORIANO, José Eugenio: «Uniones Temporales de Empresas ¿un caso especial de Derecho de la Competencia?», en *GJ*, núm. 230, 2004, pp. 45 ss.
- TAPIA HERMIDA, Alberto J.: «La Directiva 2003/125/CE sobre la presentación imparcial de las recomendaciones de inversión y la revelación de conflictos de intereses», en *RDBB*, núm. 93, 2004, pp. 293 ss.
- «La Directiva 2003/71/CE sobre el folleto de oferta pública o admisión a cotización de valores», en *RDBB*, núm. 93, 2004, pp. 306 ss.
- TOBÍO RIVAS, Ana María/GINER PARREÑO, César A.: «Amplio comentario al nuevo Reglamento sobre concentraciones: Reglamento (CE) núm. 139/2004 del Consejo, de 20 de enero», en *DN*, núm. 162, 2004, pp. 59 ss.
- «Reseñas de las últimas Decisiones de la Comisión y de las más destacadas sentencias del TJCE y del TS», en *DN*, núm. 164, 2004, pp. 67 ss.
- TORRE DE SILVA Y LÓPEZ DE LETONA, Javier: «La regulación en materia de precios: los precios de la telefonía fija», en *GJ*, núm. 229, 2004, pp. 68 ss.
- VALLE GÁLVEZ, Alejandro del: «Control de fronteras y Unión Europea», en *AFDUAM*, núm. 7, 2003, pp. 67 ss.

DERECHO PROCESAL

- ABEL LLUCH, Xavier: «Las diligencias finales de oficio del art. 435.2 LEC», en *La Ley*, 2003-5, D-241.
- «La audiencia previa: entre el deseo y la realidad», en *RPJ*, núm. 69, 2003, pp. 335 ss.
- ACHÓN BRUÑÉN, María José: «Embargo de bienes o derechos no pertenecientes al ejecutado», en *La Ley*, 2004-1, D-17.
- «La problemática relativa al desalojo de los terceros ocupantes de inmuebles subastados», en *RCDI*, núm. 681, 2004, pp. 11 ss.

Se critican por parte de la autora, los cauces procesales contemplados en los artículos 661 y 675 LEC de 7 de enero de 2000, para desalojar a los terceros que poseen un inmueble, adquirido por el rematante o adjudicatario de una subasta pública. El contenido del artículo 13.1 LAU de 24 de noviembre de 1994, impide un resultado justo.

- ALIAGA CASANOVA, Alfonso: «La intervención del médico forense en los juicios civiles de tráfico tras la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», en *La Ley*, 2003-5, D-285.
- «El proceso monitorio ante las recientes e inminentes reformas legales y el desafío de los avances tecnológicos», en *RPJ*, núm. 71, 2003, pp. 125 ss.
- ALLI ARANGUREN, Juan-Cruz: «La legitimación activa para impugnar disposiciones comunitarias y la tutela judicial efectiva», en *GJ*, núm. 229, 2004, pp. 14 ss.
- ANAYA GÓMEZ, Antonio: «Las resoluciones judiciales en discordia», en *La Ley*, 2004-1, D-24.
- ANTORANZ GONZÁLEZ, José Antonio: «El principio de contradicción, y la inaudita parte en las medidas cautelares», en *RGID*, 2003.
- BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena: «El artículo 153 de la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000», en *RGLJ*, núm. 3, 2002, pp. 375 ss.
- BERROCAL JAIME, Ángel: «Apuntes sobre la nueva regulación del juicio de desahucio», en *La Ley*, 2003-4, D-217.
- «Las reformas de la Ley de Enjuiciamiento Civil durante el último trimestre de 2003», en *La Ley*, 2004-1, D-39.
- BONET NAVARRO, Ángel: «Configuración y límites de las peticiones del reconvenido en la contestación a la reconvenición (comentario a la STS de 17 de febrero de 2003)», en *CCJC*, núm. 63, 2003, pp. 1075 ss.
- «Alcance de la excepción de litispendencia producida por la existencia de un juicio sumario (comentario a la STS de 22 de mayo de 2003)», en *CCJC*, núm. 64, 2004, pp. 161 ss.
- «Juicio cambiario: algunas respuestas a demasiadas cuestiones controvertidas», en *RPJ*, núm. 71, 2003, pp. 193 ss.
- CARRERAS MARAÑA, Juan Miguel: «La ejecución en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, en particular, la problemática suscitada por la existencia de ocupantes. Aspectos procesales», en *EDJ*, núm. 43, 2002, pp. 251 ss.
- CARRETERO GONZÁLEZ, Cristina: «La indefensión producida por maquinaciones fraudulentas en la realización de actos de comunicación y el recurso de revisión civil», en *RDBB*, núm. 92, 2004, pp. 179 ss.
- CHILLÓN MEDINA, José María: «Valoración crítica de la nueva Ley de Arbitraje», en *La Ley*, 2004-1, D-26.
- CHORNET CHALVER, José Vicente: «Función certificante del Notario. Especial referencia al documento fehaciente regulado por la Ley de Enjuiciamiento civil», en *RJNot.*, núm. 45, 2003, pp. 141 ss.
- COLOM PIAZUELO, Eloy: «Vía de apremio: límites de la Administración para proceder al embargo de bienes del deudor y control de las extralimitaciones que pudiera realizar. Anulación de las ventas realizadas a través de la vía de apremio y restablecimiento de la situación jurídica del particular (comentario a la STS de 11 de febrero de 2003)», en *CCJC*, núm. 63, 2003, pp. 1047 ss.

- CORTÉS MARTÍN, José Manuel: «Afectación individual (230.4 CE): ¿un obstáculo infranqueable para la admisibilidad del recurso de anulación de los particulares?», en *RDCE*, núm. 16, 2003, pp. 119 ss.
- DAMIÁN MORENO, Juan: «Algunas cuestiones procesales. Lo que se quedó en el tintero», en *RJUAM*, núm. 8, 2003, pp. 81 ss.
- «La inquietante doctrina jurisprudencial en torno a la determinación del *dies a quo* para la enervación del desahucio», en *La Ley*, 2004-1, D-15.
- DESDENTADO BONETE, Aurelio/GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, Ignacio: «Problemas de jurisdicción en materia de seguridad social. Un recorrido por la jurisprudencia reciente», en *RPJ*, núm. 69, 2003, pp. 189 ss.
- DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel: «El recurso de apelación: el “emplazamiento de las partes” como novedad introducida por la nueva Ley Concursal», en *La Ley*, 2003-4, D-211.
- DOIG DÍAZ, Yolanda: «La motivación del veredicto en el Tribunal del Jurado», en *La Ley*, 2003-5, D-256.
- ESPINAR VICENTE, José María: «Supremo *versus* Constitucional», en *La Ley*, 2004-1, D-38.
- FÁBREGA RUIZ, Cristóbal Francisco: «Breves notas sobre la intervención del Ministerio Fiscal en el proceso civil», en *La Ley*, 2003-4, D-191.
- FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P.: «¿Es razonable que los jueces de los Estados miembros de la Unión Europea sean exorbitante o exclusivamente competentes para resolver situaciones privadas internacionales?», en *RPJ*, núm. 71, 2003, pp. 9 ss.
- FERRÁNDIZ, Gabriel: «La selección y la formación permanente del Juez, una reforma esperada», en *La Ley*, 2003-5, D-245.
- FIGUEIRAS DACAL, Manuel: «Recurso gubernativo *versus* judicial», en *RCDI*, núm. 680, 2004, pp. 3291 ss.
- GALERA RODRIGO, Susana: «Sentencias civiles de condena sobre actividades autorizadas por la administración», en *RPJ*, núm. 69, 2003, pp. 375 ss.
- El estudio versa sobre los límites, que la doctrina y las normas de Derecho Público han impuesto a las relaciones de vecindad, a falta de una regulación más precisa en el Código Civil (arts. 590 y 1908). La autora no considera deseable ni conveniente, la competencia de la jurisdicción civil para ventilar las relaciones de vecindad, examinadas en el artículo.
- GARCÍA POVEDA, Carmen: «La *exceptio plurium concubentium*. Cuestiones procesales que plantea en los procesos de filiación tras la entrada en vigor de la Ley 1/2000», en *RGID*, 2003.
- GARRALDE VALCÁRCCEL, José: «Notas sobre el origen y evolución histórica del recurso de casación civil», en *RJNot.*, núm. 48, 2003, pp. 49 ss.
- GARRIDO TUNDIDOR, Carlos Manuel: «La posición procesal de los hijos sin plena capacidad en los procesos matrimoniales», en *RPJ*, núm. 69, 2003, pp. 303 ss.

- GÓMEZ JENÉ, Miguel: «Primeras reflexiones en torno al Proyecto de Ley de Arbitraje», en *La Ley*, 2003-5, D-231.
- «El arbitraje internacional en la nueva Ley de Arbitraje», en *La Ley*, 2004-1, D-33.
- GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás: «La conformidad en el proceso abreviado y en el llamado “juicio rápido”», en *La Ley*, 2003-5, D-257.
- GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI, Faustino: «El doble éxito del proceso monitorio», en *RPJ*, núm. 70, 2003, pp. 243 ss.
- HERRERO PEREZAGUA, Juan F.: «Legitimación para recurrir de la parte allanada en juicio cuya sentencia ordena la venta de la finca en pública subasta (comentario a la STS de 1 de abril de 2003)», en *CCJC*, núm. 64, 2004, pp. 87 ss.
- JIMÉNEZ BAUTISTA, Susana: «La buena fe: perspectiva doctrinal, legal y jurisprudencial. Examen del artículo 247 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil», en *La Ley*, 2003-4, D-172.
- JIMÉNEZ ONTAÑÓN, Vicente: «Estado actual de la utilización de la videoconferencia en la Administración de Justicia», en *La Ley*, 2003-4, D-176.
- JUANES PECES, Ángel: «Las cuestiones prejudiciales ante el Tribunal Constitucional», en *La Ley*, 2003-4, D-180.
- LAPIEDRA ALCAMÍ, Rosa: «Solicitud de reconocimiento y ejecución en España de un laudo arbitral extranjero. Oposición al “exequatur” (comentario al ATS de 14 de enero de 2003)», en *CCJC*, núm. 64, 2004, pp. 71 ss.
- LECIÑENA IBARRA, Ascensión: «Utilización perversa del interdicto de obra nueva y obligación de indemnizar. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2003», en *RDP*, enero-febrero 2004, pp. 117 ss.
- LÓPEZ SÁNCHEZ, Javier: «Congruencia de la sentencia: correlación del fallo con la súplica de la demanda (comentario a la STS de 22 de mayo de 2003)», en *CCJC*, núm. 64, 2004, pp. 177 ss.
- LORCA NAVARRETE, Antonio María: «El uso de la videoconferencia en el arbitraje», en *La Ley*, 2003-4, D-188.
- «Algunos apuntes metodológicos sobre el Proyecto de Ley de Arbitraje», en *La Ley*, 2003-5, D-269.
- «Algunas propuestas sobre el tratamiento metodológico del convenio arbitral en el Proyecto de Ley de Arbitraje», en *La Ley*, 2003-5, D-291.
- «El Derecho procesal como sistema de garantías», en *La Ley*, 2004-1, D-12.
- LUCENA GONZÁLEZ, Pedro Antonio: «Arbitraje y arbitramento: el “administrador de la duda negocial”», en *RJNot.*, núm. 46, 2003, pp. 141 ss.
- Artículo relativo al arbitraje transfronterizo. Concretamente se estudia la figura del «administrador de la duda negocial» como mediador o conciliador en el proceso arbitral.

- MACÍAS CASTILLO, Agustín: «Falta de personalidad en el procurador de la actora por insuficiencia del poder otorgado», en *AC*, núm. 11, 2004, pp. 1334 ss.
- MAGRO SERVET, Vicente: «La intervención de la Administración concursal en los juicios de desahucio iniciados contra el deudor en la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio», en *La Ley*, 2003-4, D-207.
- «La prueba pericial ante los nuevos juzgados de lo mercantil», en *La Ley*, 2003-4, D-226.
- «El procurador ante la nueva Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio», en *La Ley*, 2003-5, D-239.
- «Los nuevos juicios rápidos civiles: las “Oficinas de señalamiento inmediato” en la reforma de la LOPJ», en *La Ley*, 2003-5, D-246.
- MÁLAGA DIÉGUEZ, Francisco: «Los recursos de casación y extraordinarios por infracción procesal en la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña», en *RJC*, núm. 1, 2004, pp. 173 ss.
- MARTÍ MARTÍ, Joaquim: «La necesidad de aportación de los justificantes en la tasación de costas», *La Ley*, 2003-5, D-278.
- MARTÍN PASTOR, José: «Especialidades y problemas que presenta la acumulación de acciones y de procesos en el juicio verbal», en *RPJ*, núm. 70, 2003, pp. 201 ss.
- MARTÍNEZ SAURI, Santiago: «Las modificaciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con los desahucios por falta de pago», en *La Ley*, 2003-4, D-199.
- MERINO MERCHÁN, José Fernando: «Valoración crítica de la nueva Ley de Arbitraje», en *La Ley*, 2004-1, D-26.
- MORATILLA GALÁN, Isabel: «Congruencia. Concepto (comentario a la STS de 25 de enero de 2001)», en *RCDI*, núm. 681, 2004, pp. 371 ss.
- «Congruencia. Correspondencia entre fallo y pretensiones (comentario a la STS de 26 de enero de 2001)», en *RCDI*, núm. 681, 2004, pp. 372 ss.
- MONTÁNCHER RAMOS, Manuel: «Aspectos registrales de la ejecución hipotecaria en la Ley de Enjuiciamiento civil», en *EDJ*, núm. 43, 2002, pp. 227 ss.
- ORTIZ CRUZ, Francisca: «La notificación personal: análisis del artículo 161 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000. Problemas prácticos», en *La Ley*, 2003-4, D-179.
- PARDO NÚÑEZ, Celestino: «La revisión jurisdiccional de las calificaciones registrales: Problemática del nuevo recurso judicial», en *EDJ*, núm. 43, 2002, pp. 49 ss.
- «La revisión jurisdiccional de las calificaciones registrales: Problemática del nuevo recurso judicial», en *RCDI*, núm. 680, 2004, pp. 3337 ss.
- PÉREZ MARTELL, Rosa: «¿Hacia los juicios rápidos en la jurisdicción civil?», en *La Ley*, 2003-4, D-197.
- PÉREZ-OLLEROS SÁNCHEZ-BORDONA, Francisco Javier: «Reforma del juicio verbal de desahucio», en *La Ley*, 2003-4, D-184.

- PICO I JUNOY, Joan: «El Derecho Procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado», en *La Ley*, 2003-5, D-247.
- PORFIDIO CARPIO, Leopoldo José: «Ley de arbitraje: Ley 60/2003, de 23 de diciembre», en *DN*, núm. 161, 2004, pp. 62 ss.
- PULIDO QUECEDO, Manuel: «TC: Recurso de casación en materia de derecho civil especial», en *DN*, núm. 164, 2004, pp. 63 ss.
- RAMOS HERRANZ, Isabel: «Procedencia de una reclamación de crédito (SAP Córdoba de 4 de abril de 2003)», en *DN*, núm. 160, 2004, pp. 25 ss.
- RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio: «La conciliación en la audiencia previa al juicio», en *RJNot.*, núm. 49, 2004, pp. 147 ss.
- RODRÍGUEZ PINEAU, Elena: «El nuevo reglamento comunitario sobre litigios matrimoniales y responsabilidad parental», en *La Ley*, 2004-1, D-25.
- SAMANES ARA, Carmen: «Las pretensiones procesales basadas en la falta de pago de las rentas de arrendamientos urbanos y la LEC 2000 (Referencia especial a las modificaciones introducidas por la disposición final 3.ª de la Ley 23/2003 de 10 de julio)», en *La Ley*, 2003-4, D-206.
- SÁNCHEZ-PEGO, Francisco Javier: «La tutela judicial en el recurso gubernativo», en *EDJ*, núm. 43, 2002, pp. 15 ss.
- SÁNCHEZ PÉREZ, María Elena: «Observaciones de un secretario judicial a la regulación de las costas en la LEC», en *La Ley*, 2003-4, D-201.
- SANJUÁN Y MUÑOZ, Enrique: «Mantenimiento y ejercicio de nuevas acciones en la tramitación del concurso de acreedores de conformidad a la nueva Ley 22/2003, de 9 de julio», en *La Ley*, 2003-4, D-216.
- «Competencias añadidas a los Juzgados mercantiles en aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado de Roma constitutivo de la Comunidad Europea», en *La Ley*, 2003-5, D-290.
- «La revisión jurisdiccional de la calificación del Registrador Mercantil. Estudio del 86 ter 2 apartado e) de la LOPJ, según la modificación de la LO 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal», en *La Ley*, 2004-1, D-28.
- SCOTTO DI TELLA MANRESA, Javier: «Los Juzgados de lo Mercantil en el marco de la Ley Concursal», en *La Ley*, 2003-4, D-205.
- SERRANO MASIP, Mercedes: «La intervención del Tribunal ante la insuficiencia de la prueba propuesta por las partes (art. 429.1.2.º LEC)», en *La Ley*, 2004-1, D-47.
- SERRERA CONTRERAS, Pedro Luis: «Más sobre los recursos contra las calificaciones registrales. Una referencia a la responsabilidad», en *RCDI*, núm. 680, 2004, pp. 3361 ss.
- SOBRINO HEREDIA, José Manuel: «El sistema jurisdiccional en el proyecto de Tratado constitucional de la Unión Europea», en *RDCE*, núm. 16, 2003, pp. 993 ss.
- SOTO NIETO, Francisco: «Motivación de las sentencias judiciales», en *La Ley*, 2003-4, D-181.
- «La estafa procesal y sus características», en *La Ley*, 2003-5, D-266.

- «Primacía y unicidad del Tribunal Supremo», en *La Ley*, 2004-1, D-46.
- SUÁREZ ROBLEDANO, José Manuel: «La ejecución en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», en *EDJ*, núm. 43, 2002, pp. 167 ss.
- TOME TAMAME, José Carlos: «Especialidades de la prueba en los procesos matrimoniales contenciosos», en *La Ley*, 2003-5, D-229.
- «La cosa juzgada formal y la cosa juzgada material», en *La Ley*, 2004-1, D-32.
- VACAS GARCÍA-ALOS, Luis: «El régimen disciplinario judicial en la jurisdicción militar», en *La Ley*, 2003-4, D-221.
- VELASCO NÚÑEZ, Eloy: «La figura del Juez de lo Mercantil tras la reforma concursal», en *La Ley*, 2003-4, D-195.

ABREVIATURAS

AAMN	Anales de la Academia Matritense del Notariado
AC	Actualidad Civil
AFDUAM	Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid
CCJC,	Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil
CDC	Cuadernos de Derecho y Comercio
CDJ	Cuadernos de Derecho Judicial
DN	Derecho de los Negocios
DPC,	Derecho Privado y Constitución
EDJ,	Estudios de Derecho Judicial
GJ	Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia
RCDI,	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
RDA	Revista de Derecho Ambiental
RDBB	Revista de Derecho Bancario y Bursátil
RDCE	Revista de Derecho Comunitario Europeo
RDM	Revista de Derecho Mercantil
RDP,at.	Revista de Derecho Patrimonial
RDP,	Revista de Derecho Privado
RDS	Revista de Derecho de Sociedades
RDU,	Revista de Derecho Urbanístico
RGID,	Revista General Informática de Derecho
RGLJ,	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
RJC,	Revista Jurídica de Catalunya
RJN	Revista Jurídica de Navarra
RJNot.,	Revista Jurídica del Notariado
RJUAM	Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid
RPJ,	Revista del Poder Judicial
RUE	Revista de Urbanismo y Edificación

REVISTAS QUE SE CITAN SIN ABREVIAR

La Ley

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ**

Colaboran: **Margarita CASTILLA BAREA, María del Carmen CRESPO MORA, Ignacio DÍAZ DE LEZCANO, Nicolás DÍAZ DE LEZCANO, Rocio DIÉGUEZ OLIVA, Susana ESPADA MALLORQUÍN, Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI, Miriam DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, Gabriel GARCÍA CANTERO, Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ, Ainhoa GUTIÉRREZ BARRENENGOA, Carmen JEREZ DELGADO, Javier LARENA BELDARRAIN, Sebastián LÓPEZ MAZA, María del Carmen LUQUE JIMÉNEZ, Andrea MACÍA MORILLO, Óscar MONJE BALMASEDA, Carlos ORTEGA MELIÁN, Máximo Juan PÉREZ GARCÍA, Luis Felipe RAGEL SÁNCHEZ, Lis SAN MIGUEL PRADERA, Paloma SABORIDO SÁNCHEZ, Juan David SÁNCHEZ CASTRO, Laura ZUMAQUERO GIL.**

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. Garantías de las obligaciones marítimas. Privilegios marítimos (régimen internacional): el Convenio para la unificación de ciertas reglas relativas a los privilegios e hipotecas marítimas, suscrito en Bruselas el 10 de abril de 1926.—Este Convenio (ratificado por España el 2 de junio

de 1930, publicado en la *Gaceta* de 31 de julio de 1930) es aplicable aun cuando los intervinientes sean exclusivamente nacionales. Es, además, condición *sine qua non* para su aplicación, que el buque gravado por el crédito pertenezca a un Estado que hubiera firmado el mismo.

El Convenio representa una normativa general y prevalente.—De este modo tiene una aplicación directa e integradora en España, como regulación que forma parte de su ordenamiento jurídico interno y, en consecuencia, altera la preferencia de créditos de los artículos 580 CCO y 31 de la Ley de Hipoteca Naval, al haber sido desvirtuadas sus normas sobre la petición de créditos por la específica regulación contenida en este Convenio (STS de 22 de mayo de 1989). (STS de 13 de febrero de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—Una entidad financiera había concedido un préstamo a la compañía *PR, S. A.*, garantizado con una hipoteca naval constituida sobre un buque pesquero propiedad de esta última. La hipoteca fue ejecutada judicialmente a instancia de la entidad financiera ante el incumplimiento de la compañía prestataria. Además, la firma *PR, S. A.*, adeudaba a una sociedad de seguros marítimos las primas de los dos últimos años del seguro del buque pesquero hipotecado. La sociedad de seguros interpuso una tercería de mejor derecho en los autos de ejecución de hipoteca naval, por entender que su crédito tenía carácter privilegiado. A esto se opuso la entidad financiera ejecutante invocando el Convenio para la unificación de ciertas reglas relativas a los privilegios e hipotecas marítimas, suscrito en Bruselas en abril de 1926 (ratificado por España en 1930), al no contemplar éste, como privilegio, el crédito alegado como preferente por la aseguradora demandante. No prosperó la petición de la actora ni en el Juzgado ni en la Audiencia. El TS no da lugar al recurso de casación.

NOTA.—Este Convenio de 1926 ha sido sustituido por el Convenio Internacional hecho en Bruselas el 27 de mayo de 1967, pero que a tenor de su propio artículo 25 no obliga a España, que no lo ha ratificado ni se ha adherido al mismo. Por tanto, el texto de 1926 continúa vigente y aplicable a España. El Convenio de 1926 se trata de sustituir por el de Ginebra de 6 de mayo de 1993 sobre privilegios marítimos e hipoteca naval. (*I. D. L.*)

2. Determinación del *dies a quo* para el cómputo anual prescriptivo.—No puede entenderse como fecha inicial del cómputo la del alta en la enfermedad cuando quedan secuelas, sino la de la determinación invalidante de éstas, pues hasta que se sabe su alcance no puede reclamarse en base a ellas. Cuando se trata de reclamación por lesiones, se computa el plazo prescriptivo a partir de la determinación del quebranto padecido.

Contrato de obra. Responsabilidad respecto a la vigilancia de las medidas de seguridad.—No existe precepto legal alguno que imponga a los Arquitectos Superiores ni a los Arquitectos Técnicos la obligación de comprobar la correcta adopción por el contratista de las preceptivas medidas de seguridad en el trabajo. Según se infiere del sentido general del Decreto de 21 de febrero de 1986 y de las atribuciones profesionales de los Arquitectos Técnicos conforme a lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley de 1 de abril de 1986, los jefes de obra y vigilantes de seguridad son los encargados de

comprobar la correcta adopción de las medidas de seguridad. (STS de 22 de enero de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—Don Emilio C. A. sufrió un accidente laboral el 3 de junio de 1993, a consecuencia del cual sufrió graves lesiones; el alta médica tuvo lugar el 13 de junio de 1994; el 24 de agosto de 1994, la Comisión de Evaluación formuló propuesta de declaración de invalidez en grado de incapacidad permanente absoluta por la contingencia de accidente de trabajo para todo tipo de profesión, sin posibilidad razonable de recuperación; el 19 de septiembre de 1994 la Dirección Provincial del INSS declaró a don Emilio en situación de invalidez permanente absoluta.

El 16 de junio de 1995, don Emilio demanda, ante el Juzgado de Primera Instancia, a *Cooperativa de Viviendas Caserío de Perales*, don Amable V. F. (Arquitecto Técnico) y don José María P. G. (Arquitecto Director de la obra), en reclamación de 25.000.000 de pesetas, más intereses y costas, por el accidente sufrido. El Juzgado de Primera Instancia rechazó la excepción de prescripción de la acción y estimó parcialmente la demanda condenando a que los demandados abonasen solidariamente al actor la cantidad de 14.000.000 de pesetas, por las lesiones sufridas.

Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial de Madrid estimó el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de don Amable V. F. y don José María P. G., respectivamente, y revocó en su totalidad la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, puesto que consideró, a diferencia de la sentencia de primera instancia, que la acción había prescrito. Interpuesto el recurso de casación, el TS declaró haber lugar al mismo.

NOTA.—La sentencia anotada no se aparta de la consolidada línea jurisprudencial que considera que, cuando quedan secuelas, la fecha inicial del cómputo del plazo de prescripción no es la del alta de la enfermedad, sino cuando se sabe exactamente su alcance, es decir, a partir del conocimiento del quebranto padecido (*vid.* SSTS 26 de mayo, 28 de julio y 28 de octubre de 1994, 31 de marzo y 22 de abril de 1995, 27 de febrero, 3 de septiembre y 22 de octubre de 1996, 22 de abril de 1997, y 24 de junio y 13 de julio de 2000).

El TS ha manifestado en distintas ocasiones que no existe precepto legal alguno que imponga a los Arquitectos Superiores la obligación de comprobar la correcta adopción por el contratista de las preceptivas medidas de seguridad en el trabajo (*vid.* SSTS de 22 de noviembre de 1971, 27 de noviembre de 1993, y 1 de febrero de 2001).

En esta sentencia el TS absuelve al Arquitecto Director de la obra y al Arquitecto Técnico, puesto que no tienen obligación de comprobar la correcta adopción de las medidas de seguridad; sin embargo, el TS considera que la cooperativa, promotora de la construcción es responsable conforme al artículo 1903.4.º CC, puesto que el fallo que provocó el accidente resulta atribuible a los trabajadores que dependían de la misma y no se habían adoptado las medidas de seguridad oportunas (*vid.* SSTS 8 de mayo de 1999, 24 de junio de 2000, entre otras). (*M. C. L. J.*)

3. Determinación del *dies a quo* para el cómputo anual prescriptivo.—En los supuestos de lesiones que dejen secuelas físicas o psíquicas susceptibles de curación o mejora, el cómputo del plazo para el ejercicio de las correspondientes acciones de responsabilidad civil por culpa extracontractual no puede comenzar a contarse desde la fecha de alta, en la que se consigne o exprese las referidas secuelas, sino que ha de esperarse a conocer el alcance definitivo de éstas, consecuente al tratamiento que de las mismas se ha venido haciendo, es decir, el cómputo del plazo prescriptivo comienza en el momento en que es conocido cuantitativamente el total resultado dañoso.

Para poder hacer coincidir el inicio del cómputo con la fecha exclusiva del alta médica sería necesario que a partir de dicha fecha se pudiera ejercitar la acción correspondiente, para lo que se precisaría que tras esa alta médica, no se mantengan secuelas residuales que precisen tratamiento posterior o la persecución de un expediente para dirimir, definitivamente, cuáles han sido las repercusiones de las lesiones en la capacidad laboral del trabajador.

Rasgos actuales de la responsabilidad civil.—Actualmente la responsabilidad civil extracontractual se caracteriza porque se presume que el autor del daño ha incurrido en culpa y a él le corresponde desvirtuar esta presunción mediante la prueba de haber obrado con la diligencia debida. Además, no basta con el cumplimiento de reglamentos y disposiciones legales que obligan a la adopción de garantías para prevenir y evitar los daños, puesto que, si estas medidas no han ofrecido resultado positivo, ya que de hecho el daño se ha producido, se revela su insuficiencia y que faltaba algo por prevenir, no hallándose completa la diligencia. (STS de 13 de febrero de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—El 1 de diciembre de 1993, don J. M. M. D. sufrió un accidente laboral mientras desarrollaba sus tareas propias de calderero en su centro de trabajo. El accidente tuvo lugar como consecuencia de la explosión de una de las calderas, lo que le produjo lesiones consistentes en quemaduras múltiples por agua hirviendo, que le afectó al 50 por 100 de su cuerpo; don J. M. obtuvo el alta médica el 5 de junio de 1994. El 15 de marzo de 1995 se dictó propuesta de resolución de incapacidad permanente total para la profesión habitual de don J. M. en el expediente administrativo ante la comisión de evaluación de incapacidades. El 18 de mayo de 1995, el Director Provincial de INSS extendió diligencia para hacer constar que aquella propuesta de resolución era aceptada.

Posteriormente, el 15 de septiembre de 1995, don J. M. M. D. formuló demanda por responsabilidad extracontractual contra la empresa, en la que reclamaba, en concepto de indemnización por el accidente sufrido y las secuelas que le quedaron la cantidad de 61.372.000 pesetas. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y condenó a la entidad demandada a indemnizar al actor en la suma de 11.173.000 pesetas, más intereses legales, así como a abonar cuantos gastos se originasen en el futuro derivados de tratamiento médico o rehabilitador, intervenciones quirúrgicas, estancias en hospitales o cualesquiera otros de análoga naturaleza relacionados con el tratamiento y curación de las lesiones padecidas por el actor, e indemnizaciones por días de incapacidad o secuelas consecuencia de lo anterior.

Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial de Badajoz desestimó el recurso de apelación. Interpuesto el recurso de casación, el TS declaró no haber lugar al mismo.

NOTA.—El TS reitera nuevamente en esta sentencia que el cómputo del plazo para el ejercicio de la correspondiente acción de responsabilidad civil por culpa extracontractual en los supuestos de lesiones que dejan secuelas físicas susceptibles de curación o mejora, mediante el oportuno tratamiento continuado de las mismas, no puede comenzar a contarse desde la fecha de sanidad o alta, en el que se consignen o expresen las referidas secuelas, sino que ha de esperarse hasta conocer el alcance o efecto definitivo de éstas. Es constante la doctrina jurisprudencial que sostiene que en caso de reclamaciones por lesiones, se computa el plazo prescriptivo a partir del conocimiento por el interesado, de modo definitivo, del quebranto padecido (*vid.* SSTS de 16 de junio de 1975, 9 de junio de 1976, 3 de junio y 19 de noviembre de 1981, 8 de julio de 1983, 22 de marzo y 13 de septiembre de 1985, 21 de abril de 1986, 3 de abril y 4 de noviembre de 1991, 30 de septiembre de 1992 y 24 de mayo de 1993, 26 de mayo de 1994, 28 de julio y 28 de octubre de 1994, 31 de marzo y 22 de abril de 1995, 27 de febrero y 29 de octubre de 1996, y 22 de abril de 1997 y 22 de enero de 2003).

En esta sentencia el TS sigue la consolidada línea jurisprudencial que considera que en estos supuestos el inicio del cómputo del plazo de prescripción se inicia en la fecha del dictamen de incapacidad en el que la Comisión Médica de Evaluación de Incapacidades determinó de forma concluyente las secuelas del accidente sufrido (*vid.* SSTS 14 de febrero de 1994, 12 de febrero, 24 de junio y 13 de julio de 2000, 6 de febrero de 2002 y 22 de enero de 2003).

Por último, destacamos que el TS ha manifestado en reiteradas ocasiones que la fijación del *dies a quo* para el cómputo del plazo prescriptivo ha de determinarlo el juzgador de instancia con arreglo a criterios de sana crítica, puesto que el artículo 1969 CC no es a estos efectos un precepto imperativo y sí de *ius dispositivum* (*vid.* SSTS de 22 de marzo de 1985; 21 de abril de 1986, 16 de diciembre de 1987; 8 de octubre de 1988, 14 de febrero de 1994; 3 y 26 de septiembre de 1996). (*M. C. L. J.*)

DERECHO DE LA PERSONA

4. Declaración de incapacidad. Nombramiento de tutor.—La sentencia que declara la incapacidad debe establecer la extensión y límites de ésta, así como el régimen de tutela o guarda al que quede sometido el declarado incapaz. Una vez firme la sentencia de incapacitación, la constitución de la tutela y el nombramiento del tutor deben llevarse a cabo en expediente de jurisdicción voluntaria (SSTS de 22 de julio de 1993, 19 de mayo de 1998 y, precisamente, la de 27 de enero de 1998), así lo prevé la disposición adicional de la Ley 13/1983, de 24 de octubre, y la Ley de 15 de enero de 1996, de Protección Jurídica del Menor en su DA 3.^a (si bien esta última no resulta aplicable al caso al tratarse de hechos anteriores).

Incongruencia *ultra petitem*. Nombramiento de tutor.—Existe extralimitación decisoria de la sentencia desde el momento en que se supera lo que se había integrado en el suplico de la demanda. Así sucede cuando se solicita sentencia que acuerde el régimen de tutela o guarda y ésta además procede a nombrar tutor. (STS de 31 de enero de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—El Ministerio Fiscal presenta una demanda en la que solicita que se declare la incapacidad de don E. S. S. y se acuerde el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el declarado incapaz.

En primera instancia se declara la incapacidad del demandado para regir su persona y bienes, y se nombra tutora a doña M. L. C. S. La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación presentado por el Ministerio Fiscal y confirma íntegramente la sentencia. El TS declara haber lugar al recurso de casación presentado por el Ministerio Fiscal y deja sin efecto el nombramiento de la tutora. (L. S. M. P.)

5. Reclamación de paternidad no matrimonial: ha de dirigirse también contra el menor: nombramiento de defensor judicial: contraposición de intereses.—Se ha ejercitado una acción de reclamación de paternidad no matrimonial, estimada en ambas instancias, y la demandada en su propio nombre y derecho, sin ejercer la representación de su hijo menor de edad por no haber sido demandado, se ha opuesto a la misma, sin otra intervención en el proceso que la del Ministerio Fiscal a partir del recurso de apelación. Es necesario advertir el carácter de orden público del estado civil, que exige la protección de los intereses del menor, que no puede estar ausente del proceso. Ha de tenerse en cuenta el artículo 163 CC, que constituye un desarrollo del artículo 162.2, 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 un conflicto de intereses que puede poner en peligro el del hijo al que representan. En el presente caso la madre demandada manifiesta intereses contrarios, en principio, a los del menor, como se demuestra con las sentencias dictadas en su contra en ambas instancias.

Funciones y caracteres del cargo de defensor judicial.—Según el 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 —padres, tutores o curadores—, no lo hacen. Es un cargo judicial porque es necesaria una resolución del Juez que acuerde su nombramiento; cuando actúe debe obrar dentro de las facultades precisas y concretas que se le han atribuido, y cuando actúa judicialmente debe probar que lo hace así (STS de 10 de marzo de 1994); su nombramiento debe hacerse de oficio cuando el Juez conoce alguno de los supuestos en que se haga necesario. Al estimar el recurso, procede, en consecuencia, la absolución de la instancia para permitir al demandante, si lo estima oportuno, dirigir la acción contra la demandada, el Ministerio Fiscal y el menor de edad representado por defensor judicial. (STS de 17 de enero de 2003; ha lugar.)

NOTA.—El menor nació en 1991 y la pregunta, obvia por lo demás, es si el nuevo proceso que eventualmente se interponga,

una vez rectificadas los defectos de forma denunciados, finalice en casación antes de que el hijo alcance la mayoría de edad. Si la estimación de la demanda del supuesto padre en ambas instancias constituye algún indicio de lo fundado de su pretensión, no resulta beneficioso para los intereses del menor que la justicia decida reconocérselo cuando la función paterna carece ya de sujeto sobre el que ejercitarse. Cfr. últimamente SSTS de 7 noviembre 2002 y 18 de enero de 2003. (G. G. C.)

6. Títulos nobiliarios: la prescripción adquisitiva del título.—El TS afirma que una persona que no se encuentre entre los llamados a la sucesión de un título nobiliario no podrá ser rehabilitado para adquirir éste, ni tampoco adquirirlo por usucapión. No obstante, si una persona se encuentra dentro del orden de sucesión del título, se afirma, tanto por la Ley 41 de Toro como por copiosa jurisprudencia (entre otras, las SSTS de 7 y 27 de marzo de 1985, 14 de junio y 7 de julio de 1986, 4 de junio de 1997, 7 y 17 de marzo de 1998 y 11 de junio de 2001), que la posesión por tiempo inmemorial (cuarenta años), llevada a cabo de forma continuada y sin interrupción durante dicho período de tiempo, prevalece sobre el mejor derecho genealógico. Dicha posesión ha de realizarse de forma pacífica, quieta y pública, para poder alterar el propio orden sucesorio y perjudicar por ello a los sucesores prellamados.

Aspectos procesales: las costas en asuntos de naturaleza nobiliaria.—El TS constata que no existe una jurisprudencia que afirme como criterio general la no imposición de costas en la instancia en asuntos de naturaleza nobiliaria. Prueba de ello son, entre otras, las SSTS de 13 de junio de 1996, 4 de junio de 1997, 7 de marzo de 1998, 19 de junio de 2000 y 11 de junio de 2001. (STS de 20 de febrero de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—Don S. D. de la C. interpone demanda contra don J. M. de la S. U., contra el Ministerio Fiscal y contra cualquier persona que se considere con mejor derecho para el uso y disfrute del título nobiliario de Marqués de Villar del Águila. El demandado formula reconvencción para que se declare que el actor carece de derecho al referido título, ya que él y su familia llevan más de cuarenta años en posesión del título de manera continuada y pacífica.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda y estima la reconvencción. Interpuesto recurso de apelación por el demandante, la Audiencia Provincial declara no haber lugar al mismo, confirmando la sentencia de instancia. En casación, el TS declara no haber lugar al recurso interpuesto y condena al recurrente al pago de las costas ocasionadas. (S. E. M.)

7. Intromisión ilegítima en el derecho al honor. Libertad de información.—Afirma el TS que cuando una información veraz desacredita o desmerece a un sujeto, se ha de considerar una intromisión ilegítima en su derecho al honor. Ahora bien, prima sobre tal derecho el de información, cuando se trate de una información veraz [art. 20.1.d) CE].

Colisión entre el derecho al honor y la libertad de información. Contenido de la información veraz.—Según la doctrina constitucional

(SSTC 46/2002, de 25 de febrero, 52/2002, de 25 de febrero, y 76/2002, de 8 de abril), la exigencia de veracidad supone que el informador debe comprobar la veracidad de los hechos, empleando para ello una diligencia razonable exigible a un profesional (según los cánones de la profesionalidad informativa) y excluyendo invenciones, rumores e insidias. Esta exigencia se gradúa de acuerdo con ciertos criterios, como el descrédito que conlleva la información, la condición pública o privada del afectado, el respeto a la presunción de inocencia, la consideración del hecho como noticioso o la fuente de la que proviene la información. Respecto de esta última, en concreto, se exige que sea fidedigna, seria, fiable y solvente. De lo contrario, no es suficiente con la comprobación por el informador de su identidad.

Valoración de la indemnización del daño moral de acuerdo con el artículo 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo.—Para estimar la cuantía de la indemnización del daño moral por la lesión al derecho al honor y a la intimidad, el empleo de parámetros tales como la carga difamatoria de la noticia, su ubicación en el diario, la difusión de éste limitada a una provincia o los datos proporcionados al informador por el Ministerio fiscal, es conforme con los criterios establecidos por el artículo 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo. (STS de 31 de enero de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—En el *Diario 16* de Málaga se publica un reportaje, firmado por don L. S. O., en el que se afirma que don O. H. H. está buscado por la justicia alemana y en el que se le relaciona con un asunto de tráfico de estupefacientes. La fuente de la información resulta ser una persona que se había querellado con don O. H. H. por estafa.

Don O. H. H. interpone demanda sobre protección del derecho al honor y a la intimidad contra el periodista, los editores del periódico y los directores del mismo. En ella solicita, entre otros pedidos, la declaración de la existencia de una agresión ilegítima a su integridad y honor, así como la condena al pago de una indemnización por daño moral y a la publicación íntegra en el citado diario del texto de la sentencia condenatoria.

El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda y condena al periodista, así como, subsidiariamente, al resto de los demandados (de forma solidaria entre sí), al pago de una indemnización de 5.000.000 de pesetas y a la publicación del texto íntegro de la sentencia. Los demandados recurren el fallo en apelación y la Audiencia Provincial estima parcialmente el recurso, rebajando la indemnización a 1.000.000 de pesetas. Frente a esta sentencia interponen recurso de casación parte de los demandados en primera instancia, recurso que es desestimado por el TS. (A. M. M.)

8. Derecho al honor: la intromisión ilegítima.—El artículo 20.1.d) CE exige que la información que se difunda sea veraz y que se compruebe según los cánones de profesionalidad en los medios de comunicación, sobre todo cuanta mayor sea la trascendencia social de los hechos de los que se informe (STC 150/1990). El TS establece que la información gráfica o escrita que haya sido divulgada con omisión de esta diligencia profesional debida, constituye una intromisión ilegítima en el derecho al honor y a la propia imagen. Tan sólo cuando la información difundida entre dentro del campo de los erro-

res circunstanciales, y no afecte por este motivo a la esencia de lo informado, se podrá afirmar que la intromisión en el derecho al honor no es ilegítima. También es necesario en estos casos que posteriormente se proceda a la rectificación pertinente de la noticia difundida. Dicha rectificación ha de aclarar debidamente el error informativo, porque, de no ser así, no se subsana la intromisión ilegítima realizada.

Indemnización: presunción del perjuicio.—El TS, en su STS de 18 de abril de 1989, afirma que el artículo 9.3 de la Ley Orgánica sobre protección al honor, a la intimidad y a la propia imagen, establece que, acreditado el quebrantamiento del derecho al honor, existe una presunción de perjuicio que ha de incluir el daño moral ocasionado, y cuya valoración se llevará a cabo por la instancia teniendo en cuenta las particularidades concurrentes y la gravedad de la lesión producida. (STS de 31 de diciembre de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Don R. F. B. interpone demanda de incidente de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen contra doña M. A. M. G., don M. F. D. y *Editorial Prensa Asturiana, S. A.*, suplicando que se les declare responsables de una intromisión ilegítima contra el honor y la buena imagen, se le indemnice por daño moral y se rectifique en el diario *La Nueva España* la noticia por la que se le identificaba erróneamente como la persona contra la que se estaba siguiendo un juicio por agresiones sexuales.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda y declara a los demandados responsables de una intromisión ilegítima en el derecho al honor del demandante, condenándolos solidariamente al pago de una indemnización de 1.000.000 de pesetas. Interpuesto recurso de apelación por la parte demandada, la Audiencia Provincial lo desestima y acoge parcialmente la adhesión al mismo del actor, revocando parcialmente la sentencia de instancia y condenando igualmente a los demandados a la publicación de la parte dispositiva de la sentencia de instancia. El TS declara en casación no haber lugar al recurso interpuesto por los demandados. (S. E. M.)

9. Derecho al honor: ilegitimidad de la intromisión.—Tanto el TC como el TS han declarado que la pugna entre el derecho al honor y el derecho a la información y libertad de expresión implica siempre un juicio de valor (STS de 11 de octubre de 2001). Dicho juicio habrá de realizarse tratando de captar las circunstancias concurrentes en cada caso concreto y el contexto en el que se emplean, para poder inducir el verdadero sentido, intención o finalidad que se pretende y, con ello, poder calificar como ilegítima la intromisión en el derecho al honor.

El TS considera que un exceso verbal consistente en calificar como «extorsión» una petición de indemnización, dadas las circunstancias y el contexto del caso, no tiene la gravedad y trascendencia como para ser calificada como una intromisión en el derecho al honor. (STS de 12 de febrero de 2004; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña M. C. B. interpone demanda contra don E. G. I. sobre declaración de intromisión ilegítima en el derecho al honor en

el curso de un mitin electoral, siendo parte el Ministerio Fiscal. En dicho mitin el demandado se refirió a la actora como «la figura del típico cacique de este país por ser partícipe dentro del ámbito familiar, en la extorsión de un ciudadano, pidiéndole 3.000.000 de pesetas para no denunciarle por unas obras».

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda y absuelve de todos los pedimentos al demandado. Interpuesto por éste recurso de apelación, la Audiencia Provincial desestima de nuevo el recurso y confirma íntegramente la sentencia recurrida. El TS declara en casación no haber lugar al recurso. (S. E. M.)

10. Deber de colegiación de los odontólogos y estomatólogos.—La Orden ministerial de fecha 13 de noviembre de 1950 aprobó el Estatuto reglamentario de la profesión colegiada de odontología-estomatología, sin que la misma haya sido derogada por disposiciones de organización colegial, de mayor o menor rango legislativo dictadas con posterioridad, y el artículo 39 de dicho Reglamento estableció la pertenencia obligatoria al Colegio respectivo de todos los odontólogos y estomatólogos ejercientes en territorio español.

En relación con el tema de la obligatoriedad colegial, es de decir que ello no significa ninguna contradicción con los derechos de asociación y sindicación proclamados en los artículos 22 y 28 CE, respectivamente, coexistencia la indicada que fue reconocida por el TC, en SS número 123/1987, 89/1989 y 35/1993, al razonar que «la colegiación obligatoria, como requisito exigido por la Ley para el ejercicio de la profesión, no constituye una vulneración del derecho y principio de libertad asociativa, activa o pasiva» y que «la obligación de inscribirse los profesionales en el Colegio y someterse a su disciplina no supone una limitación injustificada, y menos una supresión, del derecho garantizado en el artículo 22 CE y reconocido en el artículo 11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (...), porque la adscripción obligatoria no impide en modo alguno que los profesionales colegiados puedan asociarse o sindicarse en defensa de sus intereses, ya que no puede afirmarse fundadamente que exista incompatibilidad o contradicción constitucional interna entre los artículos 22, 28 y 36 CE, siendo así que dicha colegiación no impone límite o restricción al derecho a asociarse o sindicarse, participando en la fundación de organizaciones sindicales o afiliándose a las ya existentes», y en sentido análogo se pronunció la S 194/1998, dictada, asimismo, por el meritado Tribunal.

Jurisdicción competente.—Es precisamente en el previo presupuesto de la concurrencia de un acto administrativo en el que procede centrar la resolución de la cuestión debatida, debiendo adelantarse al respecto que en los temas que versen, entre otros, sobre defensa de la corporación, constitución de sus órganos, régimen electoral, decisiones sobre colegiación y disciplina, por su evidente matiz de Derecho público, están sujetos al control jurisdiccional del orden contencioso-administrativo. En este orden de cosas, lo acontecido fue que una profesional que venía obligada a inscribirse en su correspondiente organización colegial se negó a ello, demostrando una absoluta inactividad al respecto y pretendiendo amparar su negativa en estar ya inscrito en la organización que agrupa a la clase médica, pero esto carece de validez y relevancia, pues aun siendo la estomatología una especialidad médica, la circunstancia de su efectivo ejercicio obligaba a darse de alta en el especí-

fico Colegio creado para la misma; ahora bien, la realidad de lo acontecido no significa, por supuesto, que lleve implícita la inexistencia de un acto administrativo, al poder concurrir cualquiera que sea la modalidad que adopte. Y así, no es posible olvidar que el Colegio recurrente requirió en varias ocasiones a la profesional recurrida para que solicitase su incorporación al mismo, requerimientos los indicados que permiten configurarlos como manifestación de un acto administrativo. Por consiguiente, atendiendo a la obligatoriedad de la colegiación y a la carencia de medios coactivos para llevarla a cabo directamente por el Colegio, es incuestionable la necesidad en que se encuentra de impetrar el auxilio judicial, el cual, a tenor de cuantas consideraciones han sido formuladas y de lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 9 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, habrá de prestarse a través del orden jurisdiccional contencioso-administrativo (...).

Aparte de las normas dictadas por las Comunidades Autónomas, que, en virtud de sus Estatutos de Autonomía, han asumido competencias en esta materia, con posterioridad a la fecha de incoación de la demanda iniciadora de este proceso, el artículo 2.c) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, establece que «el orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con los actos y disposiciones de las Corporaciones de Derecho público, adoptados en el ejercicio de funciones públicas», y no cabe olvidar que estas Corporaciones integran lo que tradicionalmente se conoce como «Administración Corporativa», cuyo fundamento último se encuentra en la Constitución Española de 1978, donde, en su artículo 36, inciso primero, con referencia a los Colegios Profesionales, se dispone que «la ley regulará las peculiaridades propias del Régimen Jurídico de los Colegios Profesionales y el ejercicio de las profesiones tituladas», y, asimismo, la Ley 7/1997, de 14 de abril, de Medidas Liberalizadoras en materia de suelo y de Colegios Profesionales, en su artículo 1, dice que «los Colegios Profesionales son Corporaciones de Derecho público, amparadas por la Ley y reconocidas por el Estado, con personalidad jurídica propia y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines». (STS de 6 de noviembre de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—El Ilustre Colegio Oficial de Odontólogos y Estomatólogos de la XII Región demandó, por los trámites del juicio declarativo de menor cuantía, a doña A. N. B. La cuestión litigiosa se centraba, de una parte, en si la litigante pasiva, que se encuentra en posesión del título de estomatología y ejercía dicha profesión en la clínica dental que tiene abierta en Oviedo sin hallarse inscrita en el Colegio demandante, está o no obligada a colegiarse en el mismo, para lo que fue requerida por el Presidente de la referida Corporación, y de otra, si el conocimiento de la cuestión suscitada correspondía o no al orden jurisdiccional civil.

El Juzgado acogió la demanda y su sentencia fue revocada en grado de apelación por la de la Audiencia, con base en la incompetencia de la jurisdicción civil para conocer de la cuestión objeto del debate.

El actor ha interpuesto recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia. (O. M. B.)

11. Colegios profesionales. Naturaleza jurídica y jurisdicción competente.—La Ley 2/1974, de 13 de febrero, otorga de modo expreso a los Colegios profesionales el carácter de Corporaciones de Derecho público. Por su parte, la STC de 15 de julio de 1987 los define como corporaciones sectoriales de base privada es decir, entidades de carácter esencialmente privado pero que, a su vez, ejercen funciones públicas. Debido a esta dualidad de funciones, la STS de 12 de junio de 1990 estableció que la faceta asociativa privada de los Colegios debe quedar sometida al Derecho civil. Por el contrario, para que la jurisdicción contenciosa resulte competente deberá concurrir, como requisito ineludible, la previa presencia de un acto administrativo. Así ocurrirá en los temas que versen, entre otros, sobre defensa de la corporación, constitución de sus órganos, régimen electoral y decisiones sobre colegiación y disciplina, cuestiones que, por su evidente matiz de Derecho público, resultarán sujetas al control jurisdiccional del orden contencioso-administrativo.

Colegiación forzosa y derecho constitucional de libertad asociativa. Compatibilidad interna entre los artículos 22, 28 y 36 CE.—La colegiación obligatoria, como requisito exigido por la ley para el ejercicio de la profesión, no implica ninguna contradicción con los derechos de asociación y sindicación proclamados en los artículos 22 y 28 CE, porque tal colegiación no impide que los profesionales colegiados puedan asociarse o sindicarse en defensa de sus intereses. (STS de 30 de enero de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—Un estomatólogo, aunque ejercía efectivamente su especialidad, se negó a inscribirse en su correspondiente organización colegial. Este profesional justificaba su negativa en estar ya inscrito en la organización que agrupa a la clase médica, pese a que la estomatología constituye una especialidad médica autónoma. El Colegio de Odontólogos y Estomatólogos requirió en varias ocasiones al profesional para que solicitase su incorporación al mismo, requerimientos que tienen la consideración de actos administrativos. Ante la carencia de medios coactivos, el Colegio acude al auxilio judicial e incoa un juicio de menor cuantía contra el citado profesional. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda y declara que el profesional está obligado a colegiarse, con todos los derechos y deberes que tal colegiación comporta. En grado de apelación, esta sentencia es revocada y se declara la incompetencia de la jurisdicción civil para conocer de la demanda formulada por el Ilustre Colegio de Odontólogos y Estomatólogos. El TS rechaza el recurso de casación interpuesto por el citado Colegio profesional. (M. C. C. M.)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

12. Negocios de fijación jurídica.—Son conocidos en la doctrina alemana como *festellungsvertrag*, y en la italiana como *negozio di accertamento*. La doctrina española los define como aquellos mediante los cuales las partes tratan de evitar incertidumbres y controversias existentes o que puedan surgir en un futuro. Es además un negocio que constituye una situación jurídica de Derecho sustantivo. Las partes, a raíz de relaciones jurídi-

cas preexistentes delimitan, precisan y determinan el alcance de sus obligaciones futuras.

La jurisprudencia ha asimilado el negocio de fijación con los contratos reproductivos o reconocitivos (SSTS de 26 de marzo de 1990 y 30 de abril de 1999), si bien ha matizado que no se trata únicamente de facilitar la actividad probatoria respecto de lo acordado, sino también de excluir posibles pretensiones derivadas de relaciones jurídicas previas entre las partes. La consecuencia jurídica que se consigue es similar a la transacción regulada en el artículo 1816 CC.

Más genéricamente, puede ser definido el acuerdo como novación modificativa o impropia, toda vez que, subsistiendo el vínculo previo y originario, no cabe definir la novación como extintiva (STS de 23 de mayo de 2000).

Supuestos en que cabe aplicar la equidad del artículo 3.2 CC.—Reiterada jurisprudencia exige para acudir a la equidad que de los textos legales resulte imposible la resolución del litigio. En todo caso, su aplicación será restrictiva y prudente (SSTS de 8 de febrero de 1996, 10 de diciembre de 1997 y 29 de diciembre de 1998). (STS de 20 de diciembre de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—La mercantil *Pesquertas Españolas de Bacalao, S. A. (PEBSA)*, encarga a la *Empresa Nacional Bazán de Construcciones militares, S. A.*, la construcción de ocho buques atuneros congeladores por un precio de 300.000.000 de pesetas cada buque. Unos años más tarde, se incorporó al contrato inicial un primer *addendum* en el que se precisaban las estipulaciones originarias. En la misma fecha, las partes suscribieron un segundo *addendum* para fijar definitivamente los acuerdos pactados.

Ante el incumplimiento por parte de Bazán de lo acordado en el segundo *addendum*, PEBSA interpone demanda ante el Juzgado de Primera Instancia que es estimada en su totalidad, en el sentido de condenar a la demandada al pago de más de 1.400.000.000 de pesetas a la actora. En grado de apelación, la Audiencia confirma la sentencia de instancia. El TS en casación declara no haber lugar al recurso. (J. D. S. C.)

13. Negocio fiduciario. Concepto.—En el negocio fiduciario quien recibe la titularidad de los bienes se obliga a emplear las facultades dispositivas que la adquisición le confiere en el cumplimiento de las finalidades de la fiducia. No puede integrar en su patrimonio el objeto sobre el que recae como si la titularidad fuese suya y no del fiduciante. El instrumento jurídico que se utiliza suele ser el de una compraventa ficticia que no por eso dejará de tener su causa, que se halla en la concesión de facultades dispositivas al fiduciario para alcanzar una determinada y prevista finalidad.

Efectos del negocio fiduciario entre las partes: el fiduciante conserva la titularidad real de los bienes, mientras que el fiduciario ostenta una titularidad formal o de dominio impropio.—En el negocio fiduciario se transmite al fiduciario una titularidad formal y aparente, válida y eficaz frente a terceros de buena fe y por título oneroso... con una limitada eficacia que no puede oponerse al fiduciante por no haberse producido una verdadera transmisión del dominio (SSTS de 28 de diciembre de 1973, 2 de junio de 1982, 9 de octubre de 1987, 8 de marzo de 1988, 19 de marzo de 1989,

5 de julio de 1989, 30 de enero de 1991, 30 de abril de 1992 y 5 de julio de 1993), de tal modo que, aunque eficaz frente a esos terceros de buena fe y por título oneroso, entre las partes obliga a reconocer la titularidad real que conserva el fiduciante (SSTS de 9 de octubre de 1987 y 8 de marzo de 1988), pues entre ellos no puede prevalecer la apariencia creada por el negocio directo (STS de 19 de mayo de 1989).

Diferencias con la simulación absoluta.—Las diferencias esenciales entre el negocio simulado —en su especie de simulación absoluta o carente de causa— y la *fiducia cum amico* son: *a*) el simulado es un negocio ficticio, no real, mientras el fiduciario es un negocio serio, querido con todas las consecuencias jurídicas; *b*) el simulado es un negocio simple mientras que el otro es complejo; *c*) el simulado es absolutamente nulo, sin llevar consigo transferencia alguna de derechos, y el fiduciario es válido (STS de 28 de octubre de 1988), y *d*) el negocio simulado carece de causa, por lo que lo hace radicalmente nulo, mientras que el fiduciario lleva insita la *causa fiduciae* (STS de 30 de enero de 1991).

Inexistencia de la fiducia cuando el adquirente conserva la titularidad de los bienes transmitidos.—El negocio fiduciario presupone unos vínculos entre fiduciante y fiduciario para que por éste se cumpla el encargo confiado, y por tanto su propiedad formal sobre los bienes desaparezca reintegrándose al patrimonio del fiduciante. Por ello no se puede hablar de fiducia cuando tras la adquisición de los bienes por la compradora ésta mantiene su titularidad con la aquiescencia del supuesto fiduciante.

Validez de la donación encubierta bajo la apariencia de una compraventa formalizada en escritura pública.—En orden a admitir la eficacia de la donación disimulada, bajo la apariencia de una compraventa simulada, la jurisprudencia ha aceptado la validez de dicha donación cuando constando la realidad del *animus donandi*, el negocio jurídico se hubiera formalizado en escritura pública en cuyo otorgamiento hubiera participado el interesado (por todas, STS de 13 de diciembre de 1993). (STS de 13 de febrero de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—En 1979, el actor don L. F. compró en documento privado una vivienda en la que convivió con su compañera sentimental, doña A. G., desde 1981 hasta 1993. En mayo de 1983, con autorización del demandante, los vendedores otorgaron escritura pública de compraventa de la referida vivienda a favor de la conviviente. Simultáneamente, el demandante suscribió un documento privado en el que renunciaba a sus derechos sobre el inmueble. Con posterioridad, en 1993, el demandante declara en acta notarial que el mencionado piso era de su propiedad, a pesar de figurar a nombre de su compañera, ya que fue él quien pagó íntegramente el precio de la compra. Cesada la convivencia, doña A. G. continuó en el uso de la vivienda. Doña A. fallece y sus herederos adquieren el inmueble. Ante ello don L. F. demanda a aquéllos reclamando la propiedad del piso. El Juzgado desestima la demanda. La Audiencia estima la apelación y declara que el actor es propietario del inmueble. El TS admite el recurso de casación planteado por los demandados. (C. O. M.)

14. Incongruencia en la decisión judicial.—Para que se observe incongruencia en el fallo judicial, es necesario que verse sobre las pretensiones de las partes, y no sobre el resultado de un juicio anterior cuyo objeto litigioso se configure sobre distinto motivo (diferente es la acción de retracto que la acción de nulidad contractual).

Ejercicio de la acción de nulidad en los supuestos de simulación absoluta.—La acción de nulidad es de carácter imprescriptible. No es de aplicación el artículo 1301 CC, ya que no nos encontramos ante un contrato que reúna los requisitos del artículo 1261 CC. En la simulación absoluta se produce una inexistencia de causa y privación de efectos contractuales (SSTS de 5 de noviembre de 1981 y 23 de julio de 1993). (STS de 21 de enero de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—La sociedad anónima GAOS celebró un contrato de aportación de bienes inmuebles a la sociedad C. de R., y del mismo modo, esta última otorgó una opción de compra sobre tales bienes a O. Ibéricos S. A., fincas sobre las que la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha ejercitó derecho de retracto en los autos 422/1990. Por ello, la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha interpone contra dichas entidades demanda sobre nulidad de contrato de aportación por simulación absoluta. La sociedad O. Ibéricos contestó solicitando se dictara sentencia por la que se declarase la plena validez y eficacia de la opción de compra realizada en escritura el 7 de mayo de 1992, en virtud de su condición de tercero hipotecario, y, subsidiariamente, para el caso de reconocerse el derecho de retracto de la Junta, se le reconozca el derecho a percibir la indemnización pactada por los perjuicios causados. El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda, declarando la nulidad radical del contrato de aportación de bienes inmuebles, así como la opción de compra convenida. Tras interponer recurso de apelación, se dictó sentencia desestimatoria. Se interpuso recurso de casación, con base en la infracción de los artículos 1251, 1252, 1276, 1302 y 1303 CC, así como, de los artículos 34 y 37.3 LH. El TS declaró no haber lugar al recurso. (P. S. S.)

15. Nulidad de escritura pública de compraventa. Efectos jurídicos de la declaración de nulidad contractual.—El artículo 1303 CC tiene como finalidad conseguir que las partes afectadas vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al evento invalidador, evitando el enriquecimiento injusto de una de ellas a costa de la otra; es aplicable a los supuestos de nulidad radical o absoluta y no sólo a los de anulabilidad o nulidad relativa; y opera sin necesidad de petición expresa, por cuanto nace de la ley. Por consiguiente, cuando el contrato hubiese sido ejecutado en todo o en parte, procede la reposición de las cosas al estado que tenía al tiempo de la celebración, debiendo los implicados devolverse lo que hubieran recibido por razón del contrato. La norma del artículo 1303 CC parece ideada en la perspectiva de la compraventa, pero nada obsta a su aplicación a otros tipos contractuales.

Restitución de la cosa. Imposibilidad por haber pasado la cosa a poder de un tercero hipotecario. Aplicación del artículo 1307 CC.—Resultado incuestionable que el bien debe restituirse *in natura*, es decir, el mismo que fue objeto de la transmisión inválida. Pero puede ocurrir que ello no sea posi-

ble por causas físicas o jurídicas, y entonces ha de aplicarse el artículo 1307 CC, cuya normativa rige también para la nulidad radical y que, al igual que sucede con el artículo 1303 CC, es aplicable de oficio como efecto *ex lege*, y constituye una consecuencia ineludible e implícita de la invalidez contractual, que opera incluso con independencia de si se recoge o no en la parte dispositiva de la sentencia (cfr. STS de 8 de noviembre de 1999). Ciertamente, el artículo 1307 CC se refiere a cosa «perdida», pero la doctrina jurisprudencial extiende la previsión normativa a cualquier tipo de indisponibilidad material o jurídica y, en tal sentido, cuando la obligación de reintegro *in natura* no puede ser objeto del adecuado y completo cumplimiento, al interferirse un contrato de disponibilidad, cuya validez o ineficacia ha quedado sin determinar, el reintegro sólo opera sobre lo que la compradora tiene a su disponibilidad. La indisponibilidad puede ser total o parcial, y se produce cuando toda la cosa, o una parte de ella, ha pasado a poder de un tercero hipotecario (cfr. SSTS de 15 de junio y de 6 de octubre de 1994 y de 6 de junio de 1997).

Alcance del reintegro sustitutivo. Habrá de tomarse el valor de la cosa en el momento de su disponibilidad.—Para el adecuado cumplimiento del reintegro sustitutivo que contempla el artículo 1307 CC, habrá de estarse al valor de la cosa en el momento de su disponibilidad. El momento es aquel en que, por su enajenación a terceros de buena fe, la cosa vendida se hizo irreivindicable, no el de la sentencia que así lo declara, habida cuenta que esta sentencia es declarativa, no constitutiva, y se limita a constatar una situación preexistente. De ahí que la obligación de restitución surja en el momento en que los vendedores enajenaron las cosas, careciendo de poder dispositivo sobre ellas (cfr. STS de 6 de junio de 1997).

Indemnización por los perjuicios sufridos como consecuencia de la declarada nulidad. Improcedencia de su declaración cuando el adquirente actúa de buena fe. Remisión al orden jurisdiccional contencioso-administrativo si derivan de funcionamiento anormal de un servicio público.—No cabe estimar ninguna responsabilidad civil por tal concepto de los compradores (adjudicatarios) respecto a la entidad vendedora (ejecutada), porque ni resulta aplicable en el caso como efecto legal de invalidación con fundamento en el artículo 1307 CC, ni es admisible con base en los artículos 1101 y 1106 CC, como tampoco lo habría sido en sede de culpa extracontractual del artículo 1902 CC, porque en modo alguno cabe apreciar mala fe o negligencia en dichos compradores, toda vez que el adjudicatario de la subasta actuó con base en la apariencia de legalidad de la tramitación del procedimiento de apremio. Y en lo que atañe a una responsabilidad civil por perjuicios de la Administración General del Estado respecto de la actora, debe decirse que el ámbito de responsabilidad como consecuencia de la ilegalidad del embargo, o irregularidad del procedimiento de apremio, no es competencia de la jurisdicción civil, sino del orden contencioso-administrativo, por cuanto claramente el tema corresponde al funcionamiento anormal de un servicio público.

Usucapión *secundum tabulas*. Exigencia de la usucapión extraordinaria cuando la inscripción se basa en un título radicalmente nulo. No se produce infracción del artículo 35 LH cuando nos hayamos ante un título nulo radical o absoluto, sin que nuestro Derecho hipotecario admita de forma pura la *usucapion secundum tabulas*, por lo que no cabe pretender una «prescripción tabular» extraña a un sistema de inscripción no constitutivo, pues la motivación finalista del artículo 35 LH es únicamente posibilitar al

titular registral adquirente de un *non dominus*, sin estar protegido por el artículo 34 LH, que pueda consolidar abreviadamente esta adquisición por vía de usucapición ordinaria cuando de otra suerte debiera utilizar la usucapición extraordinaria; o bien la de facilitar la usucapición ordinaria en orden a la prueba de las circunstancias exigidas por ésta (cfr. SSTS de 27 de mayo de 1991 y de 26 de febrero de 1999). La inscripción no es un modo de adquirir derechos, sino de asegurar los adquiridos y no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes –art. 33 LH– (STS de 11 de febrero de 2003; ha lugar.)

HECHOS.–La mercantil *ICG, S. A.*, sufrió el embargo y subasta de una finca de su propiedad en expediente administrativo de apremio, seguido contra aquélla por impago de la contribución urbana. El adjudicatario de la parcela hizo cesión del remate de dos terceras partes, adjudicándose finalmente por tres partes iguales e indivisas mediante escritura pública que accedió al Registro de la Propiedad. Los nuevos propietarios, como titulares registrales de la finca, procedieron a segregar una porción de la misma que vendieron a una constructora, la cual a su vez segregó otras dos parcelas que igualmente transmitió a terceros. Con posterioridad, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León con sede en Burgos declaró la nulidad de pleno derecho de la diligencia de embargo, así como de todas las actuaciones posteriores, incluidas la subasta y adjudicación del bien y demás actos de los que traiga causa. La mercantil embargada solicitó ante dicho órgano la ejecución de la sentencia, que fue denegada por la Sala, rechazando las peticiones de otorgamiento de escritura pública de retrocesión del dominio e indemnización de daños y perjuicios, al considerar que el conocimiento de tales extremos era competencia de los Tribunales civiles. Acude la mencionada entidad a la vía civil y demanda a la Administración General del Estado, así como a los adjudicatarios, solicitando la nulidad de la escritura pública otorgada por el Recaudador de Tributos del Estado a favor de estos últimos, la entrega de la posesión de la finca matriz, el pago de todos los gastos generados y la condena a la indemnización de los daños y perjuicios por la imposibilidad de reintegración de las porciones segregadas. Los adjudicatarios demandados, amén de oponerse, reconvinieron solicitando la devolución de las cantidades por ellos abonadas. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y la reconvenición. La Audiencia Provincial de Burgos, acogiendo la apelación, estimó parcialmente la demanda y desestimó la reconvenición. El TS dio lugar a los recursos de casación interpuestos por la Administración General del Estado y por los demandados, rechazando por el contrario el planteado por la actora. (*L. A. G. D.*)

16. Compensación de deudas. La apreciación de la prueba corresponde a la Sala de instancia, que puede dar valor probatorio a un documento privado no reconocido por una de las partes.–Para la desestimación de este motivo, basta con transcribir literalmente la manifestación que encabeza su desarrollo. En efecto, dice así: «La sentencia basa su fallo en la

ausencia de prueba. Esta parte entiende que hay prueba suficiente que acreditan el pago». Difícil es encontrar una manifestación tan patente de pretensión de alteración unilateral de la apreciación de la prueba hecha en instancia contra toda prohibición casacional de la actuación pretendida.

Los recibos aludidos, presentados precisamente de contrario, acreditan el importe de los pagos a cuenta realizados, pero en absoluto suponen un reconocimiento del saldo pendiente, como de forma inoportuna pretende la recurrente. En ninguno de los mismos se consigna el cargo del importe reclamado, que pretende deducir la compañía demandada.

A este respecto, y como referencia al marco general en el que pretende operar este improcedente motivo, conviene subrayar que la jurisprudencia tiene declarado con reiteración que la falta de reconocimiento de un documento privado no le priva íntegramente del valor probatorio que el artículo 1255 CC le asigne, pudiéndose tomar en consideración, ponderando el grado de credibilidad que puede merecer en las circunstancias del debate, o complementado con otros elementos de prueba, pues la posición contraria supondría tanto como dejar al arbitrio de una parte la eficacia probatoria del documento (SSTS de 27 de enero y 11 de mayo de 1987, 25 de marzo de 1988, 23 de noviembre de 1990 y 18 de noviembre de 1994).

Por último, la alusión a pagos realizados por la actora constituye cuestión ajena a la pretensión de reclamación de cantidad que se ejercita en la demanda, que no solicita otra cosa que el pago de cantidad debida no satisfecha.

La apreciación de la compensación de deudas recíprocas, corresponde, como realidad fáctica, al juzgador de instancia, según reiterada doctrina jurisprudencial.—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.

Para que se dé la situación compensadora a que alude el artículo 1195 CC se produce simplemente por la apreciación y su siguiente reconocimiento judicial, basado en hechos no suficientemente contradichos, de existencia de una dualidad de títulos y créditos recíprocos, sin exigencia de que las deudas cruzadas tengan un origen común. La compensación es de apreciación exclusiva del juzgador de instancia, y el pago abreviado que supone procede cuando existe una relación económica entre dos personas recíprocamente deudoras y acreedoras, y las cantidades que la integran consisten en dinero, estén vencidas y sean líquidas y exigibles, bastando en consecuencia su alegación, aunque sin formalidad reconvencional, siempre que sea reconocida judicialmente por darse las exigencias que le dan vida (SS de 29 de abril de 1944, 7 de octubre de 1966 y 31 de mayo de 1985).

La apreciación de la compensación de deudas recíprocas corresponde, como realidad fáctica, al juzgador de instancia, según reiterada doctrina jurisprudencial (SS de 7 de marzo de 1988, 30 de mayo de 1990 y 18 de febrero de 1991).

El motivo no puede ser atendido, ya que la sentencia de instancia no ha admitido la compensación, pues, además de tener en cuenta la misma, la anterior doctrina jurisprudencial destaca que la primera cuestión litigiosa de la pretendida deuda a compensar es su existencia, al haber estimado la caducidad de la causa y origen de la misma. (STS de 30 de diciembre de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Una empresa suministradora de hormigón demanda a una constructora por el impago de ciertos pedidos de este

material. La demandada alega la existencia de un crédito a su favor contra la demandante originado por los vicios que presentaba una partida de hormigón diferente, crédito cuya existencia no logra demostrar. Rechazada la posibilidad de compensación de ambas deudas, la demandada es condenada en ambas instancias, por lo que interpone el correspondiente recurso de casación al que el TS declara no haber lugar. (M. C. B.)

17. La resolución contractual. Concepto.—La resolución contractual es entendida en nuestro sistema como una facultad atribuida a la parte perjudicada por el incumplimiento contractual, la cual tiene derecho a tenor del artículo invocado a optar, entre exigir el cumplimiento o la resolución de lo convenido, que lo puede llevar a efecto, bien en vía judicial, o ya fuera de ella por declaración del acreedor, bien entendido que si ésta no es aceptada por la otra parte, la resolución queda sometida al examen y aprobación por los Tribunales, que son a los que en definitiva les corresponde declarar si está bien hecha o por lo contrario no es ajustada a Derecho.

La resolución contractual. Requisitos.—Es el incumplimiento por una de las partes de las obligaciones básicas del contrato, unido al cumplimiento de la otra parte, lo que determina la resolución del contrato; incluso en otras sentencias, como la de 30 de marzo de 1992, se exige más «una voluntad deliberadamente rebelde por parte del incumplidor consistente bien en la ejecución por su parte de un hecho obstativo que de un modo absoluto, definitivo e irreformable impida el cumplimiento, o bien una verdadera omisión de su prestación que no implique un mero retraso o demora en el pago, sino dejar de cumplir su obligación principal indefinidamente». (STS de 27 de diciembre de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—Don F. O. M. interpuso demanda contra la entidad *Exportaciones del Campo, S. L.*, por resolución de contrato. El Juzgado de Primera Instancia de Aguilar de la Frontera desestimó la demanda. Recurrida en apelación, la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Córdoba estimó parcialmente la demanda. El TS declaró haber lugar a la casación. (N. D. L.)

18. Responsabilidad de la entidad bancaria por incorrecta información sobre trato fiscal de la inversión realizada. Buena fe y protección de la confianza.—Incorre en una conducta negligente, y defrauda la confianza que el cliente tiene depositada en ella, la entidad bancaria que facilita a su cliente una información inexacta y no contrastada acerca del régimen fiscal aplicable a las «cesiones de crédito» que le propone y que le hacen perder el régimen de opacidad fiscal de que disfrutaba con los pagarés del Tesoro que tenía suscritos y cuyo importe desinvertió para destinarlos, por razón de aquella información, a adquirir las cesiones de crédito.

Concurrencia de conducta negligente imputable al cliente. Moderación de la cuantía de la indemnización.—No se adecua a la diligencia que debe observar un «ordenado empresario» —teniendo en cuenta la cuantía económica de la operación y el abandono de una situación de opacidad fiscal para invertir en una nueva operación— el fiarse exclusivamente en la información, no contrastada, que facilitan los empleados de la oficina bancaria sin

acudir al asesoramiento de expertos fiscales externos que hubieran podido poner de manifiesto el correcto tratamiento fiscal de la inversión y las consecuencias tributarias de la misma.

Interpretación de una cláusula contractual.—Conforme a la STS de 27 de septiembre de 1996, el artículo 1288 CC sólo entra en juego cuando ha de ser interpretada una cláusula contractual y utilizados los criterios legales de interpretación y, primordialmente, las reglas de la lógica, el resultado obtenido no es unívoco sino que origina varios en análogo grado de credibilidad. En el mismo sentido, la STS de 20 de septiembre de 2001 afirma que sólo se debe acudir a la norma interpretativa del artículo 1288 CC cuando no sea posible atenerse al sentido literal de las cláusulas del contrato, pues el criterio gramatical establecido en el artículo 1281 CC es preferente. (STS de 30 de enero de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—*Rimobel, S. A., y Banco Bilbao Vizcaya, S. A.,* celebran unos contratos de «cesión de créditos» que, según este último, no están sujetos a retención fiscal ni existe obligación respecto de ellos de presentar informe a la Hacienda Pública. A requerimiento de la Hacienda Pública, la entidad bancaria comunica el nombre de los titulares de dichas cesiones y, como consecuencia de ello, *Rimobel, S. A.,* se ve obligada a realizar declaraciones complementarias por las cantidades invertidas. Al tiempo de contratar las cesiones, *Rimobel, S. A.,* tenía invertidas aquellas cantidades en Pagarés del Tesoro que gozaban de unas ventajas fiscales que perdió al desinvertirlas para adquirir las cesiones.

Rimobel, S. A., presenta demanda en la que solicita que se condene al *Banco Bilbao Vizcaya, S. A.,* a pagar la indemnización de los daños y perjuicios causados como consecuencia de los contratos de cesión de créditos celebrados entre las partes. *Rimobel, S. A.,* presenta recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial que revoca la recaída en primera instancia y desestima la demanda. El TS declara haber lugar al recurso de casación y estima parcialmente la demanda, porque, aunque existe negligencia en la conducta de la entidad bancaria, concurre conducta negligente por parte del cliente y procede moderar la cuantía de la indemnización. (L. S. M. P.)

19. Rescisión por fraude de acreedores. La equivalencia objetiva de las prestaciones debe imponerse frente a la subjetiva para protección de acreedores defraudados, salvo que se demuestren las razones por las que se ha alterado la primera.—La Audiencia aplica el artículo 1297 CC al negocio en razón de la diferencia que dice que existe entre el valor de la vivienda a efectos de ejecución hipotecaria (11.885.250 pesetas), y el capital del préstamo (7.500.000 pesetas) con el que se pagó la carga anterior. Ve en ella un desplazamiento de valor sin ninguna causa que lo justifique y en directa relación con el perjuicio de los acreedores. Este criterio puede compartirse; la equivalencia objetiva de las prestaciones debe imponerse frente a la subjetiva para protección de acreedores defraudados, salvo que se demuestren las razones por las que se ha alterado la primera.

Argumentan los recurrentes en torno a que no se ha probado por la actora la insolvencia de los codemandados vendedores del inmueble ni el de la deu-

dora principal a la que afianzaron solidariamente. Pero esta Sala dijo en su S de 11 de abril de 2001 que no se podía gravar al acreedor con la prueba del hecho negativo de la insolvencia del deudor, pues está a disposición del demandado de rescisión la prueba más fácil del hecho positivo de que tienen bienes realizables que no se han perseguido. En este pleito, el actor alegó que el único bien que conocía de los deudores, y que fue objeto de negocio dispositivo que les perjudica, está gravado con cargas que impiden la satisfacción de sus derechos. A los demandados correspondía la prueba positiva de que existían otros bienes aptos para este fin, lo cual es más lógico que exigirle al primero la prueba diabólica de que el deudor carece de todo bien. (STS de 12 de diciembre de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Sant Boi de Llobregat, fueron vistos los autos de juicio declarativo, instados por la entidad *Banco Hispanoamericano, S. A.*, contra don A. A. S. y don A. C. A. declarados en rebeldía por su incomparecencia y contra don J. C. A. y doña R. M. M. S., sobre crédito hipotecario.

Interpuesto recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, por la Audiencia Provincial se dicta sentencia estimando parcialmente el recurso. El TS declara no haber lugar al recurso de casación. (A. G. B.)

20. Hechos inatacables en casación.—Al plantear el motivo un supuesto fáctico diferente al recogido por la prueba de instancia incurre en el vicio procesal de hacer supuesto de la cuestión, porque proclama, en contra de la resultancia fáctica recogida en la sentencia impugnada y no combatida adecuadamente en casación, que actuó con corrección como Administrador único de la sociedad. Este recurso extraordinario de casación está destinado por el legislador a examinar si a unos hechos intangibles declarados en instancia, acreditados por la libre apreciación de la prueba, les resulta aplicable o no determinado precepto, pero en modo alguno puede convertirse en una tercera instancia —SS de 29 de febrero de 1988; 21 de diciembre de 1989; 9 y 10 de abril; 20 de mayo y 2 de noviembre de 1990, y 13 de mayo de 1997; 2 de febrero, 22 de mayo, 6 y 20 de junio; 12 de julio y 26 de septiembre de 2000, y 27 de febrero de 2001, entre otras muchas— no siendo posible intentar justificar las infracciones normativas denunciadas, prescindiendo de lo que la instancia ha declarado como probado —S de 6 de diciembre de 1991—.

Acción pauliana.—La subsidiariedad de la acción ex artículo 1111 CC no puede interpretarse con un sentido absoluto, porque ya la doctrina de esta Sala ha permitido, desde la aña S de 26 de mayo de 1942, que en el mismo pleito entablado contra los deudores del deudor se pueda acreditar la insolvencia de éste, no siendo por ello rigurosamente preciso y necesario que haya de promoverse pleito previo para acreditar su insolvencia, siendo suficiente con que del conjunto de las pruebas se llegue a la conclusión de que no pudiendo el acreedor cobrar

Vigencia del aval.—El tercer motivo estima infringido el artículo 1281.1 CC por inaplicación, porque siendo claros y precisos los términos del aval de 1 de agosto de 1991, núm. 39 de los acompañados a la demanda, no procede hacer interpretación legal ni doctrinal y ha de estarse al tenor literal de su clausulado. Se añade en el motivo que el aval presentado tenía una vigencia

de noventa días, por lo que el afianzamiento quedó extinguido y muerto para la realidad jurídica debatida.

El motivo decae inexcusablemente porque consta acreditado en autos que durante el citado plazo de noventa días del aval prestado, la entidad *Nokia* suministró mercancías por importe notoriamente superior a la cantidad avalada, las cuales se encuentran impagadas.

Por otra parte, el plazo de vigencia de noventa días no supone un plazo de caducidad para el ejercicio de acciones dimanantes del aval, sino como plazo de garantía en su sentido técnico y por ello aparece correcta la estimación de la petición de condena solidaria hasta la referida cantidad de 60.000.000 de pesetas.

HECHOS.—Ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 39 de Madrid se promueve demanda de juicio declarativo de menor cuantía sobre resolución de contrato y reclamación de cantidad.

Estimada la demanda por el Juzgado, la Audiencia desestima el recurso de apelación. El TS declara no haber lugar al recurso de casación (*O. M. B.*).

21. Tercería de mejor derecho. Póliza de préstamo y póliza de crédito. La preferencia —orden de antigüedad (art. 1924.3.º CC)— la determina en la primera la fecha del contrato aunque se haya estipulado una liquidación, que es mera operación aritmética, y en la segunda, la fecha de la liquidación, necesaria para que el crédito quede determinado y exigible.—El crédito cuya preferencia se mantiene en una tercería de mejor derecho, debe tener determinada la cantidad y estar vencido: la fecha decisiva es la del contrato. Pero si el crédito no está determinado, la fecha decisiva es aquella en que se ha fijado fehacientemente el saldo deudor.

Por tanto, en la *póliza de préstamo*, verdadero contrato real de préstamo dinerario, la cantidad queda determinada desde la fecha misma del contrato en que se ha entregado el dinero y con una simple operación aritmética se sabe, con exactitud, el saldo deudor. En la *póliza de crédito*, la entidad crediticia sólo puede conocer el saldo deudor tras la práctica de una liquidación, ya que en la cuenta se hacen extracciones e ingresos que lo aumentan o disminuyen; por ello, la cantidad queda determinada en la fecha de la liquidación.

Esta es la doctrina jurisprudencial que resume la S de 30 de octubre de 1995 que dice: «la póliza de préstamo documenta fehacientemente una cantidad ya recibida o que se recibe por el prestatario, naciendo desde la perfección del contrato de préstamo su obligación de restituir, bien toda la cantidad, bien en la cuantía y plazos que se hayan pactado. En cambio, la póliza de crédito concede la facultad al prestatario de exigir al prestamista cantidades hasta un máximo, tratándose así de una obligación de restitución de lo recibido nada más que en el supuesto en que efectivamente haga uso de su facultad y hasta el monto en que lo haya efectuado, lo que exige su necesaria liquidación y concreción con fecha posterior a la póliza para establecer el crédito que el concedente del crédito puede exigir al acreditado. Aunque en la póliza de préstamo se hubiere pactado el reintegro parcial de lo prestado, ello no empece a la fijación desde el momento de la perfección del contrato de lo debido. No se precisa más que de una simple operación matemática posterior, por lo que no puede afirmarse, y sí en la póliza de crédito, que la cuantía está indeterminada; no depende, como en esta última, de las disposi-

ciones de crédito y reintegros del prestatario durante su vigencia. La S de esta Sala de 6 de junio de 1995 dice: «... la jurisprudencia de esta Sala, según la cual las pólizas de crédito sólo podrán hacer valer preferencia desde la fecha de la liquidación o determinación de la cantidad para que ésta sea exigible, es jurisprudencia que se refiere exclusivamente a las pólizas de crédito, en que la deuda oscila según las disposiciones y reintegros de cantidades hechas por el acreditado en la cuenta corriente donde ordinariamente se gestiona el crédito. Pero tal determinación no es necesaria en los préstamos, que por ser tenidos ordinariamente como contratos reales, que perfeccionan por la entrega de la cantidad prestada, son demostrativos desde la fecha de la entrega de dinero de la cantidad que el prestatario tienen obligación de devolver como principal». Con anterioridad, la S de 27 de octubre de 1941 había declarado que en la póliza de crédito no consta el crédito que se pretendía preferente, pues tal crédito no nace sino de las entregas hechas efectivamente por el banco, entregas que no se determinan ni podían determinarse en dicha póliza, «porque lo que constituye en deudor al cuentacorrentista no es la apertura de la cuenta corriente, sino el saldo de ella... siendo imposible que un documento haga constancia de un crédito que al otorgarse no existía y cuya existencia dependía de hechos futuros y eventuales que, de producirse, habían de determinar su cuantía».

Doctrina ésta que ha sido reiterada por la S de 30 de abril de 2002, que trata de un caso en que precisamente se previó en el contrato de préstamo una estipulación por la que la parte prestataria se sometía a la certificación de liquidación que hacía la prestamista a los efectos prevenidos en el artículo 1435 LEC, y dice lo siguiente: «La reseñada estipulación presenta la naturaleza de un pacto procesal con finalidad de favorecer el acreditamiento de uno de los requisitos procesales del despacho de ejecución, cual es la liquidez de la deuda reclamada, y previene algo que si bien en este caso resulta superfluo, habida cuenta de la liquidez que por sí misma genera esta operación de préstamo, redundará en la demostración y concreción de la deuda para el caso de formular una reclamación judicial de su importe; sin embargo, lo debatido en este juicio de tercería es el mejor derecho dimanante de un negocio jurídico, que no nace de la certificación, sino de la póliza de préstamo donde fue formalizado, de manera que, al no resultar legalmente necesario, no puede afectar a la determinación de la preferencia del crédito aquí discutida; en definitiva, esta obligación es líquida, toda vez que se perfeccionó por la entrega de la cosa, y no precisa de ulterior liquidación, sin que le sean aplicables los dos últimos párrafos del artículo 1435 CC, y ello con independencia de la inclusión en las cláusulas de la póliza de préstamos del aludido pacto de liquidación, que es inocuo en este contrato por la propia naturaleza líquida de la obligación que contiene». (STS de 2 de noviembre de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—La *Caja Postal de Ahorros*, parte demandada en la instancia y recurrida en casación, otorga póliza de préstamo (*rectius*, contrato de préstamo, como contrato real) en fecha 29 de enero de 1990, a don A. M. T.; ante la falta de pago, se practica la liquidación a efectos del artículo 1435 LEC, en fecha 23 de septiembre de 1991; se sigue juicio ejecutivo, se practica embargo de los bienes objeto de la presente tercería en 12 de diciembre de 1991 y se dicta sentencia de remate en 9 de septiembre de 1992.

El *Banco Central Hispanoamericano, S. A.*, demandante tercera en la instancia y recurrente en casación otorga póliza de crédito (*rectius*, precontrato de préstamo consensual, que se va poniendo en vigor a medida que el prestatario hace suyas cantidades concretas) en fecha 17 de diciembre de 1990 al mismo don A. M. T. y ante la falta de pago se practica la liquidación en fecha 16 de agosto de 1991; se sigue juicio ejecutivo, se practica embargo sobre los mismos bienes el 3 de octubre de 1991 y se dicta sentencia de remate el 14 de enero de 1992.

El mencionado Banco formula demanda de tercería de mejor derecho en relación con los bienes embargados, frente a la Caja y frente al ejecutado, declarado en rebeldía. La base jurídica de la misma es que la fecha de la liquidación del crédito del Banco es anterior (16 de agosto de 1991) a la fecha de liquidación del préstamo de la Caja (23 de septiembre de 1991), por lo que se aplica el artículo 1924.3.º CC que da preferencia —por tanto, mejor derecho— al crédito sin privilegio especial que consta en escritura pública o póliza intervenida por Corredor de Comercio, respecto a otro del mismo tipo, por el orden de antigüedad.

Las sentencias de primera y de segunda instancia han desestimado la demanda por entender que esta antigüedad viene referida, en la póliza de préstamo (de la Caja) a la fecha del contrato (29 de enero de 1990) y en la póliza de crédito (del Banco) a la fecha de la liquidación (16 de agosto de 1991), por lo que es preferente el primero y no puede prosperar la tercería.

El recurso de casación formulado por el Banco contiene un solo motivo, que expone la única cuestión jurídica que se plantea: la fecha que determina la antigüedad, base de la preferencia, si el contrato o la liquidación, en relación con el caso presente en que confluyen un contrato de préstamo y una póliza de crédito. (*O. M. B.*)

22. Cesión de crédito. La prenda de crédito es considerada cesión de crédito.—Resulta fundamental, en este orden de cosas, determinar si la carta remitida por Corredor de Comercio Colegiado, de fecha 2 de octubre de 1992, demuestra de modo fehaciente y vinculante que la Delegación en Sevilla de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria adquirió conocimiento de la operación de prenda realizada en garantía del crédito concedido. Y, desde luego, tal misiva, con acuse de recibo de su contenido, produjo el efecto descrito.

De hecho, hay que afirmar que tal comunicación supone una «noticia» que se pretende que llegue efectivamente a su destinatario. Además, en todo caso, el documento privado, si se considera como tal la comunicación, tendrá la eficacia negocial que le corresponda de acuerdo con su contenido.

Asimismo, en el contrato suscrito por la demandante y su cliente, se establecía como posible la constitución de una prenda de crédito que puede comprender una cesión de este último y que se puede construir a través del mecanismo de la cesión, comunicada al deudor, y que conste en escritura pública como una legitimación útil en garantía del acreedor prendario o pignoraticio.

En resumen, que la prenda de créditos pactada, puede actuar en el presente caso a través de la figura de la cesión de créditos. Por ello, debe entrar

en juego el artículo 1527 CC, que implica no tomar en consideración por cuestiones formales —la falta de notificación fehaciente—, la pretensión de la parte actora.

Así, surge la figura del contrato de cesión de crédito, que como negocio bilateral vincula principalmente a los sujetos cedente y cesionario, de tal manera que el deudor cedido, como no es parte en el negocio de cesión, no tiene que manifestar ningún consentimiento al mismo, y si el cedido tiene conocimiento de la cesión sólo libera la obligación si paga al cesionario (STS de 19 de febrero y 5 de noviembre de 1993). A este respecto, en el presente caso, se ha probado la notificación por el legítimo tenedor, a quien aparece como deudor, antes de que éste abonara al punitivo acreedor el importe de la deuda.

Todo lo anteriormente expuesto hace que deba asumirse como conclusión que, de un lado, la carta con acuse de recibo es una verdadera notificación de la situación del crédito y, de otro, la constitución de una nueva prenda del crédito en cuestión es una verdadera cesión del crédito. (STS de 12 de diciembre de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—El Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de los de Sevilla, conoció del juicio de menor cuantía contra la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, sobre reclamación de cantidad, por el concepto de devolución del IVA correspondiente al ejercicio de 1991, que había sido cedida en prenda al demandante, en garantía de un crédito concedido por él. Con fecha 9 de abril de 1996, el Juzgado dictó sentencia desestimando la demanda presentada.

Interpuesto recurso de apelación y tramitado conforme a Derecho, la Sección 6.ª de la Audiencia Provincial de Sevilla dictó sentencia en fecha 23 de diciembre de 1996, desestimándolo. Por tal motivo, se presentó escrito de formalización del recurso de casación ante el TS, con apoyo procesal en el apartado 4.º del artículo 1692 LEC, por infracción de los artículos 1218.1.º y 1527, ambos del CC, así como de la jurisprudencia interpretativa de este último. (J. L. B.)

23. Cesión de créditos. La jurisdicción civil es la competente para conocer del endoso hecho por el contratista a favor de un banco del crédito que ostentaba contra el Ayuntamiento, por una obra pública, endoso autorizado por el propio Ayuntamiento, deudor cedido.—El motivo ha de ser desestimado, y ello de acuerdo a la normativa legal y doctrina jurisprudencial reinante en la materia en la fecha de la sentencia recurrida (9 de mayo de 1997, anterior a la Ley 29/1998, de 13 de julio, y Ley Orgánica 6/1998, de la misma fecha que la anterior), en cuanto que tal resolución no lesiona ninguno de los preceptos señalados como infringidos por la parte recurrente; no incumple lo dispuesto en el artículo 4, número 2, de la Ley de Contratos del Estado, porque el tema del litigio no versa sobre un contrato de obras públicas, sobre cuya materia como la propia sentencia recurrida reconoce, la competencia jurisdiccional contencioso-administrativa no ofrece duda, sino se trata de una cesión de crédito, celebrada entre particulares, el contratista y el Banco, cesión legalmente autorizada por el Ayuntamiento deudor, por lo que, en consecuencia, se han de aplicar las normas del capítulo VII del título IV del libro IV, «sobre transmisiones de

créditos y demás derechos incorporales» del Código civil; por lo que la cuestión es una de las que ha de calificarse de netamente privada, siendo en ella relevante la operatividad del principio de la autonomía de la voluntad y, por consiguiente, se encuentra comprendido dentro de los supuestos a que se refiere el párrafo primero del núm. 2 del artículo 9 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, asunto del que han de conocer los Tribunales y Jueces del orden civil, por lo que hay que entender que no se da ese exceso de jurisdicción denunciado, en cuanto que los órganos jurisdiccionales de instancia han conocido de materia que a ellos les está atribuida, por su ajeneidad al desenvolvimiento de un servicio público como se dice en la S de esta Sala de 9 de marzo de 2000, por tratarse de una cuestión exclusivamente civil (S de 19 de diciembre de 2001), o como se dice en la S de 14 de marzo de 2002, porque la cuestión ha surgido entre las partes con total independencia de cualquier acto administrativo, y gozar el contrato de naturaleza civil (S de 18 de julio de 2002), por lo que hay que entender que la cuestión está dentro del campo de la jurisdicción civil.

Conocida la cesión por el deudor cedido, no resultan liberatorios los pagos hechos al antiguo acreedor, como se desprende tanto del artículo 1527 CC como del artículo 145 del Reglamento General de Contratos del Estado.—El motivo ha de ser desestimado, en cuanto en el FD 3.º de la resolución impugnada se aplicó conforme a Derecho el artículo 1527 CC, con el que está en consonancia el párrafo segundo del citado artículo 145 del Reglamento, que establece: «las certificaciones que se expedirán precisamente a nombre del contratista serán transmisibles y pignorables conforme a Derecho. Una vez que la Administración tenga conocimiento de la transmisión de aquéllas, el mandamiento de pago habrá de ser expedido a favor del cesionario, indicando también el nombre del cedente. Antes de que se ponga en conocimiento de los órganos competentes la cesión surtirá efectos liberatorios los mandamientos de pagos extendidos a nombre del contratista». Por lo que resulta ociosa la cita de este precepto como violado, en atención a los hechos que tuvo por probados la referida sentencia, que autorizado el endoso por el Ayuntamiento, y pese a la toma de razón llevado a cabo por el mismo, no se ha abonado cantidad alguna al Banco endosatario, y sin embargo, después de la fecha del endoso se han hecho varios pagos al contratista endosante, por importe superior a la suma total de las certificaciones cedidas, pagos éstos, por consiguiente ineficaces para ser excepcionado como liberatorio del deudor, apareciendo por otra parte, recibida la obra y aprobada la liquidación total; de donde se deduce, a tenor del propio texto del artículo citado, interpretado a *sensu contrario*, la obligación del pago del crédito cedido, frente al Banco cesionario, ya que los pagos hechos al contratista carecen de efectos liberatorios, y así ha sido entendido por la jurisprudencia de esta Sala en S de 20 de febrero de 1995, y las que en ella cita de 27 de septiembre de 1991 y 12 de noviembre de 1992, al no reputar pagos legítimos los hechos después de la cesión notificada al deudor, al acreedor originario y cedente del primero. (STS de 3 de febrero de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—Un contratista de obras, acreedor de cierto Ayuntamiento por la realización de una obra pública, endosa su crédito a un Banco con la autorización del Ayuntamiento deudor. Pese a ello y con posterioridad a la cesión, el Ayuntamiento en cuestión efectúa pagos al contratista y no al Banco, su nuevo acreedor. Interpuesta por el Banco cesionario demanda de reclamación de canti-

dad contra cedente y deudor cedido, ambas sentencias de instancia estiman la pretensión contra el Ayuntamiento y no contra el cedente. Interpuesto el recurso de casación por aquél, el TS declara no haber lugar al mismo. (M. C. B.)

24. Contrato de factoring: noción y funciones.—El contrato de *factoring*, que se califica como atípico, mixto y complejo, está destinado a cumplir diversas finalidades económicas y jurídicas del empresario mediante una sociedad especializada, que se integran en variadas funciones de ésta, como son principalmente la administrativa o de gestión (la sociedad se encarga de cobrar el crédito y posibilita que el cliente prescinda de los medios y gastos burocráticos que tal actividad lleva consigo), la de garantía (la sociedad, siempre que se cumplan determinadas condiciones delimitadas en el contrato, asume el riesgo de insolvencia del deudor cedido) y de financiación (entre las prestaciones ofrecidas por la sociedad se encuentra con frecuencia la de anticipar el importe de los créditos transmitidos al empresario para procurarle una situación de liquidez), a las que, a veces, se unen otros servicios complementarios, como la contabilidad de ventas, la realización de estudios de mercado, la investigación y selección de clientela.

Modalidades del contrato de factoring.—La doctrina admite dos modalidades de este contrato: a) *el factoring con recurso o impropio*, en el que los servicios del factor consisten en la administración y gestión de los créditos cedidos por el cliente, y en la financiación mediante el anticipo de todo o parte de su importe; b) *el factoring sin recurso o propio*, donde, a los servicios que caracterizan al *factoring* con recurso, se incorpora otro de garantía por el que se produce un traspaso del riesgo de insolvencia del deudor cedido, que va del empresario al factor, de forma que producida la insolvencia en los términos pactados en el contrato de *factoring*, no recae sobre el cedente sino sobre el cesionario, sin que éste pueda reclamar del cliente el importe de los créditos impagados. Otra clasificación doctrinal del contrato de *factoring* distingue entre el configurado por las partes como contrato marco o preliminar de futuras cesiones de créditos a realizar en ejecución de aquél, y el relativo a la cesión global y anticipada de créditos futuros.

Contenido no uniforme.—Dada la atipicidad y la diversidad de las funciones que cabe integrar en la relación de *factoring*, no es posible establecer un contenido uniforme de este contrato, por lo que se precisa el análisis de las concretas estipulaciones de cada supuesto particular para conocer exactamente cuáles son las prestaciones a que se obligan los interesados.

Efectos de las cesiones de créditos realizadas en el espacio del contrato de factoring.—Todas las cesiones de crédito que provienen de un contrato de *factoring* originan plenos efectos traslativos de la titularidad de los créditos cedidos, excepto si la cesión de un determinado crédito se realiza a los exclusivos efectos de su cobro. (STS de 11 de febrero de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—H., *Entidad de Factoring, S. A.*, demandó a la Delegación de Hacienda de Castellón y a la compañía S., S. A., dado que Hacienda había embargado una serie de créditos a S., S. A., y la actora consideraba que eran de su propiedad por haberlos adquirido en el marco de la relación de *factoring* que mantenía con la compañía codemandada, en consecuencia, la demandante solicitaba que

se alzasen los embargos referidos. Quedó acreditada la identidad entre los derechos embargados y aquellos cuya titularidad proclamaba la entidad actora. También, resultó probado que la cesión de los créditos se había producido en fecha anterior a la traba. El Juzgado desestima la demanda. La Audiencia revoca la sentencia y acoge la petición de la actora. El TS no da lugar al recurso interpuesto por el Abogado del Estado. (I. D. L.)

25. Compraventa perfecta y no opción de compra. Inaplicación de la jurisprudencia relativa al contrato de opción de compra.—De la interpretación de los términos del contrato celebrado entre el promotor demandante y la parte demandada resulta la existencia de una compraventa perfecta que reúne todos los elementos exigidos por el artículo 1445 CC «... precisamente por apartarse de lo que sus términos “impresos” consignaban, demostraban de manera insoslayable la realidad, ya puesta de relieve, que lo conve-nido no fue el “contrato de promesa de opción de compra” sino una compraventa que reunía los requisitos esenciales de cosa determinada y precio cierto...» (FJ 2.º STS de 31 de diciembre de 2002). Desde el año 1986 el TS ha calificado como compraventa perfecta todos los contratos que han resultado ser idénticos al aquí examinado.

«Silencio de la relación jurídica». Prescripción extintiva.—Es doctrina reiterada que la prescripción extintiva es un modo de extinción de los derechos por la inacción del titular de los mismos durante el tiempo determinado por la ley. En cambio, se discute si la prescripción es causa de extinción del derecho o de la acción. Son requisitos de la prescripción extintiva: la existencia de un derecho que se pueda ejercitar, la falta de ejercicio o inercia del titular y el transcurso del tiempo determinado en la ley (Castán, *Derecho Civil Español Común y Foral*, tomo I, pp. 837 y 840). Otros autores prefieren hablar de «silencio de la relación jurídica» al entender que «en ella caben tanto los hechos que exteriorizan la conducta del titular o acreedor como los que manifiestan la actitud del deudor». (Alas, De Buen y Ramos, «La Prescripción extintiva», pp. 46 a 51). Esta expresión es a juicio del TS la que mejor refleja la inacción del titular «... el silencio de la relación jurídica durante más de quince años comporta la prescripción de la facultad del vendedor de reclamar la parte pendiente del precio» (FJ 3.º, de 31 de diciembre de 2002).

Pago de intereses.—La condena al pago de intereses se hace depender de que efectivamente se hubiera fijado alguna cantidad como adeudada en concepto de precio. (STS de 31 de diciembre de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—El 30 de julio de 1993, don A. R. interpone demanda contra doña P. C., solicitando se dictase sentencia por la que se declarase que el contrato celebrado por ambas partes el 7 de marzo de 1967 fue un contrato de opción de compra, que la demandada ni ha ejercitado la opción ni ha pagado el precio y, por lo tanto, carece de título para seguir ocupando el inmueble. Solicita, por ello, se condene a doña P. a reintegrar al actor en la posesión de la vivienda. Por su parte, doña M. R. P., hija de la fallecida demandada, formula reconvencción solicitando se declare perfecta la compraventa y pagado la totalidad del precio o, en su caso, prescrita cualquier obligación de pago. Pide, a su vez, se concreten las cantidades rea-

les que estén gravando el piso y se obligue a los vendedores a realizar los pagos que les incumban y al otorgamiento de escritura pública. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda interpuesta y declara que el contrato de 7 de marzo de 1967 es un contrato de compraventa. Asimismo, estima la demanda reconvenicional condenando al actor a elevar a escritura pública el referido contrato. Se interpone recurso de apelación por el actor, siendo desestimado el mismo por la Audiencia Provincial de Madrid. Por parte del demandante se formula recurso de casación.

NOTA.—La sentencia que nos ocupa aborda dos cuestiones de interés: en primer lugar, la distinción entre opción de compra y compraventa perfecta y, en segundo lugar, la existencia de prescripción extintiva. Respecto a la calificación del contrato, el recurrente, invocando la jurisprudencia del TS, alega que se dan todos los elementos de la opción. La STS señala, al respecto, que: «... desde el año 1986 todos los contratos sustancialmente idénticos al aquí examinado, con pequeñas diferencias en las cuantías de la entrega inicial y de los pagos periódicos, han sido calificados por esta Sala como compraventas perfectas y no como opciones de compra...». El TS no ha hecho sino seguir la línea jurisprudencial existente en la materia (SSTS de 29 de noviembre de 1986, 1 de junio de 1996, 30 de diciembre de 1997 y 4 de octubre de 2002), declarando que en las SS invocadas por el recurrente como fundamento de su pretensión no se aprecia identidad de razón con el caso que se juzga (SSTS de 6 de noviembre y 26 de diciembre de 2002). La segunda cuestión planteada es la de la prescripción de la facultad de reclamar el precio del inmueble por parte de la vendedora. El TS examina el problema a través de la STS de 4 de octubre de 2002 referida a un caso similar al presente. En ella se detecta una actuación clara que lleva aparejada la interrupción de la prescripción: el reconocimiento de deuda por parte del comprador, por lo que a pesar de haber transcurrido el plazo que marca el Código civil de quince años para acciones personales, no se ha producido el silencio de la relación jurídica. Señala el TS que en el caso presente, aplicando el criterio de la sentencia anterior, podría parecer que el motivo debería ser estimado. No obstante, como dice el Supremo, «... se hacen inaplicables las razones que entonces condujeron a la estimación de los motivos articulados por el recurrente». En primer lugar, la parte recurrida en ningún momento ha reconocido adeudar el precio y, en segundo lugar, han transcurrido más de quince años sin que se haya producido la reclamación del mismo, extremo que acredita la parte recurrente, manifestando, inclusive, que desconoce tanto la cuantía del precio como su forma de pago debido a la pérdida de la documentación en un incendio en sus oficinas a principios del año 1980 y al fallecimiento de la parte compradora, lo cual imposibilita la determinación del precio pendiente si es que lo había. El TS estima la excepción de prescripción extintiva, apreciando silencio en la relación jurídica, al reconocer el propio actor el abandono de su derecho de crédito. (L. Z. G.)

26. Compraventa. Venta de cosa ajena.—Cuando en el contrato están perfectamente definidos sus elementos personales y reales no es nula la venta de cosa ajena (SSTS de 1 de marzo de 1949, 5 de julio de 1958 y 12 de septiembre de 1988).

El requisito de excusabilidad del error en los contratos.—Este requisito lo exige la jurisprudencia, a pesar del silencio del Código civil. Es inexcusable el error cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular (SSTS de 15 de febrero de 1977 y 4 de enero y 27 de mayo de 1982).

Esencialidad del contrato.—Este término hace referencia a la finalidad del negocio (STS de 30 de septiembre de 1963) y el fin perseguido por las partes, en el presente caso, no es otro que el interés de adquirir en propiedad el solar sobre el que convinieron.

La sustantividad de la promesa de compraventa.—Cuando entre las partes hay conformidad en la cosa y en el precio el contrato es de compraventa, pues, no se están obligando a celebrar un nuevo y futuro contrato sobre la base de aquél (obligarse a obligarse), sino a dar cumplimiento a un contrato ya perfecto (SSTS de 19 de octubre de 1984, 10 de marzo, 1 de diciembre de 1986 y 20 de junio de 1990).

La representación orgánica y el mandato tácito. En la representación orgánica y en el sector público solo el sello del órgano colocado en un documento no implica representación ni autorización de dicho órgano.—No cabe aplicar la figura del mandato tácito a la representación orgánica. En el sector público y en toda la representación orgánica jamás de una estampilla colocada en cualquier documento al efecto, puede desprenderse que se cuenta con la representación/autorización del ente oficial descrito en la misma. (STS de 15 de octubre de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—Mediante documento privado de 18 de marzo de 1991, las partes litigantes se comprometieron, una a vender y la otra a comprar un solar por precio cierto y determinado, pactando la forma de pago y la elevación a escritura pública del mismo compromiso antes del 20 de mayo de 1991, aparte de otros derechos que el comprador reconoce al vendedor.

Ante el incumplimiento de la parte compradora, la vendedora demanda al Patronato del Colegio Universitario de Toledo, a la Universidad de Castilla-La Mancha y a un Vicerrector de esta última que vino a representar a ambas instituciones (compradoras), para que paguen solidariamente el precio pactado, firmen la correspondiente escritura de compraventa y abonen los intereses desde la finalización del plazo para el otorgamiento de la misma.

La demanda no prospera en primera instancia. La Audiencia la estima parcialmente, al absolver sólo al Vicerrector, por falta de legitimación pasiva, y variar el cómputo de los intereses. Ante el TS se plantean dos recursos de casación, el del Patronato y el de la Universidad. Sólo el de ésta es estimado al entenderse que el Vicerrector carecía de competencia para representar a la Universidad, ya que para ello habría necesitado una delegación del Rector. (I. D. L.)

27. Actividad publicitaria en contratos de compraventa de bienes inmuebles. Diferencia entre memoria de calidades y proyecto de obra.— Los contenidos de la publicidad han de considerarse integrados en el contrato, formando parte de los mismos, de manera que pueden ser exigidos (STS de 27 de enero de 1977, relativa al incumplimiento en la calidad de los materiales.) El hecho de que en el proyecto de obra se establezcan circunstancias distintas de las recogidas en la memoria de calidad, no debe interferir en los deberes de las partes. La existencia de disparidad entre el proyecto de obra y la memoria de calidades no debe ser óbice para entender a esta última como parte del contrato. No se ha de olvidar la aplicación de los artículos 8.2 y 10.4 LGDCU.

Incongruencia en la decisión judicial.— No debe ser considerada una condena simultánea la estimación del *petitum* inicial del escrito de demanda, así como de la postulación subsidiaria de la misma. La motivación de la parte principal del fallo cubre la subsidiaria, con lo que «no precisa una especial motivación de esta parte del fallo, dado su carácter subsidiario» (FD 3.º).

Origen y limitaciones del principio de igualdad del artículo 14 CE.— La estimación de la petición de una de las partes y el rechazo de la otra no debe ser considerado como desigual trato para las partes («no puede haber igualdad en los desiguales, no son iguales las partes cumplidoras de sus deberes y obligaciones contractualmente asumidas, a la parte que realiza una obra fuera totalmente de las condiciones pactadas» FD 5.º) La jurisprudencia del TC ha exigido la realización del juicio de igualdad mediante criterios legales establecidos para la distinción, y no los casos particulares (SSTC 70/1991, de 8 de abril, y 308/1994, de 21 de noviembre). La desigualdad que repudia la ley tiene su origen en razones de índole subjetiva, excluyendo la que se fundamentan en elementos objetivos (STC 200/1999, de 8 de noviembre), limitando la misma en el principio de legalidad (SSTC 1/1990, de 15 de enero, 40/1989, de 16 de febrero, y 144/1999, de 22 de julio). La Constitución no asienta un principio de igualdad que impida considerar razones objetivas que justifiquen la desigualdad, excluyendo el tratamiento desigual ante supuestos que son desiguales de por sí.

Diferencias en la aplicación de los artículos 1124 y 1484 CC, en supuestos de incumplimiento en contratos de compraventa.— La existencia de un pleno incumplimiento y la consiguiente insatisfacción del comprador conllevan necesariamente la aplicación del artículo 1124 CC por considerarse supuesto de entrega de cosa diversa (*aliud pro alio*), y no ante un vicio de la cosa, y la consiguiente aplicación del artículo 1484 CC (STS de 29 de abril de 1994). Tanto el artículo 1124 como el 1504 CC se emplearán de manera compatible en la venta de bienes inmuebles cuando la otra parte ha cumplido todas las obligaciones que le incumbían (SSTS de 17 de junio de 1969, 5 de mayo de 1983, 7 de febrero de 1984 y 17 de septiembre y 22 de octubre de 1985). La existencia de pleno incumplimiento por inhabilidad del comprador, ante un *aliud pro alio*, permite la protección del artículo 1124 CC, sin que sea aplicable el plazo semestral del artículo 1490 CC. (STS de 8 de febrero de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.— En el Juzgado de Primera Instancia de Zaragoza se presentó demanda interpuesta por la Comunidad de Propietarios C. de V. contra la *Inmobiliaria B. S. A.*, solicitando la condena de la misma a la realización en cada una de las viviendas de los actores y en los elementos comunes del edificio de cuantas operaciones fueren necesarias, incluido el cambio y sustitución de materiales, para

su perfecta adecuación a las condiciones, características y calidades pactadas, y la completa subsanación de las deficiencias de obra, así como, subsidiariamente, se condenase a la inmobiliaria a la indemnización por equivalente resarciendo a la Comunidad y propietarios del valor de la ejecución de las obras, reparaciones e indemnizaciones. En los contratos privados de compraventa suscritos con la inmobiliaria demandada, se estableció que las obras de edificación serían realizadas conforme al proyecto aprobado, reservándose la parte vendedora derecho a efectuar modificaciones, autorizadas oficialmente, por exigencias técnicas, jurídicas o comerciales. La sentencia de primera instancia estimó íntegramente la demanda, condenando a la Comunidad a la realización de las obras, para su perfecta adecuación a las condiciones del proyecto aprobado por la DGA, y subsidiariamente a la indemnización por equivalente. Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación, desestimado por la Audiencia, que confirmó íntegramente la de primera instancia. La inmobiliaria formalizó recurso de casación, con base en la infracción de los artículos 14, 24.1, 120.3 CE y 1091, 1096 y 1258 CC, así como los artículos 8 y 10.4 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios, y la infracción de los artículos 1124, 1484 y 1490 CC, y la no aplicación del artículo 7 CC, alegando que la sentencia de apelación estima contrato la memoria de calidades, pero al dictar el fallo obliga a cumplir todas las especificaciones del proyecto técnico, que no se debe considerar parte del contrato. El TS declara no haber lugar al recurso.

NOTA.—En la sentencia anotada se continúa la línea jurisprudencial en cuanto que se debe mantener lo ofrecido en la oferta publicitaria, aun no siendo incorporado en el mismo contrato (STS de 5 de abril de 1999, en la que se obliga a la parte vendedora a respetar el espacio dedicado a ocio, que se establecía en el proyecto de la urbanización, ofrecido en la publicidad). En este caso, se trata de la memoria de calidad, no incorporada al contrato. De igual forma, se reitera que, aun siendo posibles cambios en el proyecto, éstos deben ser del todo justificados, y de otra forma, se debe ejercitar la acción por incumplimiento (STS de 4 de diciembre de 1998). (P. S. S.)

28. Arras. Modalidades: confirmatorias, penales y penitenciales.

Ante la imposibilidad de dar un concepto unitario de las arras, la doctrina moderna distingue las siguientes modalidades: a) Confirmatorias. Son las dirigidas a reforzar la existencia del contrato, constituyendo una señal o prueba de su celebración, o bien representando un principio de ejecución. b) Penales. Su finalidad es la de establecer una garantía del cumplimiento del contrato mediante su pérdida o devolución doblada, caso de incumplimiento. c) Penitenciales. Son un medio lícito de desistir las partes del contrato mediante la pérdida o restitución doblada.

Arras ex artículo 1454 CC. Carácter excepcional e interpretación restrictiva. Su admisión exige que conste de forma clara que es intención de los contratantes el poder desligarse del contrato por medio de las arras.—Es doctrina constante de la jurisprudencia que las arras o señal que,

como garantía permite el artículo 1454 CC, tienen un carácter excepcional que exige una interpretación restrictiva de las cláusulas contractuales de las que resulte la voluntad indubitada de las partes en aquel sentido, según declararon las SS de 24 de noviembre de 1926, 8 de julio de 1945, 22 de octubre de 1956, 7 de febrero de 1966 y 16 de diciembre de 1970, entre otras, debiendo entenderse en caso contrario que se trata de un simple anticipo a cuenta del precio que sirve, precisamente, para confirmar el contrato celebrado (STS de 10 de marzo de 1986).

Las arras confirmatorias forman parte del precio y se incluyen a los efectos de la aplicación de la cláusula penal pactada.—Las arras confirmatorias forman parte del precio de la compraventa. La cantidad entregada en tal concepto debe ser incluida al objeto de determinar los efectos derivados de la aplicación de la cláusula penal pactada para el supuesto de impago del precio. (STS de 24 de octubre de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—Doña C. C. N. entregó a la entidad *SID, S. A.*, 19.000.000 de pesetas, en concepto de arras como reserva para la compra de dos viviendas. Posteriormente se suscribieron los contratos de compraventa de las dos viviendas en los que, sin hacer mención a los diecinueve millones, se acordó el precio de cada vivienda en 30.714.695 pesetas, así como el plazo de pago. Además se estipuló, para el supuesto de impago, una cláusula penal en la que se señalaba que, si el impago o renuncia se producía antes del segundo plazo, el comprador perderá la totalidad del dinero entregado, pero que si el impago se producía con posterioridad a dicho segundo plazo perdería el 50 por 100 de la cantidad entregada. La compradora incumplió la obligación de pago después de haber entregado a la inmobiliaria la cantidad de 28.084.766 pesetas. La actora demandó a la inmobiliaria reclamándole 26.388.766 pesetas. Por su parte, la entidad demandada se opuso a la demanda y reconvinó solicitando, primero, que se declarasen resueltos los contratos de compraventa por incumplimiento de la compradora, y segundo que se reconociese el derecho a hacer suyas las cantidades recibidas y el resto del precio, más 1.700.000 pesetas en virtud de la cláusula penal pactada. El Juzgado estimó la demanda y admitió parcialmente la reconvenición, declarando resueltos los contratos de compraventa y reconociendo a la inmobiliaria el derecho a hacer suya la cantidad de 1.696.000 pesetas, en concepto de daños y perjuicios por aplicación de la cláusula penal. La Audiencia desestima la apelación. El TS estima parcialmente el recurso de casación interpuesto por la inmobiliaria al estimar que, conforme con la cláusula penal, la entidad recurrente tiene derecho al 50 por 100 de la cantidad reclamada. (C. O. M.)

29. Contrato de compraventa de apartamento en construcción. Naturaleza jurídica de la compra de cosa futura.—Con base en el artículo 1271 CC, tanto la doctrina como la jurisprudencia admiten la validez del contrato de compraventa de cosa futura como negocio atípico y conmutativo. En la compraventa de bienes inmuebles en construcción estamos ante un supuesto de *emptio rei speratae*, puesto que conforme al curso natural de los acontecimientos cabe esperar que llegará a existir el objeto. Este tipo de

negocio «... *presupone ineludiblemente en el vendedor la obligación esencial y constitutiva de entregar al comprador la cosa vendida, una vez que ésta haya alcanzado su existencia real y física, aparte de desplegar la actividad necesaria para que dicha existencia llegue a tener lugar*» (FD 5.º STS de 30 de octubre de 1989, así como SSTS de 13 de marzo de 1990, 18 de mayo y 1 de julio de 1992, 22 de marzo y 9 de noviembre de 1993, 15 de febrero de 1994, 8 de marzo de 1995 y 11 de octubre de 1998). La no existencia actual del objeto del contrato no puede llevar a considerar la nulidad o inexistencia del negocio, en tanto que para que la misma sea estimada es necesario que dicha imposibilidad sea originaria, es decir, que aconteciera en el momento de celebración.

Incumplimiento de la entrega por paralización de las obras por infracción urbanística.—Cuando la falta de cumplimiento por parte del comprador trae causa de la paralización de las obras en virtud de expediente municipal por infracción urbanística, el negocio no adolece ni de falta ni de ilicitud de causa que pudieran conducir a la inexistencia o nulidad del mismo. La infracción de normativa urbanística como ilicitud que tiene su origen en la infracción de normativa administrativa no radica en el contrato, «sino que éste resulta teñido desde fuera [por la falta de licencia], no pudiéndose equiparar dicha ilicitud con la que directamente afectan a los derechos y obligaciones que constituyen el contrato civil».

Indemnización de daños y perjuicios. Prueba de los daños.—El artículo 1101 CC declara entre los deudores sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados tanto los que incumplen sus obligaciones como los que vienen a contravenir el tenor de aquéllas. Frente a los mismos, el contratante que cumplió su prestación puede pedir tanto el cumplimiento como la resolución, en ambos casos con indemnización de daños y perjuicios, puesto que ambas peticiones «... son compatibles de forma subsidiaria» (FD 3.º, con cita de las SSTS de 12 de junio de 1986, 15 de noviembre de 1993, 9 de mayo de 1994 y 24 de noviembre de 1995). La indemnización de daños y perjuicios son cuestiones de hecho cuyo conocimiento corresponde a los Tribunales de instancia. En este sentido, y en orden a la prueba de los mismos, nuestro Código civil no contiene norma al respecto por lo que, aplicando las normas de distribución de la carga de la prueba, y al ser el daño y su cuantificación hechos constitutivos de la demanda, su prueba corresponde al demandante. La jurisprudencia del TS ha declarado de modo reiterado que para existan daños y perjuicios no basta únicamente probar el incumplimiento sino también los daños que se derivan del mismo. (STS de 4 de febrero de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—Por contrato privado de compraventa de fecha 3 de abril de 1988, don I. en representación de la empresa *Construcciones O., S. L.*, vendió a don J. L. un apartamento de 125 metros cuadrados, que en aquel momento se encontraba en construcción, fijándose como fecha de entrega del mismo el día 30 de junio de 1989, con prórrogas de no más de seis meses. Sin embargo, como consecuencia del procedimiento administrativo iniciado contra la citada entidad por infracción urbanística, al exceder las obras ejecutadas de la licencia otorgada, se produjo la suspensión de las mismas. Sin que aún hubiera finalizado el procedimiento sancionador administrativo, el comprador interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia solicitando, entre otros pedimentos, que se

condenara a la *Constructora O., S. L.*, a la elevación a escritura pública del documento privado de compraventa en cuestión, a la entrega de la posesión de la misma, y a una indemnización de 5.000.000 de pesetas por todos los daños y perjuicios irrogados a la parte demandante, así como a las costas. Se estimaron todos los pedimentos de la demanda, a excepción de la condena en costas. Recurrida en grado de apelación dicha resolución, la Audiencia Provincial confirmó el fallo del Juez de instancia, revocándolo únicamente en cuanto a la condena a 5.000.000 de pesetas, que se sustituyó por la cantidad que se acreditara en fase de ejecución. La parte demandante interpuso recurso de casación, con alegación de la infracción de los artículos 1261, 1271 y 1272 CC.

NOTA.—En la sentencia que anotamos viene el TS a analizar los efectos civiles que se derivan de un supuesto de incumplimiento de la obligación de entrega de un inmueble que tiene su origen en la paralización de las obras por infracción urbanística de la empresa constructora. Si bien la parte recurrente en casación alega infracción de la jurisprudencia del TS relativa a la necesidad de que se prueben los daños, en concreto las SSTS de 12 de mayo de 1994 y 17 de febrero de 1996, y que, tal y como consta en la sentencia, en fase probatoria se propuso prueba pericial tendente a acreditar el coste del alquiler de un apartamento semejante al adquirido, sin embargo, no podemos obviar aquella línea jurisprudencial que, por el contrario, considera que el incumplimiento contractual constituye *per se* un perjuicio o daño, «una frustración en la economía de la parte, en su interés material o moral, pues lo contrario equivaldría a sostener que el contrato opera en el vacío...contradiendo así la fuerza vinculante de los contratos y de sus consecuencias perfectamente señaladas en el artículo 1258 CC...evidenciando que la falta de prestación no ha de quedar impune...» (FD 4.º STS de 30 de septiembre de 1989, con cita de las SSTS de 9 de mayo y 17 de junio de 1984 y 5 de junio de 1985). (*R. D. O.*)

30. Resolución de la compraventa por falta de pago del precio. Indemnización por incumplimiento.—No constituye daño resarcible en la indemnización por incumplimiento en caso de resolución, el pago de los intereses de una hipoteca en la que se subrogan los vendedores para la compra de un inmueble de fecha anterior a la venta resuelta porque no se cumple la relación de causalidad exigida en el artículo 1107 CC.

La «equidad» como fundamento de la decisión.—El artículo 3.2 CC sólo autoriza que las resoluciones de los Tribunales puedan descansar de una manera exclusiva en la equidad cuando la ley expresamente lo permita. Según tiene declarado el TS de forma reiterada y uniforme, el principio de equidad es supletorio de la aplicación de las leyes y, por tanto, sólo de eficacia aplicativa ante la existencia de vacío legal (SSTS de 12 de junio de 1990, de 22 de enero de 1991, de 14 de mayo de 1993 y de 10 de diciembre de 1997).

La «equidad» como ponderación en la aplicación del artículo 1103 CC. Se trata de una cuestión que cae de lleno en el arbitrio judicial y que no es revisable en el recurso extraordinario de casación.

Incumplimiento resolutorio.—La «actitud deliberadamente rebelde» al cumplimiento del contrato significa en la actualidad, de acuerdo a la nueva

doctrina jurisprudencial, que para que exista «es suficiente que se frustre el fin del contrato para la otra parte, que haya un incumplimiento inequívoco y objetivo, sin que sea preciso una tenaz y persistente resistencia obstativa al cumplimiento, bastando frustrar, como ya se dice, las legítimas aspiraciones de la contraparte». (STS de 23 de diciembre de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—Las partes celebran un contrato de compraventa de un piso por un precio de 10,3 millones de pesetas. Los compradores hacen una entrega inicial de tres millones y se pacta que el resto del precio se abonará en un plazo de sesenta días. Transcurrido dicho plazo sin que se abone el precio, los vendedores comunican su voluntad resolutoria a los compradores mediante carta certificada por conducto notarial. A su vez, los vendedores habían adquirido una nueva vivienda a cuyo pago estaba previsto destinar la cantidad que iban a recibir por la venta mencionada. Declarada la resolución, y ante la falta de efectivo, los vendedores se subrogan en una hipoteca para hacer frente al pago de su nueva vivienda.

Los vendedores presentan una demanda en la que solicitan que, como consecuencia de la resolución de la compraventa por falta de pago del precio, se condene a los compradores a abandonar el piso y a una indemnización de daños que comprenda la pérdida por los compradores de los tres millones inicialmente entregados y el pago de los intereses del préstamo hipotecario concertado por ellos.

En primera instancia se estima parcialmente la demanda, se declara resuelta la venta y se condena a los compradores a abandonar el piso y a la pérdida de la parte del precio ya entregada. Los compradores presentan recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia que, revocando parcialmente la sentencia de primera instancia, condena a los demandados a satisfacer a los vendedores el interés legal devengado por la hipoteca en la que se habían subrogado. (L. S. M. P.)

31. Compraventa de local. Artículo 1504 CC.—Se imputa a la sentencia recurrida, que en ella solamente se tiene en cuenta el incumplimiento de los compradores, sin atender a los motivos que ocasionaron esa conducta, concretamente el temor al ejercicio de una acción hipotecaria que determinaría la pérdida total de la cosa adquirida sin compensación alguna ante la insolvencia de los vendedores.

Sin embargo, esta cuestión es absolutamente nueva, ya que los motivos en que los recurrentes habían basado su oposición a la demanda consistían en la existencia de un pacto verbal que supeditaba el pago del precio a la obtención de la cédula de habitabilidad y en el hecho de la retirada del Banco de las letras de cambio correspondientes a los plazos mensuales previstos para el pago del precio.

Respecto al pacto citado, la Audiencia declara no acreditada la existencia del mismo, a lo que añade que no existe exigencia de cédula de habitabilidad para los locales comerciales.

En cuanto a la retirada de efectos cambiarios del Banco, el Tribunal de instancia rechaza su trascendencia, tanto porque encuentra justificada la decisión de los vendedores, por la conveniencia de evitar gastos indebidos, como porque los ahora recurrentes disponían de múltiples expedientes en

Derecho para acreditar su intención de abono de los plazos que iban venciendo, resaltando que dos años después de la celebración del contrato solamente habían atendido a dos de los veinticuatro plazos convenidos.

Se rechaza igualmente por el TS la alegación de la errónea interpretación del artículo 1504 CC, ya que considera que para que prospere la pretensión relativa a su aplicación se hace precisa la demostración de la existencia de una voluntad manifiesta de incumplir por parte del deudor, es decir, de una actitud decididamente rebelde del mismo, así como la de que quien interesa la resolución contractual no haya, a su vez, incumplido las obligaciones que por su parte le incumbían.

Del mismo modo, según doctrina consolidada del TS, no es precisa una actitud dolosa del incumplidor, siendo suficiente que se frustre el fin del contrato para la contraparte, por el incumplimiento inequívoco y objetivo de aquél, como es el que pone de relieve el impago prolongado, duradero e injustificado (SS, entre otras, de 23 de marzo de 1996, 30 de julio y 5 de diciembre de 1997 y 24 de octubre de 1998). (STS de 3 de diciembre de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de Las Palmas de Gran Canaria fueron vistos los autos de menor cuantía sobre incumplimiento de la obligación de pagar el precio aplazado de la compraventa del local objeto del contrato realizado entre las partes, razón por la que el demandante solicitó la resolución de este último. A este respecto se dictó sentencia en fecha 8 de enero de 1996, estimando la demanda presentada. Frente a tal resolución, se interpuso recurso de apelación, que fue resuelto por la Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Gran Canaria, con fecha 2 de enero de 1997, desestimándolo. Por tal motivo, se interpone recurso de casación con base en el artículo 1692.4.º LEC, por infracción de los artículos 1124, 1502 y 1504 CC, así como de la jurisprudencia aplicable a este respecto. (J. L. B.)

32. Compraventa. Resolución por impago (art. 1124 CC): frustración del fin del contrato.—La resolución contractual opera sin necesidad de que concurra una voluntad rebelde, pues basta que se frustre la finalidad del contrato, que no es otra para los vendedores que la percepción del precio convenido.

Naturaleza del requerimiento del artículo 1504 CC.—Este requerimiento se puede calificar como un acto jurídico complejo, integrado en su fin principal por una declaración unilateral de voluntad condicionada a la que se anuda un efecto resolutorio contractual, apareciendo como finalidad decisiva, el ejercicio de la resolución.

Los impedimentos urbanísticos son causa de resolución contractual.—Por tratarse de un incumplimiento de la parte vendedora y en cuanto suponen una frustración del fin con que los compradores adquirieron los bienes (SSTS de 19 de enero de 1990, 24 de febrero de 1993 y 23 de octubre de 1997).

Supuestos de aceptación tácita de la herencia: interposición de demanda.—La aceptación tácita de una herencia tiene lugar cuando se interpone demanda, tanto en nombre propio como de la herencia yacente respecto

a los bienes relictos (SSTS de 7 de enero de 1942, 13 de marzo de 1952 y 14 de marzo de 1978).

Régimen aplicable a la herencia yacente: el de la comunidad de bienes.—Al regirse la herencia yacente por las normas de la comunidad de bienes, conformando comunidad hereditaria, la representación de la misma corresponde a los coherederos que no hubieran renunciado a la sucesión y por ello pueden ejercitar las acciones útiles y beneficiosas para la misma (SSTS de 18 de abril de 1952, 8 de mayo de 1953, 1 de junio de 1995 y 11 de junio de 1988, entre otras). (STS de 13 de febrero de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—Don C. mediante dos compraventas privadas, transmitió a la entidad mercantil *C.M., S. A.*, varios locales por un precio de 279 millones de pesetas, del que sólo fueron abonados 10.000.000 de pesetas. La compradora mantuvo la posesión pacífica y disfrute de los locales vendidos desde el momento de las ventas. Tres años después, los herederos abintestato del vendedor demandaron a la entidad compradora para que se declarase la resolución de los contratos, con pérdida por la demandada de los 10.000.000 de pesetas, al entender que éstos se entregaron en concepto de arras, y la restitución de los inmuebles en el estado en que se entregaron, con indemnización de los daños ocasionados en los mismos por la compradora. La demandada alegó, a grandes rasgos, lo siguiente: *a)* un primer incumplimiento de la vendedora consistente en que los bienes enajenados estaban afectados de irregularidades urbanísticas; *b)* que a los inmuebles les afectaban graves defectos constructivos, y *c)* la existencia de cargas y gravámenes en los locales comprados. El Juzgado estimó la demanda, salvo en lo referente a la indemnización, al no considerar acreditados los daños. La audiencia confirmó la sentencia recurrida por la demandada y el TS no da lugar al recurso de casación. (*I. D. L.*)

33. Cesión de solar a cambio de parte de edificación. Contrato atípico.—La naturaleza jurídica de este contrato es la de «un contrato atípico *do ut des* no encajable en ninguna de las tipologías específicamente reguladas en el Código civil, aunque pueda asimilarse a la permuta con prestación subordinada de obra subsumible por analogía en el artículo 1538 CC (SSTS de 2 de enero de 1976, 12 de febrero de 1979, 7 de julio de 1982, 31 de octubre de 1986, 5 de julio de 1989 y 7 de junio de 1990, entre otras), STS de 24 de noviembre de 1993». En esta misma dirección, continúa diciendo la STS de 7 de abril de 1999, «hay que constatar que como figura negocial dicho contrato admite diferentes supuestos (...), que presenta conexión con tres figuras contractuales tipificadas en el Código civil, como son la compraventa, la permuta y el arrendamiento de obra. Pues bien, aparte que las normas reguladoras de dichos contratos serán aplicables al contrato, sin embargo, tal operación mental aplicativa se hará cuando la voluntad de las partes, plasmada en la escritura pública, no ampare todos los estadios a través de los cuales se ha de desarrollar el cumplimiento del contrato aceptado hasta su total agotamiento, todo ello con base en el principio de libertad contractual plasmado en el artículo 1255 CC».

Rescisión por fraude de acreedores. Requisitos para su ejercicio.—«El ejercicio eficaz de la acción regulada en los artículos 1291 ss. CC en lo rela-

tivo a la enajenación en fraude de acreedores exige la concurrencia de las siguientes circunstancias: la existencia de un crédito por parte del accionante contra el dueño de la cosa enajenada; la realización de un acto por virtud del cual salga ésta del patrimonio del que la enajena, el propósito defraudatorio, tanto del que enajena como del que adquiere la cosa objeto de la enajenación y la ausencia de otro medio que no sea la rescisión del contrato para obtener la reparación del perjuicio inferido al acreedor, STS de 26 de julio de 2003».

Entre estos presupuestos resaltamos el carácter netamente subsidiario de esta acción, subsidiariedad que se recoge expresamente en los artículos 1291.3 y 1294 CC y que recuerda reiterada jurisprudencia: por todas, SSTS de 28 de septiembre de 2000, 11 de diciembre de 2001 y 15 de marzo y 12 de julio de 2002. Esta subsidiariedad ha de ser entendida «cual remedio para el acreedor cuando 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, STS de 31 de diciembre de 2002».

En lo que concierne a la exigencia del *consilium fraudis*, reiterada jurisprudencia pone el acento en este requisito, aunque con distintos matices. Así, por ejemplo, la STS de 15 de marzo de 2002, haciendo cita de las sentencias de la misma Sala de 6 de abril de 1992 y 31 de diciembre de 1998 habla de «conciencia en el deudor del empobrecimiento real o fingido que causa al acreedor (...), actividad intencionada y directamente dolosa o bien como simple conciencia de causarlo, llegando a alcanzar cuotas de cuasi-objetividad si el perjuicio se ocasiona por simple culpa civil o impremeditación». Por su parte, la STS de 19 de octubre de 2001 revela otra forma de entender el *consilium fraudis* al establecer que «los artículos 1111 y 1291.3 CC tienden a una cuasi-objetivización del citado requisito, por lo que hay que entender que al exigir el juzgador de instancia para apreciar el mismo la existencia de una maquinación fraudulenta, por la que el deudor en concierto con el acreedor haya pretendido perjudicar a los demás acreedores, exigiéndose para dar lugar a la acción pauliana la existencia de una especie de confabulación, implica seguir un criterio tradicional, con desprecio de la moderna jurisprudencia para la que basta, con el consentimiento y aquiescencia del perjuicio ocasionado a otros acreedores para que la misma tenga éxito (...), no requiere la existencia de un *animus nocendi* y sí únicamente, la *scientia fraudi*, esto es una conciencia o conocimiento de que se origina un perjuicio». (STS de 31 de diciembre de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Don R. M. S. celebra con *Iberia Inversiones, S. A.* un contrato de cesión de solar a cambio de parte de edificación, por el que la entidad se compromete a entregarle un determinado porcentaje de la obra ya terminada, libre de cargas. Posteriormente, la mencionada sociedad transmite a *Comercial Química Saura, S. A.*, treinta y cinco fincas registrales con la intención, según el actor, de defraudarlo, por lo que al proceder de mala fe interpone demanda de juicio declarativo de menor cuantía sobre rescisión de contrato e indemnización de daños y perjuicios contra las mencionadas sociedades. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la

demanda, condenando a *Iberia Inversiones S. A.*, a entregar a don R. M. S. el 20 por 100 edificado, libre de cargas y gravámenes, del total del edificio de autos, medición que se determinaría en ejecución de sentencia. Sin embargo, no declara la rescisión del contrato entre ambas sociedades al no poderse determinar que dichas transmisiones hayan sido realizadas en fraude de acreedores. Apelada la sentencia por la parte demandante, la Audiencia Provincial del Albacete revoca la sentencia de instancia en lo referente a determinar las bases para que, en ejecución de sentencia, se hiciera efectiva la entrega a la actora del 20 por 100 construido del volumen total del edificio, al mismo tiempo que acuerda la rescisión de los contratos celebrados entre ambas sociedades. *Comercial Química Saura, S. A.*, interpone recurso de casación.

NOTA.—En los contratos de cesión de solar a cambio de obra o de parte de la edificación la regulación del contrato de permuta es de aplicación, en defecto de que las partes hayan acordado otras estipulaciones, en virtud del artículo 1255 CC. Este contrato aparece configurado en nuestro ordenamiento como un contrato que precisa de tradición para que se opere el traspaso dominical (arts. 1538, 609 y 1095 CC). Ello no obsta a que igualmente le sea aplicable la tradición instrumental prevista en el artículo 1462.2 CC. En la sentencia comentada no se dice nada, pero sería cuestión interesante a tratar el decidir si el concreto negocio realizado se ha operado desde el otorgamiento de la escritura de permuta y, por efecto de ese mismo otorgamiento, el juego traditorio respecto al 20 por 100 del total del inmueble construido en el solar cedido, o si por el contrario la tradición y el consiguiente traspaso dominical quedan diferidos a un momento posterior, el del acta notarial de entrega. La RDGRN de 16 de mayo de 1996 establece al respecto que la imposible simultaneidad teórica del intercambio suelo-piso no obstaculiza la inmediata eficacia traditoria.

Estos contratos suelen estar acompañados de una cláusula penal «con funciones asegurativas de una obligación de indemnizar daños y perjuicios, y es razonable interpretar que se garantizan esas consecuencias del incumplimiento de la obligación de entrega, STS 20 de marzo de 2002». En el caso en cuestión se produce una minoración de la misma y, consecuentemente, de las garantías por ella ofrecidas, gracias al cumplimiento parcial de los demandados.

Respecto, a la prosperabilidad de la acción rescisoria pronunciada en apelación, las similitudes subjetivas y objetivas entre ambas sociedades, como puede ser que tengan idéntico administrador e idéntico domicilio, denotan la presencia del *consilium fraudis*, entendido como actividad intencionada y directamente dolosa. (*M. F. N. C.*)

34. Validez y eficacia del contrato de donación disimulado bajo la forma de escritura pública del contrato de compraventa.—La validez y eficacia del negocio relativamente disimulado se ha mantenido jurisprudencialmente, siempre que el contrato presente de un lado causa verdadera y lícita, y de otro, el cumplimiento de las formalidades exigidas para la efectividad del negocio disimulado. En el caso de la donación disimulada, tales

requisitos concurren si el contrato se otorga mediante escritura pública, y si donante y donataria aceptan y concurren al otorgamiento de la escritura.

La doctrina jurisprudencial, cambiante en lo que respecta a la validez de las donaciones encubiertas bajo la forma de compraventa, es pacífica ante la donación de inmuebles disimulado tras escritura pública de compraventa, cuando se pruebe el ánimo de liberalidad del donante en las gratuitas, o la causa retributiva en las onerosas (SSTS de 31 de mayo de 1982, 19 de noviembre de 1987, 9 de mayo de 1988 de 23 de septiembre y 29 de noviembre de 1989). (STS de 18 de octubre de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—El 7 de noviembre de 1984, doña J. P. C. otorgó escritura pública de compraventa a favor de su hija doña O. B. P. y su cónyuge. La hermana de ésta, doña A. B. P. demandó ante el Juzgado de Primera Instancia la nulidad de dicha escritura de compraventa. Los demandados formularon demanda reconvenicional solicitando que se declarase el contrato de donación disimulado bajo la forma de compraventa como plenamente válido y eficaz, debiendo producir sus efectos legales. En primera instancia se desestimó la demanda, estimando íntegramente la demanda reconvenicional, declarando no haber lugar a la nulidad de la escritura pública de compraventa, y la validez plena del contrato de donación disimulado. Se interpuso recurso de apelación que fue desestimado por la Audiencia. El TS declara no haber lugar al recurso de casación.

NOTA.—La eficacia de la escritura de compraventa simulada para la donación disimulada ha sido enormemente discutida por la doctrina, que se divide en torno a la negación de su validez, para la protección de los legítimos intereses de los terceros que hace necesaria la publicidad del acto de donación, y de la que se carece (De CASTRO, *El negocio jurídico*, edit. Civitas, Madrid, 1985, pp. 353 y ss.) (SSTS de 24 de febrero de 1986, 24 de junio de 1988, 7 de mayo y 23 de julio de 1993 y 10 de noviembre de 1994), y la posibilidad de su eficacia para la donación disimulada (SSTS de 7 de marzo de 1980, 31 de mayo de 1982, 19 de noviembre de 1987, 9 de mayo de 1988, 23 de septiembre de 1989; 21 de enero, 29 de marzo, 20 de julio y 13 de diciembre de 1993; 6 de octubre de 1994, 14 de marzo de 1995, 28 de mayo de 1996, 30 de diciembre de 1998 y 2 de noviembre y 14 de diciembre de 1999.) Para SANTOS MORÓN (*La forma de los contratos en el Código Civil*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1996, pp. 167 ss.), es imprescindible distinguir entre dos planos: el del donante y el de los terceros. En el primero, la finalidad de asegurar la atribución de manera gratuita se cumple con la escritura, mientras que respecto de terceros, no se garantiza su protección con tal escritura. Las sentencias más recientes abogan, para no extremar el rigor formal del artículo 633 CC, por la validez de la escritura siempre que se trate de donaciones remuneratorias (STS de 30 de diciembre de 1998), criticado por la mencionada autora, que ve irrelevante la distinción. La sentencia anotada parece seguir la línea de la aceptación de validez de la donación disimulada, siempre que se demuestre el ánimo de liberalidad, enmarcándose a sí misma dentro de la postura jurisprudencial actual, aunque se observa el vaivén de las decisiones jurisprudenciales de la Sala 1.^a del TS (P. S. S.)

35. Contrato de arrendamiento financiero o *leasing*. Caracterización.—«En el contrato de arrendamiento con opción de compra o *leasing* concurren tres partes: la empresa de *leasing* que financia la operación conjunta y celebra con el proveedor el contrato de compraventa y con el usuario el arrendamiento con opción de compra; el *proveedor* que ha celebrado el anterior contrato de compraventa y entrega la cosa al usuario y, finalmente, éste, es decir, el *usuario* que celebra el contrato con la empresa de *leasing* y recibe la cosa del proveedor, normalmente, elegida por él mismo. Tal contrato de *leasing*, como dice la STS de 28 de noviembre de 1997, «una institución del derecho comercial importada del área jurídica de los Estados Unidos de América, y plenamente incorporada a nuestro tráfico económico y comercial, es un contrato complejo y, en principio atípico regido por sus específicas disposiciones y de contenido no uniforme, que jurisprudencialmente es conceptuado como un contrato con base en los principios de autonomía negocial y de la libertad que proclama el artículo 1255 CC (STS de 26 de junio de 1989). Además, desde un punto de vista legislativo y como definición auténtica, hay que tener en cuenta lo que proclama la DA 7.^a séptima en su apartado primero de la Ley de 29 de julio de 1988, que dice que tendrá la consideración de operaciones de arrendamiento financiero aquellos contratos que tengan por objeto exclusivo la cesión de uso de bienes muebles o inmuebles, adquiridos para dicha finalidad según las especificaciones del futuro usuario, a cambio de una contraprestación consistente en el abono periódico de cuotas y que incluirá necesariamente una opción de compra a su término, en favor del usuario».

Diferencias entre el contrato de arrendamiento financiero y la compraventa de bienes muebles a plazos.—Para determinar si un contrato puede ser calificado como de arrendamiento financiero o compraventa de bienes muebles a plazos, sometido la Ley 50/1965, de 17 de julio, o a la Ley 28/1998, de 13 de julio, ámbito de aplicación que se hace depender de la fecha en la que fue concertado, es necesario acudir a lo preceptuado en los artículos 1281 a 1289 CC. A este respecto establece la STS de 31 de diciembre de 1998 y las en ella citadas, que «la determinación de la conceptualización jurídica relativa a un contrato constituye una cuestión de interpretación del mismo en orden a su calificación, que está atribuida al Juzgador de instancia, y su resultado ha de ser respetado en casación si no es ilógico, inverosímil o contrario a las normas de la hermenéutica contractual contenida en los artículos 1281 a 1289 CC». Asimismo, es doctrina jurisprudencial reiterada recogida en la STS de 20 de febrero de 1997 la de que «las normas o reglas interpretativas contenidas en los artículos 1281 a 1289 CC constituyen un cuerpo o conjunto subordinado y complementario entre sí de los cuales tiene rango preferencial y prioritario la correspondiente al párrafo primero del artículo 1281, de tal manera que si la claridad de los términos de un contrato no dejan duda sobre la intención de las partes, no cabe la posibilidad de que entren en juego las restantes reglas contenidas en los artículos siguientes que vienen a funcionar con el carácter de subsidiarias respecto de lo que preconiza la interpretación literal». Por lo tanto, para la calificación de un contrato como de arrendamiento financiero o de compraventa a plazos de bienes muebles hay que estar a los términos del contrato, si son fiel reflejo de la intención de los contratantes. En ocasiones, pronunciamientos judiciales hacen depender esta naturaleza jurídica de la insignificancia o simbolismo del precio residual pactado, matizando, no obstante, «en que la opción de compra que caracteriza como cláusula típica al arrendamiento financiero, a los efectos de la calificación

como compraventa no esté cegada o imposibilitada por los actos de las partes, es decir, resulte expedita y responda a expectativas reales (STS de 28 de mayo de 1990)». «El valor de la opción de compra ha de ser una cantidad no incluida en el montante total del precio pactado en el contrato de arrendamiento financiero, e igualmente no ha de recogerse ningún tipo de estipulación que coarte la facultad de ejercitar la opción que tiene la entidad arrendataria, circunstancia que no sucedería si se tratase de una venta con precio aplazado, en el cual esa opción de compra no sería tal y, formando parte del precio total del bien vendido, se asimilaría a un último plazo o mensualidad (STS de 7 de octubre de 2002)».

Valor residual pactado para el ejercicio de la opción de compra.— Establece la STS de 1 de febrero de 1999 y las en ella citadas –SSTS de 28 de marzo de 1978, 18 de noviembre de 1983, 28 de mayo de 1990 y 28 de noviembre de 1997– que «no hay base legal ni lógica que establezca un parámetro para indicar la proporción que deba tener la opción de compra respecto al valor monetario del bien objeto del tantas veces mencionado contrato de arrendamiento financiero o *leasing*; en consecuencia, no es suficiente para desvirtuar la calificación del contrato hecha por la Sala de instancia el montante del valor residual no concurriendo otras circunstancias que permitan declarar la existencia de una voluntad simuladora entre las partes tendentes a encubrir la existencia de un contrato de venta a plazos de bienes muebles». (STS de 30 de diciembre de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—El Banco Bilbao Vizcaya, S. A., interpone tercera de dominio contra la Tesorería General de la Seguridad Social y contra don J. C. R., en la que solicita se declare que el bien embargado es propiedad del Banco, y ello en base a los siguientes argumentos: el 16 de abril de 1990, el BBV concertó con don J. C. R. un contrato mercantil cuyo objeto era un vehículo marca «Pegaso», teniendo una duración de cuarenta y ocho meses contados desde la fecha de entrada en vigor del contrato. Se fijó un precio de 12.274.553 pesetas, a pagar en 43 cuotas de 285.571 pesetas, fijándose como precio residual para ejercitar la opción una cuota de igual garantía. También se pactó que se podía adquirir el vehículo por el precio residual si se hubieren pagado todas las cuotas. Don J. C. R. incumplió el contrato adeudando numerosas cuotas, no pudiendo ejercitar, en consecuencia, la opción de compra. El demandante tiene inscrito en la Jefatura Provincial de Tráfico reserva de dominio sobre el vehículo de su propiedad arrendado a don J. C. R.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la tercera de dominio. Frente a dicha sentencia se interpone recurso de apelación por el Banco, que es desestimado y, consecuentemente, se confirma la instancia. Tanto una como otra consideran que el contrato celebrado entre el tercerista y don J. C. R. es un contrato de compraventa de bienes muebles a plazos y no de arrendamiento financiero o *leasing*. El BBV interpone recurso de casación que es estimado por el TS.

NOTA.—En el supuesto en cuestión la calificación e interpretación de los contratos fue sometida a revisión casacional debido a que las conclusiones del Tribunal de instancia pudieron calificarse de ilógicas, carentes de la racionalidad necesaria y abiertamente contrarias a la hermenéutica contractual o a la legalidad aplicable.

Por ello, el TS casa la sentencia de apelación que confirmaba la de instancia y afirma que el contrato realmente querido y perfeccionado por las partes fue el de arrendamiento financiero, por corresponder a la intención y voluntariedad manifestada de los otorgantes, porque las estipulaciones negociales convenidas claramente lo manifestaban y corroboraban, al constar identificado el bien objeto del mismo, cuyo uso y beneficio se cedió (vehículo marca «Pegaso», mod. 310.6100, matrícula H-8141-E), la duración temporal del arriendo (cuarenta y ocho meses), cuotas de abono mensuales (cuarenta y tres, por un valor de 285.571 pesetas cada una de ellas) y opción de compra a favor del arrendatario al finalizar el plazo pactado, mediante el pago del precio establecido y correspondiente al bien objeto del arrendatario por un importe igual o superior a la cuota mensual que se convino. (M. F. N. C.)

36. Arrendamiento financiero (*leasing*). Precio de la opción de compra: su repercusión en la calificación del contrato.—La Sala 1.^a del TS mantiene en jurisprudencia reiterada (SSTS de 28 de noviembre de 1997, 26 de noviembre y 2 de diciembre de 1999 y 6 de marzo de 2001) que la insignificancia del precio pactado para ejercer la opción de compra no es un dato que por sí sólo permita negar la calificación de arrendamiento financiero al contrato. O dicho con otras palabras, la escasa entidad económica del valor residual en el *leasing* no significa necesariamente que estemos ante otra figura contractual (compraventa a plazos de bienes muebles).

Interpretación y calificación de los contratos.—Reiterada jurisprudencia del TS (SSTS de 7 de marzo y 22 de junio y 28 de diciembre de 2001) afirma que la interpretación y calificación de los contratos es función reservada a los Tribunales de instancia, revisable sólo en casación cuando dicha interpretación o calificación sea absurda o ilógica. (STS de 7 de octubre de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad mercantil *Uninter Leasing, S. A.*, interpone una tercería de dominio contra la entidad *Forleva, S. A.*, y la Tesorería General de la Seguridad Social, en virtud de la cual solicita, entre otras cosas, que se dicte sentencia en la que se declare que la entidad demandante es la propietaria del equipo industrial descrito en la demanda y, en consecuencia, se alce el embargo trabado por la Tesorería de la Seguridad Social sobre dichos bienes y se ordene a la entidad *Forleva, S. A.* (arrendataria financiera), que acepte la declaración de dominio a favor de la demandante y el levantamiento del embargo.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda de tercería de dominio y declara que los bienes embargados pertenecen a la demandante (arrendadora financiera) y acuerda, por tanto, el levantamiento del embargo. La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación interpuesto. El TS declara no haber lugar al recurso de casación. (M. J. P. G.)

37. *Leasing* financiero.—En el primero de los motivos alegados, con fundamento en el apartado 3.º del artículo 1692 LEC, se denuncia la infrac-

ción de los artículos 24.1 CE y 504 y 506 LEC, señalando que la tercerista había aportado en período de prueba y, por tanto, extemporáneamente, copia autorizada por el Corredor de Comercio de los contratos de arrendamiento financiero celebrados con anterioridad.

Este motivo ha de ser rechazado, pues las pólizas que tenía en su poder la parte actora fueron oportunamente presentadas con su demanda, si bien, ante la oposición formulada por la demandada personada, propuso como medio probatorio complementario la incorporación a los autos de los documentos a que se refiere la recurrente, lo que ha de considerarse correcto en atención a la finalidad perseguida (SS de 26 de abril de 1985, 17 de abril de 1986 y 16 de abril de 1991, entre otras).

En el segundo motivo, al amparo del ordinal 4.º del artículo 1692 LEC, se alega la infracción del artículo 1257 CC, afirmando que la tercerista carece de derecho respecto al objeto reclamado, al no figurar como propio de ninguno de los contratos aportados con la demanda. Sin embargo, se estima en casación que no es así, quedando suficientemente probada la titularidad del tercerista.

Por último, el tercer motivo del recurso introduce el argumento de la infracción de la doctrina que se estableció en la STS de 28 de mayo de 1990 y en otras de fecha anterior a ella, ya que el valor residual asignado a los bienes objeto de los arrendamientos financieros en que pretende fundar su derecho la entidad actora es insignificante y simbólico, comparado con el precio real de los vehículos en cuestión y, además, notablemente inferior al valor que correspondería a los mismos en la fecha en que debiera ejercitarse la opción de compra.

Sin embargo, este motivo es desestimado por cuanto con posterioridad el propio Supremo viene declarando con reiteración que el dato del mayor o menor importe del valor residual establecido por las partes no es argumento decisivo para entender que, en lugar de haber convenido aquéllas un arrendamiento financiero de los vehículos en litigio, hubieran tenido intención de concertar realmente una operación de compraventa a plazos, lo que convertiría al mencionado contrato en simulado.

Por otra parte, el valor residual no constituye, en ninguno de los supuestos de autos, una parte del precio pactado. (STS de 2 de diciembre de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Se presenta demanda de tercería de dominio ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Avilés, la cual es desestimada por sentencia de 5 de enero de 1996. Apelada la misma, la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Oviedo estimó el recurso en su resolución de 1 de marzo de 1997, razón por la que se presenta recurso de casación al amparo del artículo 1692 LEC, ordinales 3.º y 4.º, por infracción tanto de los artículos 24.1 CE, 504 y 506 LEC y 1.257 CC, como de la jurisprudencia aplicable al caso. (J. L. B.)

38. Arrendamiento urbano. Las reglas de interpretación de los contratos forman un conjunto complementario donde prevalece la interpretación literal, salvo en determinados casos, en que los actos de las partes contradicen los términos literales del contrato.—Si bien es cierto que esta Sala tiene declarado que las normas o reglas de interpretación, con-

tenidas en los artículos 1281 a 1289 CC, constituyen un conjunto o cuerpo subordinado y complementario entre sí, de las cuales tiene rango preferencial y prioritario la correspondiente al párrafo primero del artículo 1281, de tal manera que si los términos de un contrato no ofrecen duda sobre la intención de las partes, no cabe la posibilidad de que entren en juego las demás reglas contenidas en los artículos siguientes, que vienen a funcionar con carácter subsidiario respecto a la que preconiza la interpretación literal (por todas, STS de 2 de septiembre de 1996), también ha manifestado que la primacía de la interpretación literal quiebra en determinados supuestos, entre los que se encuentra, aun siendo claros los términos del contrato, cuando existen actos opuestos al mismo en los cuales el verdadero propósito de los contratantes se haya manifestado (STS de 24 de abril de 1964); que el artículo 1281 no excluye la interpretación, sino que la presupone, y forma con el artículo 1282 un conjunto orgánico, complementándose ambos (STS de 6 de noviembre de 1998); y que la interpretación de los contratos y demás actos jurídicos, aunque haya de partir de la expresión contenida en las palabras pronunciadas o escritas no puede detenerse en el sentido riguroso o gramatical de las mismas y ha de indagar fundamentalmente en la intención de las partes y el espíritu y finalidad que han presidido el negocio, infiriéndose de las circunstancias concurrentes y de la total conducta de los interesados (STS de 21 de abril de 1993); por todo ello, el seguimiento por la sentencia de apelación de la posición jurisprudencial últimamente reseñada evita la transgresión aducida en el motivo.

A los Tribunales de instancia corresponde interpretar el contrato para calificarlo correctamente, calificación que consiste en incluirlo en un tipo determinado, averiguar su naturaleza y la normativa que le es aplicable.—Por otra parte, la STS de 21 de mayo de 1997 ha sentado que la calificación del contrato es la inclusión del mismo en un tipo determinado, la averiguación de su naturaleza y de la normativa que le es aplicable: es precisa una previa interpretación para llegar a la correcta calificación del contrato, la cual está por encima de las declaraciones e incluso de la voluntad de los sujetos: «los contratos son lo que son y no lo que las partes digan», ha dicho la doctrina y así lo ha seguido la jurisprudencia de esta Sala: SSTS de 22 de octubre y 10 de noviembre de 1986, 7 de julio de 1987 y 3 de mayo de 1993; y la STS de 10 de febrero de 1997 declara que «la doctrina jurídica ha señalado que la naturaleza de un negocio jurídico depende de la intención de los contratantes y de las declaraciones de voluntad que la integran, y no de la denominación que le hayan atribuido las partes, siendo el contenido real del contrato el que determina su calificación», y en igual sentido se manifiestan, entre otras, las SSTS de 16 de noviembre de 2000, 13 de abril y 3 de mayo de 1999, 18 de junio de 1997, 25 de enero de 1996 y 23 de octubre de 1995.

Por último, es doctrina reiterada de esta Sala, recogida en numerosas sentencias de ociosa cita, que la calificación jurídica de los contratos se obtiene mediante la interpretación y ésta, respecto a las relaciones que unen a las partes, compete a los Tribunales de instancia y ha de ser mantenida en casación, salvo que resulte ilógica, contraria a Derecho, errónea o violadora de las normas de hermenéutica contractual, nada de lo cual es predicable en la verificada por la de la sentencia recurrida.

El aplazamiento del pago de la renta no obsta a la calificación del contrato celebrado como arrendamiento.—Por consiguiente, concurren en el contrato todos los presupuestos para calificarlo como de arrendamiento, y no es óbice a ello la estipulación de que la renta mensual se empezaría a

pagar a partir del día 1 de enero de 1980, que no supone gratuidad de la relación jurídica concertada, sino aplazamiento en el pago, y está autorizada por el artículo 1255 CC; además, conviene recordar que parecida dilación del abono correspondiente fue acordada también para el contrato de subarriendo de 26 de noviembre de 1979, y no por ello se considera como compromiso de subarriendo.

La compraventa es un contrato consensual por lo que no es preciso el pago ni parcial ni total del precio para que produzca su típico efecto obligatorio.—Se desestima porque, de una parte, el recurrente omite la disposición del artículo 1450 CC, de donde se desprende el carácter consensual del contrato de compraventa, de modo que basta la coincidencia del acuerdo de voluntades obligacional a entregar una cosa determinada, sin exigencia de la *datio rei*, y pagar un precio cierto, sea de una vez o en plazos, para que, desde ese momento, el contrato de compraventa se perfeccione y sea obligatorio para las partes (SSTS de 26 de noviembre de 1987 y 26 de marzo de 1992), y de otra, incide en la temática expuesta en los dos motivos precedentes, por lo que, para la repulsa de éste, en evitación de repeticiones, nos remitimos a la argumentación integrada en los FD 2.º y 3.º de esta resolución. (STS de 31 de diciembre de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Celebrado un contrato de compraventa de unos locales comerciales, entre las mismas partes se concierta un contrato de arrendamiento, en cuya virtud el comprador alquila los mismos locales a su antiguo propietario, concediéndole, además, la facultad de subarrendarlos.

El subarrendatario ejercita una acción de retracto arrendaticio urbano basándose en la pretendida inexistencia de los contratos anteriores, que calificaba como meros «compromisos» de vender y arrendar. Sus pretensiones son desestimadas en ambas instancias y el TS declara no haber lugar al recurso de casación que interpone. (M. C. B.)

39. Acción de retracto arrendaticio rústico. Nacimiento de la acción de retracto.—El ejercicio de la acción de retracto está supeditado al conocimiento que de la venta haya tenido el retrayente, requiriéndose al efecto un conocimiento completo, cumplido y cabal, que abarque no sólo al del hecho de la venta, sino también la noticia exacta de todos los extremos de la transmisión, como precio, condiciones esenciales de la venta, modalidades de pago, etc. Pues solamente en tal caso el titular del retracto puede disponer de elementos de juicio suficientes para decidir sobre la conveniencia o no de ejercitar la acción, como afirma la S de 8 de junio de 1965, con abundante cita jurisprudencial; ahora bien, este conocimiento ha de referirse a una compraventa ya consumada en que la transmisión del dominio ha sido realizado mediante la tradición, no siendo suficiente la simple perfección del contrato. En este sentido dijo la S de 20 de mayo de 1943 que «la más extendida y reciente doctrina legal remite el punto de partida para el cómputo de los nueve días al conocimiento por el retrayente de la consumación de la venta, por tradición real o ficta de la cosa vendida», y la S de 6 de junio de 1988 dice que «la doctrina legal afirma... Segundo: Que el conocimiento sea cabal y completo, referido a todos los pactos y condiciones de venta, en el momento de su consumación, no en el de su perfección, de tal manera que pueda

decidir si le conviene o no retraer, incluso aunque conozca un precio que le haya parecido caro (SS de esta Sala de 10 de octubre de 1901, 19 de junio de 1920, 3 de diciembre de 1955, 22 de marzo de 1962, 28 de mayo de 1963, 30 de noviembre de 1967, 18 de noviembre de 1971, 5 de mayo de 1972, 18 de octubre de 1980 y 12 de diciembre de 1986, entre otras muchas)».

De esta doctrina jurisprudencial se pone de manifiesto que el nacimiento de la acción de retracto surge a partir de la consumación del contrato transmisorio de dominio, no de su perfección.

En el presente caso, la acción de retracto se apoya en la opción de compra concedida por doña M. P. a favor de don J. G. M., ejercitada por éste a través de la notificación notarial de 1 de julio de 1980, opción de compra declarada válida por la STSJ de Cataluña de 24 de julio de 1995. Ejercitada la opción por el optante en tiempo y forma, su efecto es el de la perfección del contrato de compraventa; así, la S de 22 de diciembre de 1992 afirma que «una vez ejercitada la opción por el optante, dentro del plazo señalado, y comunicada al concedente, se extingue o queda consumada la opción, y nace y se perfecciona automáticamente el contrato de compraventa, al producirse con relación a éste el concurso del consentimiento exigido por la ley, sin que el optatario o concedente pueda hacer nada para frustrar su efectividad, pues como acaba de decirse, y se repite, basta para la perfección de la compraventa con que el optante le haya comunicado su voluntad de ejercitar su derecho de opción», y en el mismo sentido, la S de 22 de noviembre de 1993 dice que «una vez que el optante ejercita la opción de compra, dentro del plazo estipulado, y le comunica al optatario o concedente, la opción queda plenamente extinguida o consumada y, desde ese mismo momento y por ese único hecho, nace y se perfecciona automáticamente el correspondiente contrato de compraventa (SS de 6 de abril de 1987, 23 de diciembre de 1991, 22 de diciembre de 1992 y 17 de marzo y 21 de julio de 1993, por citar algunas de las más recientes)».

Falta de legitimación *ad causam*. Apreciación de oficio.—Ejercitada la acción de compra el 1 de julio de 1980, por el señor G. M., en ese momento se perfeccionó el contrato de compraventa, no obstante no se ha producido la consumación del contrato al no haberse transmitido a aquél el dominio de las fincas mediante el otorgamiento de escritura pública por los herederos de la concedente de la opción, situación que persistía el día 7 de octubre de 1995 en que se formuló la demanda de retracto. En consecuencia, no se está ante un supuesto de ejercicio o no de la acción de retracto dentro del plazo legal, sino ante un supuesto de ejercicio de una acción todavía no nacida, y por tanto de inexistencia de la misma, al no haberse consumado el contrato de compraventa, aún el día 7 de octubre de 1995, consumación de la que, conforme a la doctrina jurisprudencial citada, depende el nacimiento de la acción.

Esta inexistencia de la acción se traduce en una falta de legitimación en el demandante que, como dice la S de 30 de junio de 1999, con cita de las de 13 de noviembre de 1985, 6 de mayo de 1997 y 24 de enero de 1998, «es cuestión que puede ser examinada de oficio por los mismos (órganos jurisdiccionales). Los efectos de las normas jurídicas no pueden quedar a voluntad de los particulares de modo que se apliquen aún no dándose los supuestos queridos y previstos por el legislador para ello», que es lo que sucede en el presente caso en que se ejercita una acción de retracto no nacida al tiempo de formularse la demanda. (STS de 14 de noviembre de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—En 6 de noviembre de 1975, la propietaria doña M. P. P. arrendó a don J. B. U. las fincas descritas en el documento núm. 1 de la demanda, objeto de la acción ejercitada. El 4 de agosto de 1976, doña M. P. P. concedió derecho de opción de compra a favor de don J. G. M. sobre las fincas arrendadas. El señor G. M. ejercitó la opción de compra, notificándolo a la concedente notarialmente en 1 de julio de 1980; recibió el requerimiento notarial el señor B. U. al manifestar estar facultado para contestar en nombre de la señora P. P. notificaciones y requerimientos de toda clase en virtud del poder general que le había sido conferido en 20 de septiembre de 1977. Ejercitado el derecho de opción de compra, el señor G. M. interpuso demanda de juicio ordinario para que se declarase perfeccionada la compraventa y se condenase a la demandada señora P. P. al otorgamiento de escritura de venta. A este procedimiento se acumuló la demanda interpuesta por la señora P. P. instando la nulidad de la venta. La señora P. P. falleció, el día 25 de enero de 1990, bajo testamento abierto en el que designó heredero universal a su sobrino don J. B. U., con sustitución vulgar a favor de su descendencia legítima. El heredero universal designado renunció a la herencia, que recayó en sus hijos, quienes procedieron a la partición de la herencia sustituyendo procesalmente a la señora P. P. en el procedimiento iniciado a instancia de la señora G. M. Por sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 24 de julio de 1995 se declaró válido el contrato de opción de compra celebrado entre la señora P. P. y el señor G. M., perfeccionada la venta, condenándose a los demandados al otorgamiento de la escritura de venta.

Por don J. B. A. se interpuso demanda ejercitando acción de retracto arrendaticio rústico sobre las fincas relacionadas en el hecho primero de aquélla, frente a don J. G. M. La sentencia dictada por la Audiencia Provincial confirmó la recaída en primera instancia que dio lugar al retracto de parte de las fincas, y desestimó la acción respecto de las demás. (A. G. B.)

40. Diferencias entre la permuta de solar por cosa futura y la figura del promotor colectivo.—El elemento que nos permite delimitar jurídicamente la figura atípica de la permuta de solar por edificación futura de los supuestos de comunidades civiles es la posterior participación de los sujetos que aportan el solar a todo el proceso constructivo, como sucede en los supuestos en los que la actividad desplegada por los aportantes del solar alcanza no sólo la participación proindivisa en la titularidad de la futura edificación sino que también la asunción de otras actividades relacionadas con la ejecución de la obra (entre otras, SSTs de 28 de enero de 1994, 3 de octubre de 1996, 26 de junio de 1997, 20 de noviembre de 1998, 12 de marzo y 10 de noviembre de 1999, 21 de febrero de 2000 y 8 de octubre de 2001).

Responsabilidad de los promotores por vicios en la edificación ex artículo 1591 CC.—La jurisprudencia del TS admite a los promotores dentro de los sujetos responsables conforme al artículo 1591 CC, al considerarlos hoy en día una de las figuras típicas que intervienen en cualquier proceso de edificación. Generalmente se reúnen en él el carácter de propietario del terreno, constructor y propietario de la edificación llevada a cabo sobre aquel, así

como enajenante o vendedor de los diversos pisos y locales. En definitiva, como beneficiario económico de todo el proceso constructivo. En este sentido la responsabilidad de los promotores, ya actúen únicamente como promotores-constructores o promotores-mediadores, no se deriva únicamente de una interpretación integradora del citado artículo 1591 CC, sino también de los contratos de compraventa por los que transmitió las viviendas y locales, como consecuencia de lo cual pueden igualmente ser demandados por incumplimiento de sus obligaciones como parte vendedora (FD 2.º STS de 20 de noviembre de 1998).

La responsabilidad de las comunidades civiles de promotores.—Desde el punto de vista jurisprudencial y actualmente también legal (conforme al tenor literal del artículo 9.1 de la Ley de Ordenación de la Edificación), la figura del promotor no tiene que corresponder necesariamente con un promotor individual, persona física o jurídica, pública o privada sino que también se incluye todas aquellas formas a través de las cuales nos encontramos ante una «comunidad civil de propietarios (art. 392 CC)», sin que «ninguna normativa legal impida que puedan actuar en el proceso constructivo los que resultan copropietarios del solar al asumir las actividades de una propia comunidad civil promotora». Generalmente el promotor de comunidades puede también actuar como mandatario, comprometiéndose a organizar la construcción del inmueble por encargo de los comuneros-asociados. Sin embargo, el carácter de mandatario o representante que asume uno de los aportantes del solar, llevando a cabo todas aquellas gestiones necesarias para la ejecución de la obra, no permite su exclusión del ámbito de responsabilidad decenal del artículo 1591 CC en su calidad de promotor. La interposición de la figura de la comunidad de propietarios no desvirtúa su carácter de promotor, en tanto que su actividad y la de los demás comuneros no sólo se limita de una parte, a la aportación del solar, y de otra, a la ejecución de un mandato en interés común, sino que todas las gestiones que desarrollan se encaminan a la venta a terceros de la edificación futura, desplegando para ello toda la actividad propia y característica de un promotor. (STS de 31 de enero de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—La comunidad de propietarios del edificio X demandó por los trámites del juicio de menor cuantía, a don B., a don B., don C., don G. y don J., solicitando la condena solidaria de todos ellos, por los vicios de construcción que se han manifestado en el edificio en cuestión, así como al pago de las cantidades que se han generado con motivo de la reparación de tales vicios. Estimada parcialmente la demanda se condenó únicamente a don B. como promotor-constructor de la obra y como propietario de una tercera parte indivisa del edificio. Recurrida en apelación la sentencia por la comunidad de propietarios y por el demandado, la Audiencia Provincial revocó parcialmente dicha resolución, condenando también a don B. y don C., solidariamente con don B., al considerar que su actuación no se limitó únicamente a la aportación de la titularidad del solar sino que actuaron como promotores, aun cuando formaban una comunidad de propietarios. La representación de don B. y don C. interpuso recurso de casación, alegando infracción del artículo 1591 CC y de la jurisprudencia sobre el mismo.

NOTA.—En la sentencia que anotamos nuevamente se pronuncia el TS sobre un supuesto de comunidad civil de promotores, distinguiéndola de aquellos supuestos en los que el propietario del solar únicamente aporta la titularidad del mismo a cambio de una cuota de participación en la propiedad del futuro edificio. En consonancia con la jurisprudencia de los últimos años, el TS toma en consideración un concepto amplio de promotor, como garante frente a los adquirentes del resultado de la edificación, incluso cuando su incorporación al proceso constructivo sea con posterioridad a la ejecución de la obra (FD 2.º STS de 20 de noviembre de 1998, RJ 1998/8413). En su formulación como una comunidad de propietarios, no se puede obviar que subyace la figura del promotor (STS de 12 de marzo de 1999). En este sentido el TS utiliza como criterio para interpretar dicha figura la definición legal del promotor recogida en el artículo 9 de la Ley de Ordenación de la Edificación, en consonancia con la orientación jurisprudencial seguida por el TS al respecto en los últimos años, en tanto que, bien persona física o jurídica, pública o privada,...individual o colectivamente decide, impulsa, programa o financia, con recursos propios o ajenos, las obras de edificación...» (*vid.* al respecto, Cabanillas Sánchez, A., «La configuración jurisprudencial del promotor como garante», *ADC*, 1990, pp. 227-237, en especial p. 230; «La evolución de la responsabilidad en la construcción», *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, tomo I, Madrid, 1990, pp. 351-370; y «La responsabilidad civil por vicios en la construcción en la Ley de Ordenación de la Edificación», *ADC*, 2000, pp. 406-510, y en relación con la figura del promotor, en concreto pp. 456 y 466-468). (*R. D. O.*)

41. Contrato de obra. Responsabilidad *ex* artículo 1591CC. Concepto de amplio vicio del suelo y responsabilidad del arquitecto.—El artículo 1591 CC viene a distinguir tres tipos de clases de vicios: de la construcción, de la dirección y del suelo. En este sentido, la responsabilidad del arquitecto alcanza, de una parte, a la dirección de la obra definida como «la actividad que controla y ordena la ejecución de la edificación en sus aspectos técnico, económicos y estéticos, coordinando para tal efecto las intervenciones de otros profesionales técnicos cuando concurren en la misma» (art. 3.1 del Real Decreto 295/1985, de 23 de enero); y de otra, a los denominados vicios del suelo. La jurisprudencia del TS atiende a un concepto amplio de los vicios del suelo como vicios del proyecto, puesto que se considera necesario que el arquitecto tenga un correcto conocimiento del mismo, como asentamiento de la construcción, de modo que o bien adopte las medidas necesarias para evitarlo, conforme a su diligencia como profesional, o, por el contrario, no proceda a la edificación si tal vicio no es subsanable (FD 3.º STS de 15 de marzo de 2001, RJ 2001/3195).

Carácter de la responsabilidad *ex* artículo 1591 CC en función de la determinación o no del grado de participación de los diversos agentes en la producción del vicio.—La responsabilidad solidaria en el ámbito del artículo 1591 CC con respecto no sólo al contratista y el arquitecto, sino también con relación a otros agentes que intervienen en el proceso de edificación, como el promotor, se presenta como último remedio cuando no es posible determinar las responsabilidades exclusivas de cada uno de ellos

(entre otras, SSTs de 27 de septiembre y 17 de octubre de 1995, 26 de febrero, 21 de marzo y 15 de octubre de 1996, 22 de marzo, 29 de mayo, 5 de julio, 3 de septiembre y 22 de noviembre de 1997, 4 de marzo y 8 de junio de 1998, y 13 de mayo de 2002). Por el contrario, en aquellos supuestos en los que la naturaleza del vicio permita la imputación del mismo a alguno o algunos de los sujetos intervinientes a lo largo de la ejecución de la obra, se procede a la individualización de la responsabilidad de cada uno de los agentes que hayan intervenido (entre otras, SSTs de 28 de enero de 1994, 3 de octubre de 1996, 28 de diciembre de 1998, de 9 de marzo de 2000 y 13 de mayo de 2002, con cita de abundante jurisprudencia con relación a supuestos de indeterminación del grado de participación determinante del vicio).

Culpa *in eligendo* del promotor con respecto al arquitecto.— La responsabilidad del arquitecto por el vicio ruínógeno, una vez probado que el mismo es encuadrable dentro de los vicios del suelo, del proyecto o de la dirección del mismo, lleva a la absolución del promotor. En este sentido, la única vía para considerarlo responsable sería mediante la apreciación de culpa *in eligendo* por su intervención en la designación del arquitecto, responsable, en cualquier caso, del vicio ruínógeno. (FD 2.º, así como SSTs de 20 de diciembre de 1993, de 20 de noviembre y 30 de diciembre de 1998, 12 de marzo de 1999, 28 de mayo de 2001 y 13 de mayo de 2002. (STS de 31 de diciembre de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—La comunidad de propietarios del edificio X sito en Zaragoza, ante las humedades y filtraciones existentes en las dos plantas de garaje del citado edificio provocadas por la subida del nivel freático debido a la cercanía del río Ebro, interpuso demanda de juicio de menor cuantía solicitando que condenara solidariamente a la reparación de dichas deficiencias a la entidad *Construcciones M.*, a don F., promotor-constructor, a don R., arquitecto, y a don A., aparejador. El Tribunal de instancia absolvió a la entidad constructora, por no haberse probado que fue ella quien llevó a cabo la construcción, y al arquitecto de la obra, al considerar que los problemas existentes no se debieron al proyecto, sino a la realización de la obra, al haberse empleado un hormigón de mala calidad y haberse omitido el uso de ciertas medidas impermeabilizadoras. Interpuestos sendos recursos de apelación, la representación legal de la comunidad de propietarios limitó el mismo únicamente a las costas. La Audiencia Provincial revocó la sentencia de instancia, absolviendo a los demandados. La representación legal de la parte demandante formuló recurso de casación alegando la infracción tanto del artículo 1591 CC como la doctrina jurisprudencial interpretativa del mismo.

NOTA.—En la sentencia que anotamos, el TS viene a analizar un nuevo supuesto de responsabilidad *ex* artículo 1591 CC que, conforme al relato de los hechos, tiene su origen, al igual que la S de 9 de marzo de 2000, en filtraciones que se han producido en sótanos cercanos a la zona del río Ebro, como consecuencia de las subidas del nivel freático del mismo. Aun cuando el fallo es desestimatorio, reconoce el TS la responsabilidad del arquitecto dado que el vicio constructivo tiene su origen en un problema del suelo y en la ausencia de la correcta medida técnica que hubiera evitado los daños producidos en las dos plantas de garaje. La absolución del

arquitecto en primera instancia y la deficiente formulación del recurso de apelación por parte de la representación legal de la parte demandada impide, sin embargo, la condena al mismo. El TS, aunque en *obiter dicta*, señala como única vía a través de la cual se hubiera podido hacer responsable al promotor, la apreciación en tal agente del proceso de la edificación de culpa *in eligendo* por su intervención en la designación del arquitecto, citando la doctrina jurisprudencial existente al respecto (en concreto las SS 20 de diciembre de 1993, 20 de noviembre y 30 de diciembre de 1998, 12 de marzo de 1999, 28 de mayo de 2001 y 13 de mayo de 2002). De este modo el TS se aparta de la progresiva objetivación de la responsabilidad de los promotores, señalada tanto por la doctrina como por la jurisprudencia anterior a la entrada en vigor de la nueva Ley de Ordenación de la Edificación. (R. D. O.)

42. Acción directa del artículo 1597 CC en subcontrata de obras. El allanamiento a la demanda no cabe en el recurso de apelación, sino únicamente que el demandado apelante desista del recurso y manifieste su conformidad con la sentencia apelada, lo cual debe hacerse a través de Procurador y no de Letrado.—El motivo ha de desestimarse, por la imposibilidad de carácter procesal de producirse el allanamiento, en el trámite que dice la recurrente, en cuanto que lo único que cabe en el recurso de apelación es desistir el apelante del mismo y manifestar la conformidad con la sentencia apelada. Por otra parte, para allanarse es preciso que el que haga esa manifestación tenga poderes para ello, poderes que se conceden al Procurador y no al Letrado, que es el que según el escrito del recurso de casación las hizo en el acto de la vista.

La impugnación de la valoración de la prueba debe hacerse alegando un error de hecho en su apreciación que no se ha producido, pues no se ha demostrado que la comunidad de propietarios demandada asumiera las obligaciones de la contratista para con la subcontratista, asunción que tampoco se deduce de los actos de la misma.—El motivo ha de desestimarse, porque la parte recurrente hace cuestión de los hechos probados, y no se tiene en cuenta la valoración de la prueba llevada a efecto en la sentencia recurrida, sin haberla cuestionado previamente en la forma que determinan las normas procesales, previa alegación de error de derecho en la apreciación de la prueba, ya que en la sentencia impugnada en su FD 9.º entiende que esa asunción directa por la propiedad, del subcontrato llevado a cabo por la sociedad contratista, con los ahora recurrentes, no se ha producido, y ello en base a entender, como en realidad es, que el subcontrato constituye un contrato independiente y autónomo, que genera relaciones jurídicas entre las partes que en ellos intervienen, el subcontratante y subcontratista, salvo la acción directa en los supuestos que previene el artículo 1597 CC. Por lo que para que los efectos del subcontrato afecten a la propiedad es necesario que conste la voluntad de ésta en ese sentido, voluntad que la sentencia recurrida, de acuerdo con los hechos probados, entiende que no está acreditado en autos que se produjera, por tanto sostiene que no se da esa asunción por la comunidad de las obligaciones del contratista para con los subcontratistas, que entiende de forma razonable la sentencia recurrida, no se ha producido, porque no se han probado los hechos que acrediten esa asunción por la comunidad.

No procede la acción directa del artículo 1597 CC cuando el comitente no es deudor del contratista.—Resultado que se cuestiona por la parte recurrente invocando infracción del artículo 1597 CC, precepto que, como tienen declarado, entre otras, las SS de esta Sala de 10 de marzo de 1997, 28 de mayo de 1999 y 27 de julio de 2000, «faculta para interponer la acción directa derivada del mismo a quienes ponen su trabajo y materiales en la obra contra el dueño de ésta, es decir, el comitente, siempre que el crédito, que es fundamento de la pretensión, exista y, en principio, resulte exigible, y en el supuesto de autos, la decisión traída a casación ha vulnerado uno de los presupuestos para la aplicación del artículo 1597, pues amén de la legitimación activa y pasiva, se precisaba la demostración de la realidad del crédito, la cual ha sido omitida por la parte a quien incumbía la justificación de este dato y aunque la doctrina entiende que no debe exigirse a la actora una prueba plena y completa, ya que ello podría ser un impedimento insalvable para la efectividad del precepto». En el procedimiento del que dimana el presente recurso, lejos de acreditarse que el contratista tiene un crédito en relación con la obra, se ha demostrado por la parte recurrida, que ha satisfecho con exceso al contratista lo debido por la obra realizada, de forma que hay un superávit por este concepto de más de cuarenta y un millones de pesetas. (STS de 31 de diciembre de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Una empresa subcontratista de cierta obra reclama el pago de los trabajos efectuados tanto a la empresa con la que acordó la subcontrata como a la comunidad de propietarios de las viviendas construidas, como a cada uno de éstos en particular. El Juzgado de Primera Instancia admitió la demanda, declarando la responsabilidad directa de la sociedad contratista y la subsidiaria de la comunidad de propietarios y sus miembros. Apelada por éstos la sentencia, la Audiencia Provincial confirmó parcialmente la sentencia del Juzgado, absolviendo a la comunidad de propietarios y a sus miembros. Contra esta sentencia, interpuso la parte demandante recurso de casación, que es desestimado por el TS. (M. C. B.)

43. Arrendamiento de servicios. Contrato de prestación de servicios por abogado. Determinación de los honorarios. Fijación *a posteriori* del «precio cierto» al que alude el artículo 1544 CC.—En el arrendamiento de servicios el consentimiento contractual alcanza el precio que resulte de datos que, existiendo *a priori*, se reflejan *a posteriori*, de tarifas, de perito o de Colegio profesional. Y no puede pensarse que el prestador de servicio fije el precio unilateralmente, sino que las partes, con mutuo consentimiento, han acordado no fijar el precio —honorarios— lo que no siempre es posible, sino fijarlo a resultas del servicio prestado efectivamente, según tarifas oficiales, por dictamen pericial o por informe del Colegio profesional, caso de no aceptarse un precio de consuno.

Validez del dictamen emitido por el correspondiente Colegio profesional a efectos de establecer los honorarios devengados por los servicios prestados por abogado.—Ha de considerarse que la intervención del Colegio de Abogados del lugar donde se presten los servicios de abogado (o los designados supletoriamente), así como el carácter detallado de la minuta, aun regulados en la LEC, son exigencias ineludibles de orden sustantivo para que el Juez haga uso de sus facultades moderadoras, en los casos en que los honora-

rios no estuvieran previamente pactados y haya de proceder a su fijación, no obstante se trate de una reclamación formulada en proceso ordinario, todo ello como complemento necesario para dar cumplimiento al artículo 1544 CC, que debe relacionarse con el artículo 1447 CC, de manera que en estos supuestos el órgano judicial asume, siguiendo las pautas marcadas por la LEC, funciones de arbitrador por ministerio legal. Además, tratándose de honorarios devengados por abogado en la realización de tareas o actuaciones no contenciosas, propias de esta profesión liberal, también sujetas a normas orientadoras de carácter «mínimo» en su minutación, la identidad de razón existente aconseja, por analogía, que las reclamaciones de honorarios se sujeten a las reglas mencionadas, para su determinación judicial (cfr. STS de 3 de febrero de 1998).

Intereses moratorios. Determinación del *dies a quo* o de comienzo de su devengo.—El interés moratorio es el legal que establece el artículo 1108 CC en caso de mora, cumplimiento tardío de la obligación, que regula el artículo 1100 CC y exige, entre otros requisitos, la interpelación del acreedor al deudor. Es declaración de voluntad unilateral y recepticia que hace el acreedor al deudor, extrajudicialmente (así, requerimiento notarial) o judicialmente (por la interposición de la demanda) de la prestación concreta y determinada que éste debe cumplir. Es preciso, pues, que sea efectiva y definitiva, no reclamaciones más o menos abstractas o tratos más o menos decisivos. En el presente caso, no aparece reclamación del demandante acreedor a la sociedad demandada deudora, de la cantidad exacta de los honorarios objeto de la acción ejercitada, hasta la interposición de la demanda. Por tanto, procede fijar el *dies a quo* en la fecha de presentación de la demanda. (STS de 25 de octubre de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—El abogado demandante reclama a la sociedad demandada el cumplimiento de su obligación de pago de los honorarios por los servicios prestados. La demandada se opuso a la cuantía objeto de reclamación. El Juzgado de Primera Instancia acogió íntegramente la demanda. La Audiencia Provincial de Santander estimó el recurso de apelación presentado por la parte demandada, revocó la de instancia y redujo la cuantía de condena a menos de la cuarta parte de la cifra originariamente pedida por el actor. Ambas partes litigantes interpusieron recurso de casación. El TS dio lugar a ambos recursos. (L. A. G. D.)

44. Responsabilidad profesional del abogado: legitimación activa: actos propios del demandado.—No puede estimarse la excepción alegada por el abogado demandado de carecer los actores legitimación activa para demandar, cuando aquél reconoció expresamente tal personalidad al redactar la posición primera que había de ser absuelta por éstos. Además, son las mismas personas que rescindieron el contrato de servicios profesionales acudiendo al Colegio de Abogados para denunciar la conducta negligente del Letrado, quien aceptó la resolución contractual renunciando a la minuta de sus servicios.

Provisión de fondos: devolución al cliente cuando no acredita la prestación de servicios: renuncia a los honorarios.—En este caso debe reputarse válida la renuncia a los honorarios hecha por el abogado, por referirse a un derecho potestativo, no perjudicar a tercero y estar realizada de forma explí-

cita y terminante, debiendo producir sus efectos legales de extinguir el derecho; ante la devolución de la provisión solicitada por los clientes se pretende por el demandado que constituían unos honorarios ya devengados al tiempo de la renuncia; pretensión inaceptable, pues no se ha acreditado en autos la realización de los trabajos pretendidamente realizados, por lo cual la devolución procedería aun en el caso de no haber mediado la aludida renuncia.

Daños y perjuicios.—La condena en costas motivada por haber planteado la demanda, ante Juez incompetente, se incluye entre los daños que deben ser indemnizados por el incorrecto proceder del Letrado mientras estaba en vigor el contrato de servicios. (STS de 14 de febrero de 2003; no ha lugar.)

NOTA.—En el mismo sentido véase la STS de 30 de diciembre de 2002 (responsabilidad profesional del abogado por no haber solicitado expresamente en la demanda el recargo del 20 por 100 de la indemnización reclamada). Oportuna resulta la diferenciación entre el régimen de la provisión de fondos del cliente al letrado, habitual en este tipo de contratos, y las consecuencias que en relación con la misma puede producir la renuncia a los honorarios que, en un momento posterior, realiza aquél. Sentencia de aprobar. (G. G. C.)

45. Contrato de asistencia médica: responsabilidad de la Ginecóloga: parálisis cerebral infantil con disminución en el 84 por 100 de la capacidad orgánica y funcional del neonato: falta de prueba.—Las sentencias de instancia son claramente equivocadas por no hacer una aplicación correcta de la doctrina de la carga de la prueba. El resultado lesivo (parálisis cerebral infantil) que sufre el recién nacido tiene por causa un sufrimiento fetal agudo, y tal sufrimiento tiene su causa en una encefalopatía hipoxio-iscémico producido por un período expulsivo prolongado, y esta apreciación es la que constituye un juicio de probabilidad cualificado, que adquiera plena *certeza procesal* ante la conducta de inactividad o pasividad probatoria de la referida parte demandada. Hay un oscurantismo o falta de transparencia total, más inexplicable todavía dadas las circunstancias concurrentes (resultado del test Apgar) que determinaron que, ante la situación de extrema gravedad, hubiera que avisar al pediatra de guardia, el cual llevó a cabo una inmediata reanimación profunda y ventilación mecánica manual que probablemente salvaron la vida del recién nacido, pero no pudieron impedir la grave secuela, ni siquiera con el ulterior traslado a la UCI-P del Hospital de T. La atribución de la carga probatoria a la ginecóloga resulta tanto más justificada si se tiene en cuenta que llevó la atención y asistencia de la actora durante todo el embarazo, el resultado absolutamente desproporcionado producido, las circunstancias concurrentes en la embarazada y la absoluta falta de explicación sobre los hechos en el escrito de contestación.

Doctrina general sobre el daño anormal y desproporcionado.—La doctrina de esta Sala ha venido flexibilizando el rigor de la regla del artículo 1214 CC, haciendo recaer las consecuencias de la falta de prueba sobre la parte que tenía más facilidad o se hallaba en una posición prevalente o más favorable por la disponibilidad o proximidad a la fuente de prueba, que ha sido asumida por el apartado 6 del artículo 217 LEC 2000, conforme al cual *para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo [sobre la carga de la prueba] el Tribunal deberá tener presente la*

disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio; doctrina que se recoge, entre otras, en las SSTS de 8 de marzo y 28 de noviembre de 1996, 28 de febrero de 1997, 14 de septiembre y 28 de octubre de 1997, 30 de julio de 1999, 3 y 29 de mayo de 2000 y 8 de febrero de 2001. Como consecuencia de ello, aunque la doctrina general en sede de responsabilidad sanitaria estima que la prueba de la relación de causalidad, así como de la culpa, incumbe al paciente y no al médico, sin embargo, este criterio tiene algunas excepciones, entre las que figuran cuando se produce un daño anormal y desproporcionado entre la intervención médica y el daño (SSTS, entre otras, de 16 de junio de 1989, 2 de diciembre de 1996, 19 de febrero y 9 y 21 de diciembre de 1999 y 31 de julio de 2002), o se da la situación de facilidad o disponibilidad probatoria.

Concurrencia de los requisitos de la culpa contractual.-1.º Es evidente la existencia de culpa por parte de la ginecóloga demandada al actuar con falta de diligencia en su quehacer profesional al no reducir el período expulsivo para evitar el sufrimiento fetal producido; en la actual praxis obstétrica se considera expulsión prolongada del feto aquella que dura más de treinta minutos en las múltiparas y una hora en las primíparas; en el caso actual el plazo fue de tres horas. **2.º** Es aplicable la responsabilidad derivada del arrendamiento de servicios, no habiendo problemas de congruencia porque en la demanda se ejercitaron acumuladas la acción contractual y la extracontractual. **3.º** No cabe estimar la acción ejercitada contra el Centro médico, pues la ginecóloga carece de relación jurídica con éste, y la actuación del pediatra de guardia ha sido totalmente correcta; en cuanto a la inexistencia de UCI-P en el Centro, aunque merece un reproche en abstracto, no puede ser valorado en el caso, porque no influyó ni en la producción ni en la agravación de la lesión. **4.º** La entidad del daño resulta evidente y la cantidad pedida totalmente adecuada a las circunstancias del mismo; iniciada la demanda por el padre, se prueba su fallecimiento durante el proceso, por lo cual la cantidad total de 100.000.000 de pesetas ha de distribuirse en 5 millones para la madre en concepto de gastos y daños morales y el resto de 95 millones para las atenciones de todo tipo de la menor, y a fin de garantizar el cumplimiento de dicho objetivo en ejecución de sentencia se adoptarán todas las determinaciones que resulten a tal fin con intervención del Ministerio Fiscal. (STS de 23 de diciembre de 2002; ha lugar.)

HECHOS.-En 1995 el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Almería desestimó la demanda dirigida contra la Ginecóloga asistente al parto y el Centro Sanitario en el que tuvo lugar éste; en 1997 la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Almería confirmó la sentencia, salvo en las costas de primera instancia. El TS (Pte.: Corbal Fernández) estima el recurso de casación, con base en la doctrina extractada, y condena exclusivamente a la ginecóloga a la cantidad solicitada. Del historial médico de la actora se deduce que la madre había desarrollado diez años antes un embarazo eptópico, había sufrido dos abortos provocados y estaba en la edad límite para tener hijos.

NOTA.-Notable sentencia por estimar el recurso frente a dos resoluciones absolutorias en la instancia, por la cuantía de la indemnización concedida (100.000.000 de pesetas), acorde con las gravísimas secuelas causadas a la recién nacida (parálisis cerebral con disminución funcional del 84 por 100), derivada de la negligencia

cia de la médico ginecóloga que asistió en el embarazo y en el parto. En el FD 3.º se afirma que el error de la sentencia recurrida se basa en que la evidencia de que el sufrimiento fetal se derivó de un período expulsivo prolongado quedó ensombrecida porque el perito informante admite que la asfixia pudo haber ocurrido antes del parto, o en etapas muy iniciales del mismo, y que al mismo no le consta si para el cómputo de más de tres horas tal referido período incluye o no el tiempo de dilatación. En tal incertidumbre radica fundamentalmente la *ratio decidendi* de la sentencia de la Audiencia Provincial. Ahora bien, añade la sentencia extractada que no se tiene en cuenta que todo ello se pudo haber aclarado mediante la aportación de la documentación de que disponía la médico demandada, especialmente la historia clínica obstétrica de la paciente, la evolución del embarazo, la evolución de la gestación ingresada anteparto en Sanatorio, así como el partograma con registro de monitorización fetal y datos sobre el expulsivo. Es cierto que parte de esta prueba había sido propuesta por la demandada, siendo rechazada inexplicablemente en primera instancia, pero la resolución no fue recurrida, y tampoco la solicitada era completa.

Entre nosotros se han avanzado últimamente serias dudas acerca de la conveniencia de haber importado a nuestro ordenamiento la doctrina anglosajona invocada por esta sentencia (así Mónica Navarro Michel, «Sobre la aplicación de la regla “res ipsa loquitur” en el ámbito sanitario», ADC, 2003, pp. 1197 ss.). En todo caso nos encontramos ante un supuesto típico de la misma en la jurisprudencia norteamericana, según la cual para ser exonerado el médico demandado debe ofrecer una explicación causal de los daños compatible con su diligencia (*loc. cit.*, p. 1213), lo que no ha ocurrido en el presente caso. Por otro lado, la doctrina que se invoca del daño anormal no es la única *ratio decidendi*, dado que la novedad incorporado al apartado 6 del artículo 217 LEC 2000 –inaplicable al caso por razón de la fecha– no puede considerarse tal por haberla introducido anteriormente la doctrina jurisprudencial. (G. G. C.)

46. Préstamos usurarios. Contratos de compraventa, arrendamiento y de opción de compra que ocultan la existencia de un contrato de préstamo. Calificación como usurario conforme al artículo 1 de la Ley de 23 de julio de 1908.—La calificación o no de un préstamo como usurario, constituye un juicio de valor que versa sobre un presupuesto fáctico que se encuentra en el artículo 1 de la Ley de 23 de julio de 1908. Conforme al mismo, la jurisprudencia del TS distingue tres posibilidades de contrato de préstamo usurario: aquel en el que el interés estipulado sea notablemente superior al normal del dinero, cuando sea desproporcionado con las circunstancias del caso (STS de 7 de marzo de 1998), o en condiciones que resulten leoninas. Dicho carácter leonino se manifiesta en la existencia de cláusulas tales como aquella en virtud de la cual la parte se reserva aplicar el IPC en el nivel territorial que ella quisiera elegir, una penalización de 15.390 pesetas por día de demora en las cuotas, la renuncia del fuero propio de las vendedoras, así como la ausencia de fijación de un precio en el derecho de opción que posteriormente se fijó en el doble del precio fijado en la compraventa.

Libertad de los Tribunales para la calificación del préstamo. Jurisprudencia del TS acerca del artículo 2 de la Ley de 23 de julio de 1908. Efectos de la nulidad del contrato de préstamo.—El artículo 2, derogado actualmente por la disposición derogatoria única de la LEC de 2000, otorgaba a los Tribunales de justicia una amplia libertad para la calificación del préstamo como usurario, facultad que incluso se extendió al TS. En este sentido, y sin que llegara a convertirse la casación en una tercera instancia, el TS «ha extendido al ámbito de la casación esa libertad valorativa o estimativa del *factum* denunciado como usurario» (FD 2.º, STS de 12 de diciembre de 1994). Se admite que el TS pueda entrar en el estudio y análisis de la prueba practicada en el pleito, toda vez que «el juicio que haya formado el Tribunal de instancia en casación es respetable pero no intangible» (FD 3.º STS de 23 de noviembre de 1999, y en igual sentido las SSTS de 11 de marzo de 1966, 12 de enero, 14 de marzo y 1 de julio de 1967, 21 de marzo de 1980, 25 y 30 de enero de 1984, 4 de julio de 1989, 17 de diciembre de 1990, 8 de noviembre de 1994 y 12 de julio de 2001, entre otras). Declarada la nulidad de los contratos, señala el artículo 3 de la Ley de 1908 que el prestatario estará obligado a entregar tan sólo la suma recibida. El prestatario, por su parte, teniendo en cuenta las cantidades satisfechas, así como los intereses vencidos, devolverá lo que exceda del capital prestado. (STS de 21 de febrero de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña Y. y doña G. G. C. eran propietarias de un chalet sobre el que recaían las siguientes cargas y gravámenes: una hipoteca a favor de la entidad bancaria *B. S.* por un importe de 13.000.000 de pesetas; un embargo promovido por la entidad *Fiseat* por 578.869 pesetas, así como otro embargo de una entidad *leasing* por la cantidad de 332.580 pesetas más 770.000 pesetas de intereses. Ante tal situación económica, el día 8 de febrero de 1993 ambas hermanas otorgaron escritura pública de compraventa a favor de la entidad *Freja, S. A.*, señalándose como precio 14.923.416 pesetas, obligándose la parte compradora a subrogarse en la liquidación de las cargas y gravámenes existentes. Al día siguiente, 9 de febrero, se otorgó entre las mismas partes un contrato privado de arrendamiento a favor de las hermanas por un plazo de quince días y una renta trianual de 16.621.632 pesetas. Finalmente, y en torno a la misma finca, se otorgó entre las mismas partes un contrato privado de opción de compra a favor de las citadas hermanas, pero sin que en el mismo se fijara la cuantía de la opción. Dicha opción podría ejercitarse entre el 1 de marzo y el 1 de septiembre de 2008, estableciéndose que si se hiciera entre el 1 de septiembre de 1993 y el 28 de febrero de 2008, deberían las compradoras subrogarse en las cargas y gravámenes. Posteriormente se fijó el precio de la retroventa en 27.000.000 de pesetas. Finalmente las hermanas demandaron a la entidad *Freja, S. A.*, solicitando se declarara la nulidad de los citados contratos, por entender que los mismos encubrían un préstamo usurario. Desestimada la demanda en primera instancia, la Audiencia Provincial revocó dicho fallo, declarando la nulidad de los citados contratos. La representación legal de la entidad *Freja, S. A.*, interpuso recurso de casación, entre otros motivos, por infracción de los artículos 1253 y 1276 CC.

NOTA.—En el supuesto que nos ocupa, el TS vuelve a analizar un supuesto de préstamo usurario conforme a la definición del mismo contenida en el artículo 1 de la Ley de 23 de julio de 1908, de represión de la usura, aun cuando, tal y como señala la sentencia en su FD 4.º, el recurso de casación esté viciado en tanto que no se alega infracción de ningún precepto de la citada ley, pese haber sido aplicada en grado de apelación. Mediante la celebración de sendos contratos de compraventa, arrendamiento y de opción de compra las partes intentaron ocultar la existencia de un contrato de préstamo, en este caso, usurario, asegurado con una garantía inmobiliaria sin desplazamiento. El TS tomó en cuenta la existencia de una compraventa cuyo precio resultó muy inferior al precio real de la finca y casi coincidente con el capital garantizado por la hipoteca existente sobre la misma, un contrato de arrendamiento de quince años de duración cuyas rentas totales igualmente resultaban desproporcionadas, así como la existencia de una opción de compra atípica, con ausencia inicial de un precio de ejercicio de la misma. Todos esos negocios se entiende que encubrían un contrato de préstamo usurario, no sólo por las circunstancias que llevaron a las partes a celebrarlo, sino por las condiciones y cláusulas del mismo. Entiende que en el caso se dan numerosas semejanzas con el analizado por el TS el 12 de diciembre de 1994, en el que si bien no existía un pacto de retro, dicha finalidad se conseguía con un contrato de arrendamiento. (*R. D. O.*)

47. Doctrina jurisprudencial sobre la cláusula de sumisión a arbitraje.—El TS ha ido evolucionando hacia una mayor flexibilidad a la hora de interpretar la expresión «cualquier actividad procesal» del artículo 11 de la Ley de arbitraje de 1988. En un principio, el Alto Tribunal entendía que la excepción de sumisión al arbitraje no estaba adecuadamente planteada si el demandado, además, se oponía a la demanda en el fondo (SSTS de 2 de julio de 1992, de 16 de marzo de 1996 y de 13 de mayo de 1998, entre otras). A partir de la S de 18 de abril de 1998, se empieza a consolidar la doctrina de que, por la amplitud del artículo 687 LEC de 1881, nada impedía al demandado proponer esa excepción y, en ese mismo escrito, contestar a la demanda en el fondo (SSTS de 1 de junio de 1999, 14 de junio de 2001 y 20 de junio de 2002).

En cuanto a la legislación aplicable al seguro marítimo, éste no se rige principalmente por la Ley de contrato de seguro de 1980, sino por las disposiciones especiales del Código de comercio; aquélla es meramente complementaria (SSTS de 2 de diciembre de 1991, 31 de diciembre de 1996 y 23 de junio de 1999).

También viene declarando el TS que la cláusula de sumisión expresa consentida por la asegurada es oponible a la aseguradora que, conforme al artículo 780 CCO, se subroga en su lugar en virtud del pago; en esos casos de subrogación, la acción que ejercita el asegurador es la misma que correspondería a su asegurado (STS de 11 de noviembre de 1991). En otro caso, la aseguradora podría invocar el contrato de su asegurada en lo beneficioso con inmunidad frente a lo perjudicial. Otro supuesto distinto sería el de la aseguradora cuya asegurada no hubiera consentido la cláusula de sumisión a arbi-

traje por tener la condición de mera receptora del cargamento, ajena por tanto al contrato de fletamento (STS de 30 de diciembre de 1992).

Conforme al artículo 6.2 de la Ley de arbitraje de 1988, lo decisivo para reconocer la validez del convenio arbitral es la voluntad inequívoca de las partes contractuales de someter sus controversias a arbitraje y no tanto la firma de las partes. La jurisprudencia más reciente del TS se muestra contraria a la utilización de «fórmulas sacramentales» como condicionantes de la validez de las cláusulas de sumisión a arbitraje y a favor del criterio respetuoso de la voluntad de las partes (STS de 13 de marzo de 2001).

La STS de 14 de mayo de 1992 confirma la línea interpretativa favorable a la admisión del arbitraje respecto del problema de aplicación de las reglas de La Haya. En este tipo de litigios, a juicio del Alto Tribunal, no son aplicables las cautelas del artículo 5.2 de la Ley de arbitraje ni la jurisprudencia protectora del consumidor como parte contratante más débil, pues no hay ninguna razón para suponer que la negociación entre las empresas no se hizo en igualdad de condiciones. (STS de 6 de febrero de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—El *Banco Vitalicio de España, Compañía Anónima de Seguros*, es la aseguradora de las capturas de dos pesqueros-congeladores, pertenecientes a empresas españolas diferentes. Éstos transbordaron en alta mar a un buque de bandera soviética, procedente de las Islas Malvinas, sus capturas de pescado. La aseguradora interpone demanda contra la compañía fletadora como porteadora o responsable del transporte, fundándose en las anomalías y daños sufridos que las partidas procedentes de uno y otro pesquero presentaban al ser descargadas en el puerto de destino. Además, alega la aseguradora demandante que había satisfecho a sus aseguradas las correspondientes indemnizaciones, quedando de esta manera subrogada en los derechos de estas últimas conforme al artículo 780 CCO. La demandada comparece y contesta a la demanda proponiendo la excepción de sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje y, de forma subsidiaria, la falta de legitimación de la demandante. El Juzgado de Primera Instancia rechaza estas excepciones y estima la demanda, condenando a la demandada al pago de las sumas reclamadas por los daños de las dos partidas.

La demandada interpone recurso de apelación, que fue desestimado por la Audiencia Provincial y se confirma la sentencia de instancia. Por último, recurre en casación, alegando, entre otras cosas, la infracción del artículo 11.1 de la Ley de arbitraje y defendiendo la eficacia de la cláusula de sumisión del litigio a arbitraje en Londres, con aplicación de la ley inglesa. El TS declara haber lugar al recurso y anula la sentencia recurrida. (S. L. M.)

48. Acción de enriquecimiento injusto. Requisitos.—Debido a la falta de regulación legal del enriquecimiento sin causa esta figura ha sido objeto de creación jurisprudencial. La STS de 12 de enero de 1943 —si bien ya en sentencias del siglo anterior se había hecho mención a este principio: SSTS de 21 de enero, 14 de mayo y 24 de mayo de 1867— sentó las bases del denominado enriquecimiento injustificado, configurándolo como un principio general del derecho cuya finalidad no es otra que corregir adjudicaciones patrimoniales antijurídicas, prohibiendo los desplazamientos patrimoniales

carentes de causa –SSTS de 12 de enero de 1943, 25 de enero y 27 de marzo de 1958, 29 de enero y 22 de diciembre de 1962–.

Por lo que respecta a los requisitos que deben concurrir para su ejercicio dice la STS de 12 de julio de 2000, «... nadie puede enriquecerse a costa de otro, creándose en caso de haber llegado a producirse así aquel beneficio, la obligación de restituir o reparar el patrimonio empobrecido por quien, a costa de él, ha enriquecido el suyo y no cabe otro remedio reparador preferente por lo que la acción restauradora basada en la producción de aquél efecto sería subsidiaria de esta otra primaria y habrá de sustentarse en la realidad de los dos presupuestos esenciales ya enunciados –enriquecimiento a costa de un empobrecimiento–, en la falta de causa que los justifique y en la inexistencia de precepto legal que lo imponga, prescindiéndose, en la apreciación de su producción, de todo lo que no sea la realidad del enriquecimiento y su justificante quedándose aquél efecto, cualquiera que sea su origen, carente siempre de causa justificativa».

Diferencias entre las acciones de indemnización de daños y perjuicios y de enriquecimiento injusto.—«No puede hablarse que quien ejercita una acción indemnizatoria de los daños y perjuicios que se le han causado por el actuar negligente o culposo de un tercero, lo haga contraviniendo las exigencias de la buena fe o con exceso de los límites normales en el ejercicio de su derecho, con daño de un tercero. Por otra parte, no existe ninguna relación entre la acción indemnizatoria y la de enriquecimiento injusto, dada su distinta naturaleza y finalidad, reparatoria la de la primera y recuperatoria la segunda, fundada aquélla en la culpa o negligencia, y ésta, la de enriquecimiento, en el mero desplazamiento patrimonial injustificado que no requiere de aquél elemento de culpa (SSTS de 5 de octubre de 1985 y 25 de abril de 2000)». (STS de 21 de febrero de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—El pleito versa sobre las consecuencias jurídicas y económicas de la comercialización por *Denver Ibérica, S. A.* de un expositor –que denomina satélite– consistente en un mástil de tubo extensible para soporte publicitario, cuyo modelo de utilidad fue declarado nulo en dos instancias anteriores.

Con estos antecedentes, don A. C. demanda a *Denver Ibérica, S. A.*, solicitando la condena de la misma a la cesación del acto antijurídico y la indemnización cuya cuantía se determinaría en ejecución de sentencia.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda, declara el cese de la actividad del demandado, debiendo retirar éste los objetos producidos, mástiles, y su entrega al actor. Asimismo, *Denver Ibérica, S. A.*, debe indemnizar al don A. C. por enriquecimiento injusto de los beneficios obtenidos por ésta en la comercialización y distribución de los mástiles, así como por el desprestigio que la invención patentada le haya podido causar.

La Audiencia Provincial de Barcelona estima en parte el recurso de apelación de la empresa infractora, desestimando la apelación adhesiva de don A. C., dejando, además, sin efecto los pronunciamientos de condena referidos a las indemnizaciones a percibir por el actor, es decir, enriquecimiento injusto y desprestigio.

Don A. C. interpone recurso de casación. El TS desestima el mismo.

NOTA.—La desestimación del recurso de casación se sustenta en un motivo de fondo. En caso de competencia desleal la parte actora ha de ejercitar la acción del artículo 18.8 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal, y no aludir de forma genérica al artículo 18 del mencionado texto legal de seis apartados, uno de los cuales corresponde a la acción de resarcimiento de daños y perjuicios. Invoca también en este sentido el artículo 63 de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de patentes, el cual versa sobre acciones de cesación y de daños y perjuicios. Por lo tanto, de estimarse un enriquecimiento injusto se incurriría en una incongruencia *extra petita*.

Además, el mencionado artículo de la Ley de patentes no impone unos efectos económicos de la violación de una patente, de modo automático, sino que se ha de probar su realidad. Con carácter relativo a la propiedad industrial no puede condenarse a un resarcimiento de daños si éstos no se han probado, prueba que incumbe al acreedor reclamante de la indemnización. La declaración y prueba de la existencia de los daños durante la litis no puede ser suplida por la remisión del problema a la fase de ejecución de sentencia. (M. F. N. C.)

49. Acción de responsabilidad civil extracontractual por lesiones. La reserva expresa de la acción civil por parte de la acusación particular impide que el auto desestimatorio de un recurso de queja en el proceso penal surta los efectos de la cosa juzgada con respecto a la responsabilidad extracontractual de las personas no acusadas ni condenadas en dicho proceso.—Semejante planteamiento es del todo inviable y ambos motivos han de ser desestimados por todo un cúmulo de razones:

A) De índole normativa, ya que a la libertad que el párrafo primero del artículo 110 LECr reconoce a los perjudicados para ejercitar las acciones que procedan, «según les convinieren», se une la que para reservarse expresamente la acción civil, a fin de ejercitarla después de terminado el juicio criminal, les reconoce el párrafo primero del artículo 112 de la misma ley, que acaba eliminando cualquier resquicio de duda al disponer, en su artículo 742, que se resolverán en la sentencia todas las cuestiones referentes a la responsabilidad civil «que hayan sido objeto del juicio», lo que claramente significa que quedarán sin resolver las que no hayan sido objeto del proceso penal.

B) De índole jurisprudencial, ya que a la doctrina del TC en su S número 121/1994, amparando a quien promovió un proceso civil tras sentencia penal condenatoria por falta, pero sin pronunciamiento alguno indemnizatorio, se une la jurisprudencia de esta Sala que, de un lado, en el caso de reserva de la acción civil a los perjudicados en la sentencia penal condenatoria, les reconoce plenas facultades para ejercitarla en el proceso civil posterior tanto frente al condenado penalmente como frente a otras personas que hubieran podido contribuir a la causación del daño (SSTS de 13 de junio de 1951, 2 de noviembre de 1960 y 5 de junio de 1978, entre otras muchas), condición difícilmente atribuible a unos autos del Juez de lo Penal y de la correspondiente sección de la Audiencia Provincial, esta última en queja, que se limitaron a pronunciarse sobre una suspensión del acto del juicio oral y sobre práctica de nuevas pruebas y que, por ello, en modo alguno pudieron decidir nada sobre la definitiva exclusión de los hoy recurrentes del círculo de posibles terceros civilmente responsables por más que en dichos autos se añadieran, a los razo-

namientos estrictamente procesales otros relativos a la falta de dependencia entre el Ayuntamiento hoy recurrente y los entonces acusados.

C) Y, por último, relativas a la concreta actuación procesal de la acusación particular en el procedimiento abreviado, ya que a la reserva expresa de la acción civil por las lesiones y secuelas del demandante se une que previamente dicha parte había encabezado su escrito de solicitud de apertura del juicio oral con unas consideraciones tendentes a que se profundizara en la indagación de posibles responsables civiles distintos de los imputados, y todavía volvió a intentarlo una vez abierto el juicio oral y señalada su celebración, de suerte que cualquier reproche de desidia, dejadez o búsqueda de subterfugios en su actuación procesal ante el orden penal carece del menor fundamento.

El plazo de prescripción de la acción de responsabilidad civil extracontractual comienza a computarse desde la fecha de la sentencia firme recaída en el proceso penal en el que se hizo expresa reserva de aquella acción.—Basta sin embargo con recordar lo que dispone el artículo 111 LECr y ponerlo en relación con el artículo 1969 CC para que este motivo caiga por su base, porque la dependencia del proceso penal por los mismos hechos impedía con carácter general, salvo en lo expresamente previsto para las cuestiones prejudiciales, emprender la acción civil separadamente hasta que aquel se resolviera por sentencia firme, lo que a su vez desvirtúa totalmente el intento de situar la fecha inicial del cómputo del plazo de un año en el auto resolutorio del recurso de queja, intento que en gran medida refleja el mismo error de planteamiento del motivo ya examinado, éste de recurso dedicado a la cosa juzgada. En definitiva, dictada la sentencia firme resolutoria del proceso penal con fecha 12 de septiembre de 1994, e interpuesta la demanda civil con fecha 17 de febrero de 1995, es evidente a todas luces que entre una y otra no había mediado el plazo de un año.

No cabe alegar la inexistencia de nexo causal entre la conducta de los recurrentes y el daño cuando éste se produjo en el ámbito empresarial de éstos y a causa de un descuido relacionado con su forma habitual de actuar.—El motivo ha de ser desestimado porque, si bien es cierto que la doctrina de esta Sala admite la revisión casacional del juicio del Tribunal sentenciador sobre el nexo causal y sobre la culpa o negligencia del demandado, no lo es menos que supedita esa revisión a que el recurrente respete por completo las declaraciones puramente de hecho de la sentencia impugnada, esto es, los datos y circunstancias que presidieron la acción u omisión enjuiciada y el resultado producido. Así las cosas, difícilmente cabe aceptar el planteamiento de este motivo en cuanto para el Tribunal sentenciador quedó probado que el quiosco o chiringuito «formaba parte de una explotación familiar hostelera» integrada por padres, los aquí recurrentes, e hijos, codemandados no recurrentes en casación; que el líquido cáustico se encontraba almacenado en el hotel-bar próximo al chiringuito y propiedad del recurrente, de donde se trasladaba al quiosco; que las personas encargadas de trasladarlo de un sitio a otro eran padre e hijo, indistintamente; que los camareros trabajaban indistintamente en uno u otro negocio, habiendo declarado precisamente el camarero que sirvió el líquido que llevaba unos cuatro años trabajando en la empresa *Hotel J...*, siendo el hotel propiedad del hoy recurrente; y que hasta junio de 1992, es decir, hasta después de suceder los hechos, existió una comunidad de bienes integrada por los hoy recurrentes y sus hijos que era la titular de la actividad económica (FJ 3º). Bien claro resulta, pues, que el núcleo del motivo, falta del nexo causal por ser los recurrentes totalmente ajenos al negocio

de explotación del quiosco o chiringuito, adolece manifiestamente del vicio casacional de la petición de principio o hacer supuesto de la cuestión, que consiste en dar por sentada la infracción normativa a partir de hechos distintos de los que la sentencia recurrida declara probados o ignorando pura y simplemente estos hechos; como no menos claro resulta que, respetados estos hechos, ninguna infracción de los artículos 1902 y 1903 CC cabe hallar en la sentencia impugnada, por ser evidente que el daño se causó dentro del ámbito empresarial regido por los recurrentes y a causa de un descuido muy estrechamente enlazado con la forma de almacenamiento del líquido en el hotel-bar, el traslado del mismo líquido al quiosco próximo y su depósito para uso inmediato en botellas de agua mineral que conservaban su etiqueta de origen.

La inexistencia de la póliza de seguro de cuantía indeterminada exigida en el pliego de condiciones de la concesión administrativa del chiringuito no fue causa del daño ni elemento suficiente para declarar la responsabilidad del Ayuntamiento concedente.—Este motivo ha de ser estimado por las siguientes razones: *a)* Los hechos determinantes de la responsabilidad del Ayuntamiento según la demanda eran la falta de póliza de seguro de responsabilidad civil y la solvencia solamente parcial de los condenados penalmente por los mismos hechos, de suerte que nada se alegaba sobre el incumplimiento de su función de policía en materia de seguridad e higiene ni sobre la falta de inspección del quiosco, cuestiones introducidas por la parte actora-recurrida al impugnar el recurso de casación y que, por ser nuevas y no haber sido sometidas a debate en las instancias, no pueden ser tratadas. *b)* Es evidente e indiscutido que en el quiosco o chiringuito donde sucedieron los hechos no se prestaba ningún servicio público ni se ejercía actividad alguna que pudiera guardar relación con servicios a cargo del Ayuntamiento sino que, muy al contrario, se explotaba un negocio de hostelería estrictamente privado o particular. *c)* La adjudicación de la explotación de un quiosco-bar con terraza mediante subasta pública para la temporada de verano a un industrial del ramo de la hostelería no implica, como entiende la sentencia recurrida, que el Ayuntamiento participara de algún modo en los beneficios empresariales, asumiendo así una posición próxima a la del adjudicatario, sino, según se desprende del pliego de condiciones que regían la adjudicación, la mera cesión temporal de un espacio público para el ejercicio de una actividad autónoma hostelera por el adjudicatario, quien, una vez pagado el precio resultante de la subasta, no tenía que hacer partícipe al Ayuntamiento de los beneficios de la explotación. *d)* Resulta, así, que lo que en verdad se está imputando al Ayuntamiento no es una responsabilidad por la causación del daño, sino una responsabilidad por la eventual insolvencia de los verdaderos responsables del daño al no haber cuidado debidamente el cumplimiento de la exigencia contenida en la base 11.ª del pliego de condiciones, consistente en que el adjudicatario acreditase póliza de responsabilidad civil «que asegure los riesgos», línea argumental que quiebra en cuanto se considere que ninguna cobertura mínima se asignaba a la póliza de seguros y que, por tanto, su presentación por el adjudicatario no habría supuesto necesariamente para la parte actora una garantía de cobro de la suma indemnizatoria concretamente fijada por la sentencia recurrida, razón por la cual no puede hacerse civilmente responsable del daño, al faltar el nexo causal entre el descuido de aquél en orden a una de las exigencias que debía cumplir el adjudicatario y el daño cuya indemnización se reclama. (STS de 16 de diciembre de 2002; no ha lugar al primer recurso; ha lugar al segundo.)

HECHOS.—Dos niños de seis años piden agua en la barra de un chiringuito y el camarero, por error, les sirve de una botella con la etiqueta de agua mineral pero llena de detergente para lavavajillas, lo que les causa importantes lesiones a ambos y al padre de la niña que probó el contenido del vaso. En el proceso penal que se siguió por imprudencia temeraria contra los dueños del chiringuito y los camareros que allí servían, éstos fueron condenados, habiéndose reservado la acusación particular la acción civil por la correspondiente responsabilidad extracontractual. En el pleito civil se demanda no sólo a los condenados en el proceso penal, sino a sus padres, dueños del hotel relacionado con el chiringuito, y al Ayuntamiento concedente de la correspondiente concesión administrativa. El Juzgado de Primera Instancia condena a todos los demandados, excepto al Ayuntamiento, al que absuelve, decisión que es revocada por la Sala de apelación. Interpuestos sendos recursos de casación por los dueños del hotel y por el Ayuntamiento, el TS declara no haber lugar al recurso de los primeros y haber lugar al recurso del segundo, por lo que casa la sentencia de instancia confirmando íntegramente la del Juzgado. (*L. F. R. S.*)

50. Responsabilidad extracontractual. Solidaridad impropia.—La doctrina de la Sala 1.^a del TS, en supuestos de responsabilidad de la Administración y de personas físicas o jurídicas privadas, ha admitido la existencia de una solidaridad impropia, por no derivarse de pacto o de disposición legal, siempre que el resultado dañoso sea consecuencia de varias aportaciones causales y no sea posible la determinación de la entidad de las respectivas aportaciones (STS de 7 de noviembre de 2000, y las que en ella se citan).

La fuente de la solidaridad impropia es la sentencia que la establece.—La obligación de responder del daño causado es solidaria por obra de la sentencia que la declara e impone, por tanto, de ninguna manera se puede mantener que la solidaridad es anterior a la sentencia. En otras palabras, la fuente de donde nace esta solidaridad es la sentencia que la reconoce.

Solidaridad impropia e interrupción de la prescripción.—No es posible dar efecto interruptivo de la prescripción a la acción contra uno de los obligados por obra de una demanda de conciliación dirigida exclusivamente contra otros responsables, al ser la fuente de donde nace la solidaridad la sentencia que la establece. (STS de 21 de octubre de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—El 25 de mayo de 1992, don J., conductor al servicio de una entidad mercantil, sirvió grava y arena a don M., con destino a la obra que llevaba éste a cabo en su casa, sita en la carretera que va de Ginés a Valencia en la provincia de Sevilla. Se descargó la grava y la arena sobre las 19 horas, ocupando la misma el acerado y la calzada sin señalización alguna. Sobre las 23 horas del mismo día, el actor colisionó con el montón de grava y arena que se encontraba en la calzada al conducir una motocicleta. Como consecuencia de las lesiones producidas por el accidente, se declaró, por el INSS, la invalidez permanente en grado de incapacidad permanente del actor.

Fueron demandados el Ayuntamiento de Ginés, don M., don J. y la entidad mercantil para la que trabajaba este último, para que

indemnizasen, con carácter solidario, al actor en la cantidad de 60.378.100 pesetas por los daños y perjuicios irrogados. Quedó probado: *a*) que la grava y la arena ocupaban la décima parte aproximada de la calzada; *b*) que la anchura de tal calzada era de 12,80 metros; *c*) que en el momento de la colisión no circulaba vehículo alguno, en ambos sentidos, por dicha calzada; *d*) que la velocidad de la moto era superior a la autorizada para el lugar, y *e*) que el conductor no llevaba puesto el casco protector en el momento del accidente.

El Juzgado desestimó la demanda al apreciar la excepción de falta de reclamación previa en la vía administrativa. La Audiencia revocó la sentencia de primera instancia y, entrando en el fondo, condenó solidariamente al Ayuntamiento (por su falta de vigilancia de la vía pública) y a don M. (por colocar la grava y la arena en parte de esa vía) a pagar al actor 18.113.430 pesetas, al apreciar concurrencia de culpa de la víctima, y por eso modera la indemnización pedida, imputándole un 70 por 100 a la víctima, y un 30 por 100 al Ayuntamiento y a don M. El TS no da lugar al recurso interpuesto por el demandante y acoge en parte el presentado por el Ayuntamiento, al entender que la culpa del actor debe graduarse en un 90 por 100 del total y, en consecuencia, fija la indemnización en 6.378.100 pesetas. (*I. D. L.*)

51. Responsabilidad patrimonial de la Administración Pública.—La Audiencia Provincial sigue una doble línea argumentativa, quizá no con la claridad deseable, pues sostiene que el ensayo de la exhibición que iba a realizarse constituyó una actuación de la Administración como persona jurídico privada, y por otra parte invoca la doctrina sobre la *vis attractiva* de la jurisdicción civil que, «posibilita que ambas acciones, ejercitadas frente a la propia Administración y a las personas intervinientes en la actividad causante del daño, sean acumulables y se desarrollen en la jurisdicción civil», doctrina propia de los casos en que la Administración no actúa en relaciones de Derecho privado. En el caso habrá de estarse a la doctrina jurisprudencial consolidada sobre la *vis attractiva*, de la que son muestra, como más recientes, las SSTs de 28 de diciembre de 1998 y de 7 marzo de 2002, ya que la Administración no actuó en una relación de Derecho privado.

Responsabilidad extracontractual. Teoría del riesgo e inversión de la carga de la prueba.—La Audiencia argumenta muy razonablemente teniendo en cuenta «la descoordinación que se produjo entre el piloto y el copiloto que elevaron el helicóptero antes de que el demandante se hubiera soltado, y que sin dicha descoordinación no se hubiera producido el suceso lesivo», cuando deberían «haber extremado el cuidado y la prudencia en evitación del resultado lesivo», sin que, en definitiva, «los demandados hayan acreditado lo conducente para eximirse de responsabilidad conforme a las exigencias de la teoría del riesgo con inversión de la carga de la prueba», frente a todo lo cual no resulta convincente lo alegado por el demandado, en el sentido de que el «accidente se produjo con la intervención directa del lesionado», pues, independientemente de las causas por las que el perjudicado no pudiera desasirse más rápidamente de la cuerda de descenso, lo incuestionable es que se elevó el helicóptero y se soltó la cuerda sin cerciorarse los pilotos de que aquél ya no pendía de ésta, lo cual configura el elemento de culpabilidad

determinante de la aplicación del artículo 1902. (STS de 15 de octubre de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Con ocasión de prepararse un ejercicio de descenso en *rappel* desde un helicóptero, que iba a llevarse a cabo en la Plaza de España de Sevilla con ocasión de celebrarse el Día de la Policía Nacional, el actor, que participaba en la exhibición, sufrió graves daños, a consecuencia de elevarse el helicóptero antes de soltarse el agente de la cuerda que lo sostenía. El perjudicado demandó tanto al piloto y copiloto del aparato como a la Administración del Estado, solicitando la condena solidaria de todos ellos. Los demandados opusieron la falta de jurisdicción y la culpa de la víctima. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y condenó a los demandados. La Audiencia Provincial de Sevilla desestimó los recursos de apelación planteados. El TS no dio lugar a los recursos de casación interpuestos por los demandados. (L. A. G. D.)

52. Culpa extracontractual: lesiones causadas a niña pequeña que se columpia sobre cadena que cierra finca privada: rotura de pilastras: concurrencia de causas.—Se declara probado que las pilastras construidas por el demandado para cerrar su finca, no reunían unas mínimas condiciones de seguridad, cuando se trataba de unas construcciones que debían haber sido erigidas adoptando especiales medidas para tal fin; el incumplimiento de tal deber motivó que el empleo como columpio por parte de unas niñas de la cadena tendida entre aquéllas, originase la caída de una de éstas, causando lesiones graves a la hija del actor. Se estima la concurrencia de causas, y no compensación, pues nada se compensa, ni las culpas, pues no cabe pensar en la culpabilidad de una niña pequeña, sino que la actuación de ésta concurre con la del demandado en la producción del daño. La pilastra cayó porque la niña se columpiaba en la cadena, pero ello no significa que la pilastra se derrumbó exclusivamente por esto, sino que, como no estaba bien construida, la leve tensión creada entre las pilastras por el juego de la niña al columpiarse, fue lo que desencadenó el trágico final. Ha quedado acreditado el nexo causal entre la actuación del demandado, y el daño, en lo que está inmersa la culpabilidad; no se ha acreditado que la lesión se debió a la causa exclusiva de la víctima, ni tampoco al caso fortuito.

Presunción de inocencia.—Este principio se aplica no sólo en el ámbito del Derecho penal sino en todo campo del Derecho en que se contengan normas punitivas o sancionadoras, pero no cuando se trata de una cuestión de acreedor y deudor — y no de culpable o inocente—, es decir de una obligación nacida, en este caso, de acto negligente (STS de 19 de junio de 1997); doctrina que se reitera en STS de 12 de junio de 1998, en un caso de responsabilidad aquiliana, que dice: La presunción de inocencia no es aplicable al caso de la culpa extracontractual, habiendo de referirse en todo caso a normas represivas, punitivas o sancionadoras, cuyo carácter no tienen los artículos 1902 y 1903 CC, pues la indemnización que contemplan es de significación reparadora o de compensación, para conseguir que el patrimonio de la víctima quede en situación equivalente al que tenía antes de sufrirlo.

El recurso de casación no puede basarse en la alegación de preceptos reglamentarios.—La tarea casacional va vinculada a la observancia y vigilan-

cia del cumplimiento de las leyes o normas esenciales del Poder legislativo o similares, pero no a las disposiciones emanadas del Ejecutivo en uso de su potestad reglamentaria (STS de 22 de abril de 2002); en el presente caso no puede estimarse la infracción de la Orden del Ministerio de Obras Públicas de 15 julio 1988, pues es doctrina reiterada que no cabe en casación, en el orden jurisdiccional civil y ante esta Sala 1.^a, la alegación de preceptos reglamentarios; la posibilidad de invocar otras disposiciones de rango inferior a la ley o de naturaleza no civil, queda reducida a los casos en que tales normas tengan una ley civil como cobertura, o sean complementarias, o estén íntimamente relacionadas (SSTS de 25 y 29 de octubre y 26 de noviembre de 1990, 8 y 10 de junio y 10 y 19 de julio, y 31 de diciembre de 1991).

Cuestión nueva.—No se pueden plantear cuestiones nuevas en casación, ya que se atentaría al principio de defensa y contradicción, al ser temas de los que la parte contraria no pudo defenderse, al no ser alegados en la instancia.

Motivación de las sentencias.—Según la doctrina del TC que ha mantenido reiteradamente el TS, lo que el artículo 120.3 CE exige es que las sentencias han de ser siempre motivadas, y se cumple dicho mandato si se lleva a cabo explicación adecuada, dentro de la lógica jurídica y razonar pertinente, de la *ratio decidendi* que determina el fallo, por lo que se da suficiente motivación cuando la decisión judicial viene precedida y apoyada en razones que permiten conocer cuáles han sido los criterios esenciales que la fundamentaron, no siendo precisa, ni exigente, la cita de los artículos aplicados (STS de 8 julio 2002, que reitera otras anteriores). (STS de 13 de febrero de 2003; no ha lugar.)

NOTA.—El demandado construyó por sí mismo unas pilastras, a las que unió con una cadena para cerrar la entrada de su finca y como modo de acceso a la misma, situada a escasos centímetros de un camino público. No se explica el material de que estaban construidas las pilastras (¿ladrillo revestido de cemento?, ¿meras piedras superpuestas? ¿simples estructuras metálicas?), ni la naturaleza, rústica o urbana, de la finca cuyo acceso quería impedirse (de ser rústica le amparaba expresamente el art. 388 CC). El hecho desencadenante fue que unos niños emplearon como columpio la cadena tendida entre ambas pilastras, y, en el momento en que se columpiaba la hija de los actores, la pilastra se derrumba y cae sobre la menor causándola lesiones graves. Ahora bien no se describen estas últimas (la Audiencia Provincial redujo la indemnización de 20 a 12 millones pesetas, aproximadamente), ni tampoco el tiempo que hacía que la cadena había sido colocada, ni si el lugar estaba próximo a viviendas, ni si era frecuente que los niños jugasen allí, ni si la víctima habitaba en sus cercanías, ni si pudo ocurrir que los propios niños hubiesen manipulado las pilastras favoreciendo su ulterior caída. Tampoco se aclara si, en razón a la edad de la menor (se la califica de *niña pequeña*), era prudente y razonable que estuviera sola, en el momento del accidente, bajo la vigilancia de una persona mayor. En resumen: la condena del dueño de la finca parece fundamentarse en una previa actuación *artesana* y, más bien, *chapucera* en relación con el cierre de la finca de su propiedad, sin que la prueba haya sido, a mi juicio, exhaustiva, ni sobre las circunstancias del hecho, ni sobre la culpabilidad del demandado. Se está, a mi juicio, ante un supuesto de aplicación pura y simple del artículo 1902 CC, sin que se trate de hechos que se estén reiterando en la vida actual, ni

parece haber haber razones para invertir la carga de la prueba o aplicar la doctrina del riesgo. (G. G. C.)

53. Culpa extracontractual: accidente que sufre un joven de 19 años que trepa por torre de alta tensión y cae al suelo: secuelas irreversibles: culpa exclusiva de la víctima: doctrina general.—La responsabilidad civil extracontractual reclamada por el joven de 19 años que cayó al trepar por una torre de alta tensión de unos 17 metros, y por sus padres conjuntamente, queda excluida, porque concurre un supuesto de culpa exclusiva de la víctima. Esta apreciación es acertada por ajustarse plenamente a las circunstancias del caso, pues la conducta irreflexiva del joven ha sido la causa única, es decir, la determinante en exclusiva del evento. La situación de *culpa exclusiva* se produce no solamente cuando la culpa de la víctima es total (STS de 9 de julio de 1999), o el único fundamento del resultado (STS de 31 de enero de 1989), sino también cuando dándose una circunstancia concurrente existe una gran desproporción, o la actuación de la víctima es de tal gravedad que anula o absorbe aquélla (SSTS de 7 de enero de 1992, *a contrario sensu*; 3 de abril de 1998 y 15 de julio de 2000). Las omisiones atribuidas aquí a las entidades demandadas, o son irrelevantes, o carecen de entidad respecto de la conducta desplegada por el accidentado, sin que en absoluto se comprendan en lo que debe preverse —riesgo potencial— en relación con el discurrir normal de los acontecimientos; no han preparado, condicionado o determinado el acontecimiento producido.

Inaplicabilidad de la responsabilidad por riesgo.—Esta doctrina jurisprudencial requiere que el daño derive de una actividad peligrosa que implique un riesgo considerablemente anormal en relación con los estándares medios (SSTS de 20 de marzo de 1996, 23 de diciembre de 1997, 2 de marzo de 2000 y 6 de noviembre de 2002), lo que no ocurre en el caso, porque la creación del riesgo ha de determinarse en relación con el supuesto que integra la *causa petendi*; en todo caso la teoría del riesgo no es aplicable en los supuestos de existencia de culpa exclusiva de la víctima (SSTS de 18 de abril de 1985, 11 de febrero de 1992 y 26 de mayo de 2000). No resulta tampoco aplicable la doctrina de la STS de 21 de noviembre de 1995 por diversidad de supuesto de hecho (peón agrícola que sufre accidente al producirse un contacto entre los aparatos de riego por aspersión que manejaba y la conducción eléctrica). (STS de 24 de enero de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—La víctima se encontraba en una fiesta organizada por los alumnos de Bachillerato de T., que se celebraba en los bajos de la iglesia parroquial, cedidos para la ocasión por el párroco; y siendo las 1,20 horas, con la euforia de la bebida, la víctima trepó por la torre eléctrica colindante con el terreno en que se encuentra la iglesia, y a pesar de que varios asistentes a la fiesta le gritaban para que desistiera de su actitud, siguió subiendo hasta tocar alguno de los conductores situados a 16,35 metros de la base, o hasta acercarse a ellos a una distancia inferior a los 23 centímetros cayendo al vacío. Como secuela del accidente padece una tetraparesia espástica que le produce un grado de minusvalía del 83 por 100, percibiendo una pensión de 747.180 pesetas anuales, no necesitando la ayuda de otra persona para la totalidad de sus actividades diarias. La torre es propiedad de *Hidroeléctrica del Cantábrico*, teniendo

aseguradas sus responsabilidades civiles, dispone de placa indicadora de peligro, así como un dispositivo de protección, aunque no tiene dispositivo antiescalo. El Juzgado de Primera Instancia apreció concurrencia de culpas, fijando en el 10 por 100 la atribuida a la empresa eléctrica. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación y declaró la culpa exclusiva de la víctima.

NOTA.—Parece que estamos en presencia de un supuesto más de la *fiebre reclamatoria* que últimamente aqueja a nuestra sociedad, ciertamente cada vez más concienciada de sus derechos, lo que en sí es bueno, pero no cuando se extralimita y exagera, como es el caso. Al leer el relato fáctico del FD 1.º la inicial conclusión es *sibi imputet*, lo que se ratifica ulteriormente al comprobar que la demanda se dirige, además, contra el Ayuntamiento, por incumplir su deber de seguridad de los ciudadanos, y frente al Arzobispado, ¡por permitir fiestas nocturnas en los locales de la parroquia!

La posible responsabilidad de la empresa propietaria de la torre eléctrica de alta tensión constituye, sin duda, el tema central, respecto del cual habían discrepado —aunque levemente— las sentencias de instancia, pues el Juzgado de Primera Instancia había valorado en una décima parte la cuantía de la responsabilidad imputable a la empresa hidroeléctrica, mientras que la Audiencia Provincial absolvió a todos los demandados, basándose en que a ningún riesgo ineludible se sometió a la víctima, a la sazón de 19 años de edad, que se encuentra ante una torre eléctrica de unos 17 metros de altura, señalizada convenientemente por el indicativo de alta tensión, y que asume de manera voluntaria y consciente un riesgo que conoce y el peligro de subirse por ella, desoyendo las indicaciones de quienes le acompañan y presencian la acción; en este caso la previsibilidad acerca de las medidas más elementales para protegerse del daño había de tenerla preferentemente dicha persona y no la empresa demandada, dentro de una valoración ponderada y lógica de las circunstancias concurrentes. Probablemente desbordaba del caso concreto la consideración de si las torres de alta tensión debían o no ubicarse en el centro de las poblaciones; de haberse planteado el tema, ello hubiera obligado, en el supuesto a revisar si, en su momento, la autorización administrativa para su instalación había sido correcta, o no (sin olvidar que al tiempo de conceder aquélla pudo muy bien no existir razones en contra, y producirse éstas más tarde). Si el hecho hubiera ocurrido a plena luz del día y si la víctima hubiera sido un menor de 5 ó 6 años, o un deficiente (aunque en el caso parece probado que la víctima tenía, de hecho, en el momento de realizar la ascensión a la torre, disminuidas sus facultades mentales por la ingesta de bebidas alcohólicas), la solución acaso hubiera sido otra. No cabe duda, por otra parte, que los mecanismos antiescalo otorgan mayor seguridad a los ciudadanos, si bien no consta de su obligatoriedad. Teniendo en cuanto todas las circunstancias concurrentes hay que considerar, sin embargo, equitativa y razonable, la sentencia absolutoria. (G. G. C.)

54. Responsabilidad extracontractual por los daños causados por una explosión debida a un escape de gas. No es ilógica la valoración de la

prueba practicada por la Sala, de la que se deduce la culpa del usuario que manipuló indebidamente la instalación del gas.—Por tanto, si el escape fue debido a las deficiencias de la nueva instalación del sistema de calefacción tras su cambio de lugar, por algún fallo en la conexión de las tuberías hacia la caldera, por defecto de las soldaduras o su mala calidad, o bien fuera debido a la circunstancia de no haberse anulado debidamente la llave o conducto de gas a la cocina tras cambiar ésta por una eléctrica (en el supuesto de que realmente no se hubiera anulado), a más de la imprudencia que tan deficientes obras ya de por sí suponían, todo ello implica la materialización de la culpa, al omitir el deber de cuidado que obligaba al recurrente a título personal y que le venía impuesto en virtud del artículo 97.7 del Reglamento General del Servicio Público de Combustibles de 26 de octubre de 1973, que dispone que corresponde a los usuarios el mantener en perfecto estado de conservación las instalaciones a partir del contador, lo que se reitera en el contrato de suministro de propano concertado con la comunidad de vecinos a la que pertenecía el piso del recurrente, al establecer que el usuario queda advertido y se compromete a mantener las instalaciones para alimentación y consumo de gas en perfectas condiciones técnicas y de seguridad, siendo el usuario responsable de cualquier daño o accidente que pudiera producirse por deficiencias de las mismas o por causas imputables a él o a su personal.

En la sentencia impugnada, que asume toda la jurisdicción sobre todos los extremos de la cuestión litigiosa, no altera en ningún momento los términos de la contradicción entre las demandas y la contestación, al estimar el recurso interpuesto por la representación de don C. C. S. y doña G. S. P. y tener en cuenta que el recurrente en forma alguna ha probado que el escape de gas se debiera a fuerza mayor o causa fortuita o que actuara en todo momento con la prudencia, diligencia o cuidado, tanto de instalación, como el uso y consumo del gas propano, es más, ni siquiera lo intentó probar en el procedimiento civil, donde se limitó a proponer como pruebas la unión en cuerda floja de las diligencias previas instruidas por el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Tarancón.

Es cierto que la doctrina jurisprudencial de la responsabilidad por culpa ha experimentado una considerable evolución, lo que no empece la apreciación de la culpa del recurrente, perfectamente acreditada en la sentencia de instancia.—Atendidos los términos del artículo 1902 CC y la línea de la tradición jurídica española, nuestra jurisprudencia permanece teóricamente fiel a la doctrina de la culpa, considerando a ésta elemento justificativo de la responsabilidad civil (al menos en los supuestos puros de responsabilidad por actos propios), sin embargo, las soluciones prácticas que se perciben en los fallos, es decir, la forma en que realmente se interpretan los hechos en la sentencia denuncian una evidente tendencia tuitiva a favor de las víctimas a costa de un innegable oscurecimiento del elemento culpa, pues, o se hace recaer sobre el presunto responsable la prueba de que no fue la culpa de su negligencia la causante del resultado dañoso en que se basa la reclamación promovida contra él o se parte de la afirmación teórica de que la culpa se presume. Si, como ocurre también, se identifica la negligencia no con un cuidado normal, sino con una exquisita previsión de todos los posibles efectos de cada acto y de cada movimiento, llegamos a la conclusión de que los postulados clásicos han experimentado, de hecho, una vigorosa conmoción.

Esta evolución jurisprudencial se subraya a efectos de señalar el marco referencial en el que opera la exigencia de responsabilidad civil extracontrac-

tual. Pero, también hay que subrayar que el elemento de culpa atribuible al recurrente ha quedado de forma terminante y prolija acreditado en la sentencia impugnada, que casacionalmente no puede alterarse, como se ha expuesto en el fundamento jurídico anterior.

No falta el enlace lógico entre el hecho base y el resultado deducido del mismo.—El motivo no puede ser atendido, pues la relación causal, cuestión de hecho, ha quedado debidamente acreditada en la forma en que se ha expuesto para desestimar el recurso formulado por el demandado condenado.

La sentencia de la Audiencia establece que ha quedado acreditado que el escape de gas se produjo en el interior de la vivienda, sin que quepa pensar en dato alguno que suponga una etiología extraña, de lo que cabe deducir la omisión por parte del dueño de dicho local de las medidas necesarias para prevenir el evento, omisión o falta de precaución que por incidir en el presupuesto de la culpa permite declarar la responsabilidad.

No puede declararse responsable solidaria a la empresa suministradora que no comete ningún género de negligencia.—A los efectos de desestimar el motivo, no puede discutirse el acreditamiento y afirmación de la sentencia impugnada, en el sentido de que la responsabilidad sobre las instalaciones, en virtud del Reglamento de 26 de octubre de 1973, artículo 27.5.4, queda referida a la conservación de las mismas hasta la llave de entrada del inmueble; y, como se expone en la sentencia, los peritos que examinaron las instalaciones exteriores tras el accidente manifestaron que se encontraban en perfecto estado, excluyendo totalmente su intervención en el siniestro.

Por todo ello no puede admitirse que *Repsol Butano, S. A.*, incumpliera el deber de diligencia que le incumbía respecto a las instalaciones de los aparatos de consumo, ni que el siniestro tuviera su origen o fuera debido a conducta negligente de dicha empresa, pues entre su proceder legalmente correcto y el siniestro no existe relación alguna de causalidad; sin que esta apreciación de hecho de la Audiencia pueda ser alterada casacionalmente por ilógica, irracional o absurda.

La compañía aseguradora de la suministradora del gas no tiene obligación de indemnizar en términos diferentes de los expresados en las condiciones especiales de la póliza y, más aún, teniendo en cuenta la exoneración de responsabilidad de la tomadora del seguro.—Si bien es cierto que el citado precepto de la Ley de contrato de seguro establece que el perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar, sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado, en el caso de que sea debido a conducta de éste, el daño o el perjuicio causado a terceros, no puede admitirse que sea de aplicación al caso, toda vez que se ha eximido de responsabilidad extracontractual al asegurado *Repsol Butano, S. A.*, por las razones expuestas en el fundamento jurídico anterior, por lo que el motivo tiene que ser desechado, sin perjuicio de la condena que hace la sentencia recurrida contra *La Unión y El Fénix Español* únicamente hasta la cobertura de la póliza del seguro y con el carácter subsidiario establecido en la condición especial 9.ª de dicha cobertura; caso de insuficiencia de ésta, dentro de la misma se harán efectivas las indemnizaciones proporcionalmente a las asignadas a cada perjudicado, determinándose en ejecución de sentencia lo que a cada uno corresponda.

Tampoco es responsable la empresa encargada del mantenimiento e inspección de la instalación, sino sólo el propietario del piso que la manipuló.—El motivo no puede ser tenido en cuenta, pues en la sentencia de la

Audiencia de Cuenca se establece que en los presentes procedimientos acumulados se ejercitan las acciones derivadas de culpa extracontractual y no de la contractual, procedente de la relación de la comunidad con *Gas Cuenca, S. L.*, con el añadido de que conforme a lo expuesto en la misma y en esta sentencia, la única instalación que podía considerarse en mal estado era la situada en el interior del piso primero letra A, y ello debido únicamente a las obras que incorrectamente se habían hecho unos seis meses antes del siniestro, por voluntad de su propietario condenado, a través de persona no técnica en materia de gas y sin conocimiento anterior ni posterior de *Gas Cuenca, S. L.*, que nada tuvo que ver con ellas. Añadiendo que aun en la hipótesis de que esta entidad estuviera obligada a hacer inspecciones de la instalación del interior de la vivienda, difícilmente las hubiera podido practicar habida cuenta de que, como declaró el propietario ante el Juzgado del 17 de mayo de 1991, dicha vivienda sólo la había habitado durante el mes anterior al siniestro, por lo que si el escape de gas se produjo a través de esa defectuosa instalación, en virtud de lo dispuesto en la condición 11.ª del contrato, la responsabilidad correspondía al titular del piso y por él debía ser asumida íntegramente.

No existen «concausas» del resultado dañoso.—La concurrencia de «concausas» no puede admitirse cuando no se ha admitido otra causa que la modificación de las instalaciones de gas del piso primero letra A efectuadas por su propietario, sin conocimiento ni intervención de *Gas Cuenca, S. L.*, y *Repsol Butano, S. A.*

El recurso de casación no puede formularse al amparo de disposiciones administrativas de carácter reglamentario.—El recurso de casación no puede formularse al amparo de disposiciones administrativas de carácter reglamentario. Por otra parte, el motivo tiene que ser desestimado por las razones expuestas en el FJ 5.º de esta sentencia.

El recurso de casación no puede fundarse exclusivamente en preceptos genéricos como el artículo 1258 CC.—El motivo tiene que ser desechado por las razones expuestas en el FJ 7.º de esta resolución. Subrayando que el artículo 1258 CC tiene un carácter genérico, lo que exige para ser casacionalmente tenido en cuenta, que sea armonizado con otros preceptos más específicos para cada supuesto y que la acción ejercitada estaba fundada en la culpa extracontractual y no en la contractual.

La culpa exclusiva del propietario del piso donde se produjo el siniestro excluye la responsabilidad por los daños derivados del consumo de bienes y utilización de productos prevista en los artículos 25, 27 y 28 LGDCU.—El segundo motivo se formula al amparo del artículo 1692.4.º LEC, por infracción, por interpretación errónea de los artículos 25, 27 y 28 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, sobre defensa de los derechos de los consumidores y usuarios, los cuales establecen los derechos a ser indemnizados por los daños derivados del consumo de bienes y utilización de productos, fijándose la responsabilidad solidaria y estableciéndose la responsabilidad objetiva de todos cuantos intervienen en el proceso de producción y distribución hasta llegar el producto al consumidor o usuario.

Toda la argumentación que ha desarrollado esta resolución, al objeto de establecer un principio de culpa en la conducta del propietario del piso donde se produjo la explosión, y el nexo causal de la misma con los resultados dañosos y de muerte producidos, descartan cualquier intervención en la conducta, en la causa y en el resultado, del simple hecho del consumo o utilización de los servicios o productos, por lo que al no haberse acreditado ni

aceptado esta última circunstancia, no puede estimarse vulnerada la ley que se invoca en este motivo, y su inaplicación lleva consigo la desestimación del mismo. (STS de 23 de enero de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—El propietario de un piso efectuó obras en la cocina del mismo, manipulando para ello la instalación del gas, sin que la obra se efectuara por personal autorizado y sin conocimiento de las compañías encargadas del suministro y de la conservación de las conducciones. Poco después se produjo en la vivienda una explosión causada por un escape de gas que provocó la muerte de un vecino y diversos daños materiales en las viviendas de otros. Interpuestas las correspondientes demandas por todos los damnificados contra el propietario del piso, las empresas suministradora y encargada de la conservación de la instalación de gas y la aseguradora de la primera, el Juzgado de Primera Instancia desestimó íntegramente las demandas. La Audiencia Provincial revocó la sentencia, acogiendo las parcialmente y condenando al propietario del piso y a la compañía aseguradora hasta el límite de la cobertura pactada en la póliza y con carácter subsidiario. Interpuestos hasta cuatro recursos de casación, el TS declara no haber lugar a ninguno de ellos. (L. F. R. S.)

55. Responsabilidad civil extracontractual por accidente laboral. La reclamación extrajudicial efectuada mediante telegrama interrumpe la prescripción de la acción.—El motivo ha de ser desestimado, ya que de acuerdo a la doctrina de esta Sala, atribuye plena efectividad a la reclamación extrajudicial, practicada personalmente o por vía epistolar o telegráfica debidamente acreditada, incluso valiéndose de representante o mandatario aunque sea verbal, según se recoge en la S de 22 de septiembre de 1984 y la que en ellas se cita. Al respecto, en este caso la interrupción de la prescripción se ha debido, en primer lugar, a la reclamación telegráfica acreditada por el documento, consistente en la copia resguardo del telegrama que fue remitido a la *Compañía Construcciones Alpi, S. A.*, y, aunque el documento no pueda calificarse de un documento público de fuerza probatoria, se trata de un documento oficial de los comprendidos en el núm. 3 del artículo 596 LEC, que, sin duda alguna, prueba que en esa fecha fue expedido el mismo, y el Tribunal de instancia no erró al sostener que el mismo había interrumpido la prescripción.

Basta la recepción del telegrama para producir la prescripción sin que sea además necesario que su contenido llegue a conocimiento efectivo del destinatario.—El motivo ha de ser desestimado, porque de acuerdo a la sentencia citada por la parte recurrente, de 24 de diciembre de 1994, que precisamente revocó la sentencia de la Audiencia, que había estimado la prescripción de la acción; revocación que tuvo por fundamento la distinción entre el conocimiento de la reclamación, de la recepción del documento en que tal reclamación se hace (párrafo segundo del fundamento segundo de la sentencia invocada), entendiéndose que no es necesario para que se produzca el efecto receptivo de la declaración unilateral de voluntad, que el sujeto a quien va dirigida llegue efectivamente a conocer la reclamación, siendo bastante a los indicados efectos la recepción del documento en la que se hace. Siendo la recepción una cuestión de hecho, que no solamente se acredita por

la certificación de la oficina de Telégrafos, sino que puede hacerse por otras pruebas, cuya apreciación compete a los tribunales de instancia, y que en este caso han tenido los juzgadores de instancia, por acreditada esa recepción, por el hecho de no haberse devuelto el telegrama a su remitente, por consiguiente ha de ser desestimado este motivo.

La prescripción no se funda en criterios de justicia intrínseca, sino en el principio de seguridad jurídica.—Hay que tener en cuenta, como se recoge en la S de 30 de septiembre de 1993, que «por ser la prescripción un instituto no fundado en la justicia intrínseca sino en el principio de seguridad jurídica a fin de evitar en la medida de lo posible el ejercicio tardío de los derechos (SS de 7 de enero de 1881, 30 de septiembre de 1986, 20 de octubre de 1988, y las en ella citadas, y de 14 de octubre de 1991), debe ser aplicada con espíritu restrictivo, de tal forma que cuando se ponga de relieve un simple atisbo de *animus conservandi* en quien la misma se pretende aplicar, habrá de entenderse interrumpido el plazo de prescripción (*vid.* SS de 18 de septiembre de 1987 y las en ella citadas)».

No cabe atribuir la causación del accidente a la culpa de la víctima, sino a la negligencia del trabajador, que mantenía con la empresa declarada responsable el vínculo de dependencia preciso para que ésta responda en virtud del artículo 1903 CC.—El motivo ha de ser desestimado en cuanto que en la redacción (*sic*) de hechos probados de la sentencia de la Audiencia parece claro, desmontando las alegaciones de los demandados sobre la forma de producirse el accidente, que habían sostenido, que el capataz estaba situado en un montículo de tierra y de espaldas a la cabina de la retroexcavadora, por lo que no podía ver los movimientos de la máquina, que le alcanzó, al perder el equilibrio el demandante, y caer en el campo de acción de la retroexcavadora ya en marcha; por el contrario, entiende la sentencia recurrida que está acreditado, que el capataz: «cuando terminó de hablar con el maquinista, éste puso en marcha la retroexcavadora sin percatarse de que aquél todavía (*sic*) en su radio de acción», por lo que concluye, que no cabe atribuir el accidente al resbalón, cuando se hallaba situado en los montículos de tierra extraída, deducción a la que ha llegado el Tribunal de apelación después de un meticuloso estudio de la prueba practicada, según consta en párrafo segundo del FD 4.º de la resolución impugnada, hechos estos que no han sido desvirtuados en el recurso, y que no son tenidos en cuenta por la parte recurrente, al fundamentar el motivo al pretender achacar, a la conducta negligente del capataz y víctima del accidente, la producción del mismo, en oposición a lo mantenido en la sentencia recurrida que hace estribar el mismo en la culpa del conductor de la máquina, que después de haber tenido a su lado al capataz pone en marcha la misma sin preocuparse de que aquél se pueda encontrar en la inmediación de la misma, esto es, obrando sin la diligencia debida, y más que siendo los espejos retrovisores desmontables no los llevaba puestos la retroexcavadora, lo que le obligaba a extremar la precaución al maquinista; pues si bien al capataz le corresponde dirigir la marcha de la obra, es competencia del maquinista el manejo de la retroexcavadora, máquina que por su volumen, peso y fuerza engendra riesgo evidente.

Por otra parte, se da la dependencia directa del trabajador imprudente y la entidad recurrente, porque la relación que se da entre ésta y la propietaria de la máquina no es debida a un subcontrato de obra, sino pura y simplemente a un arrendamiento de servicio, en virtud del cual se incorpora a la máquina y a su conductor a la realización de la obra llevada a cabo por *Construcciones*

Alpi, S. A., bajo su dirección y responsabilidad, que es la que lleva a efecto el dragado y limpieza del cauce del río Segura en el lugar donde se produjo el accidente, por lo que no hay duda que se da la subordinación del maquinista, exigida en el artículo 1903 CC, para llevar a efecto la indemnización que se reclama.

La moderna doctrina jurisprudencial estima que deben abonarse los intereses moratorios de la cantidad determinada en la sentencia, aunque sea menor que la reclamada.—El Tribunal de instancia ha seguido el criterio establecido en la S de 3 de abril de 1998, y las de fecha más antigua, que en ellas se cita, en la que se establece que para fijar los intereses moratorios «se había exigido que estuvieran predeterminadas exactamente (la cantidad) o pendientes de una simple operación aritmética según el brocardo *in illiquidis non fit mora* (así SS de 12 de julio de 1988 y 19 de mayo de 1991), pero actualmente se entiende que deben abonarse los intereses de la cantidad que determina la sentencia aunque sea menor de la reclamada (así, SS de 17 de febrero, 18 de febrero, 21 de marzo de 1994 y 7 de junio de 1994 y 1 de abril de 1997). Argumentaciones estas que se repiten en sentencias posteriores, como la de 11 de noviembre de 1999, en la que se sostiene como doctrina de esta Sala «que, atenuando el automatismo del principio *in illiquidis non fit mora*, viene declarando la procedencia de dichos intereses en aquellos supuestos, como el presente, en los que la cantidad que otorga la sentencia resultaba efectivamente debida al tiempo de requerimiento de su pago, porque los referidos intereses actúan a medio de sanción al deudor moroso, renuente al pago y la protección judicial del acreedor debe ser completa de sus derechos». Jurisprudencia que, aunque no invocada por la resolución recurrida, sirve de fundamento al fallo recurrido, por lo que procede desestimar este último motivo. (STS de 16 de enero de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—El trabajador de una empresa, capataz de obras, es atropellado por una máquina retroexcavadora que prestaba sus servicios para la propia empresa. El trabajador accidentado solicita una indemnización por los daños y perjuicios sufridos, demandando tanto al conductor de la máquina como a la empresa para la que trabajaban ambos, como a la empresa aseguradora de esta última. La sentencia de primera instancia los condenó a todos ellos a pagar la correspondiente indemnización, decisión que fue matizada por la Audiencia Provincial en el sentido de limitar la responsabilidad de la aseguradora a 5.000.000 de pesetas, máximo de la responsabilidad cubierta por la póliza. Recurrida en casación la sentencia por la empresa para la que trabajaba el demandante, el TS declara no haber lugar al recurso. (L. F. R. S.)

56. Responsabilidad civil extracontractual por accidente de un alumno en el centro docente. No es incongruente la sentencia que condena a la aseguradora de la profesora demandada absuelta y del Ministerio de Educación condenado, pues la responsabilidad civil es solidaria.—Se denuncia esa incongruencia, porque se absolvió a la profesora codemandada por falta de culpabilidad, y que, en cambio, ésta se imputa al centro educacional y a otro profesor que no fueron demandados, por lo que inexistente esa responsabilidad e indefensión de la aseguradora, lo que se recha-

za, no sólo porque la responsabilidad que se imputa a los condenados es solidaria, sino, porque, como incluso reconoce el motivo, los citados culpables que no fueron demandados también «estaban asegurados en la póliza de responsabilidad civil», cuya cobertura del riesgo es bien expresiva al decirse en el FJ 6.º de la Sala «... el presente seguro otorga cobertura a las responsabilidades civiles de todo el personal dependiente del Ministerio de Educación y Ciencia en los centros públicos radicados tanto en el territorio español como en el extranjero de los niveles de... Bachillerato, ... y también al profesorado en sus funciones docentes, de administración y dirección y al personal no docente en las que le sean propias; por consiguiente, concurren todas las circunstancias para que prospere la acción directa y no se está en el caso contemplado por la STS de 30 de diciembre de 1995, que se citó en el acto de la vista del recurso, pues si se absolvió a la Compañía aseguradora en una acción directa fue por que la persona responsable del siniestro no estaba cubierta por el seguro de responsabilidad civil y el TS casó la sentencia de instancia por que en estas circunstancias había condenado a la aseguradora»; luego, es inexacta la indefensión alegada, ya que, desde el principio se demanda al personal docente del centro, siendo pues la absolución de la profesora demandada una eventualidad sólo acaecida *ex post* de la intervención y defensa procesal de la recurrente, además de que también fue demandado el Ministerio de Educación y Ciencia y declarado responsable por depender del mismo el referido Centro –cuya absolución por falta de personalidad jurídica no se cuestiona–, todo lo cual confluye en la inexistencia del vicio denunciado.

La compañía aseguradora del riesgo de accidentes en un centro de enseñanza responde de los daños imputables a cualquiera de sus asegurados, aunque no haya sido demandado específicamente el responsable.—De nuevo se viene a reproducir en sustancia la denuncia de los motivos anteriores, por cuanto se esgrime la condena indebida de la recurrente pese a haberse absuelto a la única asegurada demandada, por lo que se reitera que la transcrita cobertura de la póliza y el juego de los preceptos que se aducen confirman que, en todo caso, el alcance de esa órbita de asegurados denota que el siniestro, al haberse imputado su relación causal a los incluidos en la misma, pese a no haber sido demandados, explica el cabal juego de la cobertura aseguradora y la responsabilidad correspondiente de la recurrente, cuyo fundamento, se repite, en el caso de autos, no depende de la supuesta condena o absolución de su «única asegurada demandada», sino de aquel alcance del colectivo de subjetividad de los asegurados, al margen de que no todos sean luego demandados.

Se desestima el recurso con los demás efectos derivados.

La fecha del siniestro, anterior a la Ley de reforma de la jurisdicción contencioso-administrativa, determina la competencia de la Sala de lo Civil para conocer de la responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado.—La incompetencia reiterada por el Abogado del Estado fracasa, sin más argumentos que subrayar que la fecha del siniestro lo fue en 10 de enero de 1991, esto es, cuando aún no existía la nueva legalidad instaurada, al punto, por la Ley 26 de noviembre de 1992.

Se desestima el recurso con los demás efectos derivados. (STS de 31 de enero de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—Durante una clase de gimnasia, un estudiante de Bachillerato se hiere gravemente en la mano derecha con unos cris-

tales que había en el suelo del gimnasio del centro educativo. Sus padres demandan al centro educativo, a la profesora responsable de la asignatura, al Ministerio de Educación y Ciencia y a la compañía aseguradora. Ambas sentencias de instancia absuelven a la profesora, sin hacer pronunciamiento respecto del centro, por carecer de personalidad jurídica, pero condenan al Ministerio de Educación y a la compañía aseguradora. Tanto ésta como el Abogado del Estado interponen sendos recursos de casación que son desestimados por el Alto Tribunal. (L. F. R. S.)

57. Culpa extracontractual: responsabilidad médica: parto con secuelas irreversibles.—En general el médico tiene obligación de proporcionar al paciente todos los cuidados que requiere según el estado de la ciencia; esta atención individualizada exige tener presente, para la aplicación de esos cuidados, las concretas circunstancias de cada enfermo; era previsible la distocia cuando resultaba difícil la extracción del feto, siendo igualmente previsible la lesión del plexo braquial obstétrica del brazo derecho por arrancamiento de las raíces nerviosas. La sentencia de instancia declara insuficiente la atención prestada a la paciente desde la entrada en el hospital, pues le prestó, no una atención individualizada sino genérica, sin ponderar sus concretas circunstancias; también resulta negligente la forma de producirse el médico durante el parto ya en el quirófano, existiendo otros métodos por parte de la enfermera a sus órdenes que tirar y empujar en el abdomen, lo que hacía previsible cualquier desgarro en el neonato, como efectivamente se produjo.

Resultado desproporcionado.—Tal como exponen las SSTs de 29 de junio y 9 de diciembre de 1999 y 29 de noviembre de 2002, el profesional médico debe responder de un resultado desproporcionado, del que se desprende la culpabilidad del mismo, que corresponde a la regla *res ipsa loquitur* (la cosa habla por sí misma) de la doctrina anglosajona, a la regla *Anscheinsbeweis* (apariencia de la prueba) de la doctrina alemana, y a la regla de la *faute virtuelle* (culpa virtual) de la doctrina francesa, que significa que si se produce un resultado dañoso que normalmente no se da más que cuando media una conducta negligente, responde el que ha ejecutado ésta, a no ser que pruebe cumplidamente que la causa ha estado fuera de su esfera de acción.

Prueba de presunciones.—La sentencia recurrida no emplea la prueba de presunciones sino que parte de unos hechos acreditados por otros medios de prueba y llega a la calificación de negligencia del actuar médico, cuyo resultado es desproporcionado. Por tanto, no ha habido infracción de la normativa sobre la prueba de presunciones al no haberse ésta utilizado.

Indemnización: objeto y cuantía.—En la demanda no se reclama la obligación de reparar el daño causado a su hija menor de edad, en nombre y por representación legal de la misma, sino que reclama por sí misma, y en su propio nombre, lo cual no puede ser otro que el daño moral por razón del daño personal sufrido por su hija, y cuya cuantía se estima prudencial fijar en la mitad de lo que reclama. (STS de 30 de enero de 2003; ha lugar.)

NOTA.—Sorprende un tanto que la sentencia extractada afirme categóricamente en el FD 4.º: *la sentencia recurrida no emplea la prueba de presunciones sino que parte de unos hechos acreditados por medios de prueba y llega a la calificación de negligencia del*

actuar médico, cuyo resultado es desproporcionado. Se trata de uno de los equívocos más frecuentes en este socorrido y peligroso campo de la culpa médica (así, Mónica Navarro Michel, «Sobre la aplicación de la regla “res ipsa loquitur” en el ámbito sanitario», *ADC*, 2003, pp. 1207 ss.), ya que en la doctrina estadounidense suele afirmarse que por efecto de aplicación de dicha regla se produce una presunción judicial reforzada. De aquí que en este caso sería prudente concluir que la invocación de esta doctrina por la Sala 1ª vendría a ser mero *obiter*. Así, debe reputarse demostrada por otros medios de prueba la mala práctica del profesional médico. En mi opinión, debiera evitarse que la invocación de aquella regla, ajena – no lo olvidemos– a nuestro ordenamiento, se convierta, sin más, en un mero *comodín* o *remedio-para-todo* de la doctrina jurisprudencial. Por otra parte la interpretación que la sentencia hace del *petitum* (en el Antecedente de hecho 1.º se dice simplemente *obligación de indemnizar por las secuelas referidas*), deja abierta a una futura reclamación por parte de la víctima por consecuencia de una responsabilidad directa derivada de la negligencia profesional médica. (G. G. C.)

58. Culpa extracontractual: responsabilidad civil médica: intervención quirúrgica de hemorroides con secuela definitiva de incontinencia anal parcial: resultado desproporcionado.—El actor fue intervenido quirúrgicamente de unas hemorroides sangrantes y fisura anal, que le han dejado como secuela definitiva una incontinencia anal parcial; la absolución del demandado en ambas instancias debe revocarse y sustituirse por la condena del médico, que deriva esencialmente de la doctrina del resultado desproporcionado, del que se desprende la culpabilidad del actor, según doctrina consagrada por SSTS de 13 de diciembre de 1997, 9 de diciembre de 1998, 29 de junio de 1999 y 30 de enero de 2003. La última sentencia declara que el profesional médico debe responder de un resultado desproporcionado, del que se desprende la culpabilidad del mismo, que responde a la regla anglosajona *res ipsa loquitur*, a la alemana *Anscheinbeweis* y a la francesa de la *faute virtuelle*, que significa que si se produce un resultado dañoso que normalmente no se produce más que cuando media una conducta negligente, responde el que ha ejecutado ésta, a no ser que pruebe cumplidamente que la causa ha estado fuera de su esfera de acción. Esta doctrina no lleva a la objetivación de la responsabilidad sino a la demostración de la culpabilidad del autor del daño desproporcionado; a no ser que el médico pruebe que tal daño no deriva de su actuación.

Ley de protección de consumidores.—A lo anterior debe sumarse, a mayor abundamiento, la aplicación de la responsabilidad objetiva que respecto a los daños causados por los servicios sanitarios establece el artículo 28 de la Ley de 19 de julio de 1984, reiterada en SSTS de 1 y 27 de julio de 1997, 9 de diciembre de 1998 y 29 de noviembre de 2002, según la cual si el demandante es consumidor y ha utilizado unos servicios entre los que se incluyen los sanitarios, la producción de un daño genera la responsabilidad objetiva que desarrolla el capítulo VIII de la citada ley, artículos 25 y siguientes.

Cuantía de la indemnización.—Debe determinarse con un criterio discrecional, no estimándose correcta la reclamada de 55 millones, reduciéndose a la de 120.000 euros. (STS de 31 de enero de 2003; ha lugar.)

NOTA.—La demanda fue rechazada en ambas instancias, pero se estimó el recurso de casación con base en los razonamientos de la sentencia extractada (Ponente: O'Callaghan Muñoz), habiéndose formulado voto particular por el Magistrado Sr. Marín Castán. Hechas todas las salvedades sobre las diferencias sustanciales que separan nuestro sistema jurídico del de la *common law*, cabe preguntarse si este bien fundamentado voto disidente preanunciará un giro en la doctrina jurisprudencial de la Sala 1ª sobre el daño desproporcionado en materia sanitaria (se trataría de un caso de *Anticipatory overruling*, sobre la cual cfr. Mattei «*Stare decisis*» en *los Estados Unidos*, en el vol. colec. Atlas de Derecho Privado comparado [coord. F. Galgano, trad. esp. Fernández Santos y Verdara Servet] Madrid 2000, pp. 57 ss.). Dicho voto particular comparte los antecedentes de hecho (con algunas matizaciones), pero no los fundamentos de derecho (salvo el primer párrafo del primero), y tampoco el fallo que, a juicio del Magistrado disidente, debiera ser desestimatorio del recurso. La argumentación, en síntesis, es la siguiente: a) Aunque algunas sentencias de esta Sala han aplicado el artículo 28 LGDCU como fundamento de la responsabilidad civil en el ámbito médico y hospitalario, la jurisprudencia rechaza abiertamente la responsabilidad objetiva del médico o del cirujano. b) La aplicación simultánea o acumulada de dicho precepto y del artículo 1902 CC es difícil de justificar, porque esa aplicación acumulada equivale a sostener algo tan contradictorio como que la responsabilidad del médico es, al mismo tiempo, objetiva y subjetiva. c) Es más que dudoso que la expresión *servicios sanitarios* del artículo 28 citado comprenda necesariamente la prestación individual médica o quirúrgica e, incluso, que de considerarse incluida, la responsabilidad del médico pueda calificarse, sin más, de objetiva, porque si el apartado 2, que es el que se refiere a tales servicios, se pone en relación con el apartado 1, siempre quedarán por identificar adecuadamente tanto la *garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación*, como los *controles de calidad*, naturalmente exigibles o reglamentariamente establecidos. Es más, la superposición de los dos regímenes de responsabilidad conduce a una consecuencia tan indeseable e injustificable, de acabar midiendo por el mismo rasero al médico diligente que al negligente, en cuanto ambos responderían siempre y por igual de cualquier resultado no deseado de su intervención. d) En cuanto a la doctrina jurisprudencial del *resultado desproporcionado*, es necesario precisarla en sus justos términos como una técnica correctora que exige al paciente de tener que probar el nexo causal y la culpa de aquéllos cuando el daño sufrido no se corresponda con las complicaciones posibles y definidas de la intervención enjuiciada. De ahí que no pueda calificarse de *resultado desproporcionado el daño indeseado e insatisfactorio pero encuadrable entre los riesgos típicos de la intervención, esto es, entre las complicaciones que sean posibles aun observando el cirujano toda la diligencia exigible y aplicando la técnica apropiada*. Pero, si se cae en un excesivo reduccionismo que minimice el elemento de la culpa embebiéndolo en el nexo

causal, se desvaloriza esta materia hasta despojarla de lo que constituye la clave del juicio de responsabilidad.

Debe advertirse que la sentencia extractada menciona la LGDCU de 1984, *a mayor abundamiento*, lo que evidencia que no se trata aquí de la *ratio decidendi*. Tampoco constituyó motivo decisorio su invocación por la STS de 29 de noviembre de 2002, en la que no era aplicable dicha ley al caso por razón de la fecha (v. anotación mía en este *ADC*, aprobando, por lo demás, la aplicación de la doctrina sobre el daño desproporcionado). En relación con esta última doctrina parece razonable la opinión de Mónica Navarro Michel, «Sobre la aplicación de la regla “res ipsa loquitur” en el ámbito sanitario», *ADC*, 2003, p. 1217: No se puede elevar a categoría de regla general lo que no es más que una aplicación a circunstancias concretas del sentido común; en realidad no añade nada al panorama jurídico, pero por su formulación conveniente y concisa, da la impresión de que estamos ante una regla de Derecho sustantivo, cuando se trata de un mecanismo que ayuda a fijar los hechos ocurridos en la realidad. Si cabe alguna conclusión –añado por mi cuenta– sería: ¡Desmitifiquémosla! (*G. G. C.*)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

59. Acción reivindicatoria: requisitos para su ejercicio.—Debe probarse el título de la parte demandante, la clara identificación del objeto reivindicado y la ausencia de título en el poseedor demandado (o bien la inferioridad del título del demandado en relación con el título del demandante). (**STS de 24 de enero de 2003**; no ha lugar.)

HECHOS.—Habiendo sido ejercitadas conjuntamente por el demandante las acciones de deslinde y rectificación registral, fueron desestimadas en ambas instancias. En casación no hubo lugar. El TS declaró que la pretensión de deslinde ocultaba una verdadera acción reivindicatoria. (*C. J. D.*)

60. Acción reivindicatoria: valor de la prueba de la confesión.—El ejercicio de la acción reivindicatoria requiere que el demandante pruebe su dominio del bien reivindicado. La prueba de confesión ha de ser valorada conjuntamente con las demás, y no se le atribuye un valor superior o preferente frente a otros medios de prueba.

Registro de la Propiedad: principio de exactitud registral.—Lo publicado en el Registro de la Propiedad tiene a su favor el principio de exactitud. No obstante, debe prevalecer la realidad extrarregistral si queda acreditada la falta de adecuación entre ésta y lo publicado en el Registro de la Propiedad.

Costas procesales y recurso de casación.—En cuestión de costas procesales, corresponde al Tribunal *a quo* la valoración de la concurrencia de circunstancias que excepcionalmente justifiquen dejar de aplicar el criterio legal del vencimiento objetivo, sin que esta valoración sea susceptible de revisión en casación cuando el TS desestima el recurso. (**STS de 7 de febrero de 2003**; no ha lugar.)

HECHOS.—Se formuló demanda solicitando la declaración de la nulidad de un contrato de compraventa y de la consiguiente inscripción registral, alegando que parte de la finca vendida pertenecía a dueño distinto del vendedor, en proindiviso, y era además objeto de usufructo. En ambas instancias se desestimó la demanda y en casación no hubo lugar. (C. J. D.)

61. Propiedad horizontal. Realización de obras en elemento común sin autorización de la Junta. No legítima para la realización de obras la autorización dada con infracción de lo preceptuado en la Ley, cuando además el acuerdo en que se reflejó fue anulado en una Junta posterior.—La apertura de la puerta en la fachada del edificio no fue autorizada por unanimidad por la Junta de Propietarios y de forma legalmente autorizada. Por el contrario, se adoptó en el apartado de «ruegos y preguntas», porque no figuraba en el orden del día. Hubo oposición de un propietario y, por tanto, no existió tampoco la unanimidad precisa para tomar dicho acuerdo. En Junta celebrada un mes y medio después se acordó no aprobar el acta de la Junta precedente, y se negó por unanimidad la autorización al demandado para la obra pretendida, ordenándosele dejar el inmueble en el mismo estado. Por consiguiente, el recurrente carece de justificación, pues el acuerdo en que pretende apoyarse no existió.

Abuso del derecho. Inexistencia de abuso cuando se ejercita el derecho en defensa de un interés serio y legítimo.—Es plenamente legítimo y serio, y en ningún modo excesivo o anormal, el interés de los demandantes recurridos como propietarios de un edificio en régimen de propiedad horizontal, en oponerse a que se alteren los elementos comunes de un edificio, así como abrir huecos en un elemento común. A lo cual ha de añadirse que los demandantes son propietarios de un apartamento que se encuentra encima de la puerta que se ha abierto y que sufren los ruidos y molestias de la salida de personas. Difícil es apreciar la existencia del ejercicio abusivo de un derecho, cuando el mismo se ampara en un precepto estatutario que legitima, en este caso, a una comunidad de propietarios para usar de una facultad con validez y eficacia jurídica.

Buena fe en el ejercicio de los derechos. La buena fe es de libre apreciación por los Tribunales.—En cuanto a la buena fe, se trata de un concepto jurídico que se apoya en la valoración de conductas deducidas de unos hechos y de libre apreciación por los Tribunales, que tendrán en cuenta los hechos y circunstancias que aparezcan probados; debiendo presumirse la buena fe en tanto no sea declarada la mala fe por los Tribunales. (STS de 6 de febrero de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—Los actores, propietarios de un apartamento en régimen de propiedad horizontal, demandaron a la comunidad y a otro propietario por las obras realizadas por este último en una zona ajardinada de carácter común, consistente en la apertura de una puerta de salida desde el local del demandado a la vía pública. El copropietario demandado alegó la concesión de autorización por la Junta de Propietario, del inmueble. Si bien, dicho acuerdo amén de no haberse adoptado de conformidad con las exigencias legales, fue dejado sin efecto por unanimidad en otra Junta celebrada poco después. Igualmente el demandado opuso el ejercicio abusivo y de

mala fe del derecho de los litigantes, dado el tiempo transcurrido. El Juzgado estimó parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial de Las Palmas estimó el recurso de apelación de los actores y, con revocación de la sentencia de instancia, estimó íntegramente la demanda planteada. El TS no dio lugar al recurso de casación interpuesto por el copropietario demandado. (L. A. G. D.)

62. Propiedad intelectual. Ilicitud de la utilización por un periódico de las fotografías cedidas en el ámbito de una relación comercial o profesional ya extinguida.—El contrato que ligaba a las partes litigantes es de colaboración, conocido en el argot periodístico de «a la pieza» en el que, de las fotografías ofertadas únicamente se incorporan al periódico las que son 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 la autorización del fotógrafo, se lesiona por aquélla los derechos económicos del ahora recurrente, perjuicio que no puede ser justificado por lo dispuesto en el párrafo último del artículo 8 LPI, en cuanto que esas fotografías, publicadas después de la extinción del contrato, no han sido hechas durante la vigencia del mismo, ni se ha satisfecho su precio. Por lo que su publicación se ha hecho contra los derechos del actor que le otorga el artículo 118 LPI.

Protección de las «meras fotografías». Derecho exclusivo del autor a autorizar su reproducción, distribución y comunicación pública.—La protección de las «meras fotografías», en cuanto que lo cedido en su día a la editorial eran simples fotografías destinadas a complementar las noticias o reportajes del periódico, exigiéndose para ello que se acomode al contenido del texto y una normal calidad técnica, sin otras pretensiones que no son necesarias para la finalidad del periódico. Por lo que el recurrente, como autor de las calificadas como meras fotografías, tiene el derecho exclusivo de autorizar su reproducción, distribución y comunicación pública, en los mismos términos que los reconocidos en la ley especial a los autores de obras fotográficas. Derechos que han sido conculcados al publicar las fotografías después de concluido el contrato, y que da lugar a la correspondiente indemnización.

Improcedencia del reconocimiento de derechos morales al autor de «meras fotografías». Derechos de orden exclusivamente patrimonial.—No hay violación de los núms. 3 y 4 del artículo 14 LPI, 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 118 LPI; derechos de los que disfrutaban los fotógrafos en los mismos términos reconocidos en la ley a los autores de obras fotográficas. (STS de 31 de diciembre de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—El actor, autor material de las fotografías, demanda a la empresa editora del periódico con el que había mantenido un contrato de colaboración «a la pieza» durante varios años hasta su resolución con abono al actor de las cantidades correspondientes y de una indemnización. Con posterioridad a la extinción del contra-

to, el periódico siguió publicando fotos realizadas por su antiguo colaborador, sin consentimiento de éste y sin abonarle cantidad alguna. El fotógrafo demanda pidiendo el pago de las cantidades correspondientes a cada fotografía, así como otra cantidad en concepto de indemnización por daños morales. El Juzgado estimó parcialmente la demanda y condenó a la editora al pago sólo de la cantidad relativa a emolumentos. La Audiencia Provincial de Zaragoza estimó el recurso de apelación de los demandados y, revocando la sentencia de instancia, desestimó íntegramente la demanda planteada. El TS estima en parte el recurso de casación interpuesto por el actor. (L. A. G. D.)

63. Propiedad intelectual. Productor fonográfico.—La desestimación de los pedimentos relativos al abono de los *royalties* e indemnización de daños y perjuicios causados por las ventas y licencias efectuadas por los demandados, se apoya en un previo contrato de 7 de julio de 1969, por el que el demandado adquiere la propiedad total de las grabaciones que sean efectuadas en virtud del propio contrato por el demandante, gozando de pleno derecho a fabricar, difundir y vender los discos y reproducir los originales, pudiendo vender o arrendar tales derechos, así como las matrices, discos, cintas o bandas impresionadas, incluso para ser lanzadas al mercado por otras firmas, siempre que se respeten los derechos del artista. Por estos últimos deben entenderse aquellos que le corresponden como intérprete y no sólo los estrictos y propios del derecho de autor, y en la propia forma y contenido que se delimitan en el contrato.

Ahora bien, la parte demandante conservaría sus derechos de intérprete aún más allá de la vigencia del contrato, pues los derechos de reproducción no pueden entenderse extinguidos ni concedidos, más allá de lo establecido en el propio contrato, sin que quepa hablar del derecho de arrepentimiento, pues no se trata de retracción durante la concesión temporal, sino pasada la vigencia de la concesión, no cabiendo concebir la concesión de esos derechos de explotación de la obra del intérprete a perpetuidad.

Asimismo, con respecto a la posible infracción de los artículos 114 y 115 del Real Decreto legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, la sentencia recurrida establece: «sin que el demandante haya probado esa condición de productor fonográfico, distinta de la condición de productor artístico, en cuanto persona que bajo su iniciativa y responsabilidad se realiza por primera vez la fijación sonora».

Conforme al contrato de 1 de julio de 1969, la sociedad adquiere la propiedad total de las grabaciones que sean efectuadas, gozando, en consecuencia, de pleno derecho a fabricar, difundir y vender los discos, reproducir y vender los discos, reproducir los originales por todos los medios de difusión de sonido, inventados o que se inventen, así como hacerlos escuchar en público, en la radio o en la televisión. Por tanto, el demandante no asume la condición de productor fonográfico, sino la de productor artístico que no ostenta ningún derecho de propiedad intelectual sobre el fonograma, derecho que corresponde en todo caso al primero. (STS de 26 de noviembre de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Se sigue juicio ordinario declarativo de menor cuantía ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 41 de Madrid, sobre resolución de contrato y reclamación de cantidad. Admitida a trámite la demanda, se dictó sentencia en fecha 3 de julio de 1995, estimando parcialmente la misma y condenando a los demandados a retirar del mercado todos los soportes fonográficos que contuviesen interpretaciones del demandante, así como a devolver las matrices y soportes originales de las mismas. Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación, que fue resuelto con fecha 10 de febrero de 1997, por la Sección 19.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, revocando la sentencia dictada en primera instancia y disponiendo la total absolución de los demandados. Finalmente, se presenta recurso de casación por el demandante, al amparo de los apartados 4.º y 5.º del artículo 1692 LEC, por infracción de los artículos 1203, 1204 y 1276 CC; 114 y 115 del Real Decreto legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, y por la violación, asimismo, de diversas sentencias del TS aplicables para resolver las cuestiones objeto del debate. (J. L. B.)

64. Propiedad intelectual. Legitimación activa de la Sociedad General de Autores y Editores (SGAE) y de la Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales (AGEFI), para demandar por la gestión de los derechos *in genere* que constituye el objeto de su actividad.—Es reiterada la doctrina jurisprudencial que, interpretando el artículo 135 LPI, declara que los derechos confiados de gestión que refiere para hacerlos valer las entidades de gestión autorizadas en toda clase de procedimientos judiciales o administrativos comprende aquellos derechos cuya gestión *in genere* constituye el objeto de su actividad, de acuerdo con los estatutos que las rigen y no los concretos derechos individuales, en virtud de contratos con los titulares o acuerdos con otras organizaciones en idéntica finalidad y de este modo la SGAE está asistida de legitimación necesaria para poder defender en juicio los derechos a que se extiende su actividad (cfr. SSTs de 29 de octubre de 1999 y de 24 de septiembre de 2002).

Suficiencia de la autorización expedida por el Ministerio de Cultura para acreditar la personalidad con la que se litiga.—A la entidad gestora de derechos le basta, para la defensa judicial de los derechos discutidos en el litigio, con la aportación de la correspondiente autorización del Ministerio de Cultura a que se refieren los artículos 132 y 133 LPI, con lo que se cumplen las exigencias del artículo 503.2 LEC.

Obligación de pago de derechos de autor por la comunicación a través de los televisores instalados en las habitaciones de los hoteles.—Si bien en la STS de 24 de septiembre de 2002 se excluyó de la obligación del pago de los derechos de autor la comunicación a través de los televisores instalados en las habitaciones de los hoteles con apoyo en la STC de 17 de enero de 2002, que declaró inconstitucional el artículo 357 de la LECr, que vino a considerar las habitaciones hoteleras como domicilios a efectos constitucionales, ha de tenerse en cuenta el ámbito estrictamente penal a que se contrae dicha resolución constitucional que en nada altera el carácter de servicio prestado a sus clientes por los establecimientos hoteleros al instalar en sus habitaciones aparatos televisores, servicio que lógicamente repercute en el

precio de las estancias en esas habitaciones, siendo el beneficio que reporta a la empresa hotelera la prestación de ese servicio individualizado el que justifica la exigencia de los derechos que ahora se reclaman. Por ello no procede seguir manteniendo el criterio sustentado en la STS de 24 de septiembre de 2002. (STS de 31 de enero de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—La S.G.A.E. demandó a la mercantil *Extur G. C., S. L.*, solicitando se declarara que la demandada comunicaba públicamente en su establecimiento hotelero una serie de obras y fonogramas sin la preceptiva autorización; pidiendo asimismo se le condenase a la cesación de la comunicación y al abono de las tarifas dejadas de percibir. La parte demandada alegó la falta de legitimación de la actora, al estimar que no tenía la cesión de los concretos derechos individuales de los artistas y creadores cuyas obras eran objeto de comunicación. El Juzgado de Primera Instancia de San Bartolomé dio lugar a la demanda. La Audiencia Provincial de Las Palmas estimó el recurso de apelación y revocó la sentencia de instancia. El TS dio lugar al recurso de casación planteado por la actora. (L. A. G. D.)

65. Finalidad exclusiva de la tercería de dominio.—La tercería de dominio no tiene por finalidad declarar la titularidad del bien, sino evitar la ejecución de los bienes.

Compraventa de finca hipotecada.—La adquisición de la propiedad posterior a la constitución de hipoteca no afecta a la sujeción del bien a la garantía real, quedando sujeta la propiedad a los avatares de la misma. (STS de 19 de diciembre de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—El adquirente de un inmueble hipotecado ejercitó una tercería de dominio a fin de evitar la ejecución de la garantía. En ambas instancias se desestimó la tercería y en casación no hubo lugar. (C. J. D.)

66. Crédito hipotecario. Transmisión de la finca hipoteca hecha por el deudor a terceros.—El artículo 1876 CC atribuye al acreedor hipotecario un poder directo de realización del objeto para la satisfacción del crédito que garantiza; establece el efecto *erga omnes* que tiene la hipoteca pues cualquiera que sea el poseedor del objeto está sujeto al *ius distrahendi* del acreedor; y determina el carácter accesorio de la hipoteca respecto del crédito para cuya seguridad fue constituida. Conforme a esta naturaleza de la hipoteca, no afectan a su vigencia las vicisitudes que ocurran en las titularidades del crédito o del patrimonio, en concreto, los bienes hipotecados se encuentran sujetos al cumplimiento de las obligaciones garantizadas con independencia de quienes sean sus actuales propietarios y de los problemas que estos puedan tener con las personas que se los transmitieron.

Enriquecimiento injusto. Requisitos.—Conforme a lo establecido en las SSTs de 23 de marzo de 1966, 20 de mayo, 30 de septiembre y 4 de junio de 1993 y 13 de octubre de 1995, son requisitos para que prospere una acción de enriquecimiento: a) el enriquecimiento del demandado; b) el correlativo empobrecimiento del deudor; c) la falta de causa justificativa del enriquecimiento. (STS de 30 de diciembre de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—El 22 de octubre de 1981 la *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Zaragoza, Aragón y Rioja* otorga un préstamo hipotecario a favor de A y B. La garantía hipotecaria se constituye sobre las viviendas del edificio que se va a construir. Con fecha 23 de mayo de 1983, los deudores hipotecarios otorgan escritura pública de venta de tres de las viviendas construidas a favor de C y D, E y F, y G y H respectivamente. Los adquirentes pagan el importe completo de la carga hipotecaria que grava cada una de las viviendas pero los vendedores (A y B) no emplean el dinero recibido en la cancelación de las hipotecas. Ante la falta de pago del préstamo hipotecario, la *Caja de Ahorros* interpone procedimiento al amparo del artículo 131 LH. Los adquirentes de las viviendas, al tener conocimiento del procedimiento solicitan a la *Caja de Ahorros* la subrogación en el préstamo hasta la responsabilidad cubierta por la hipoteca, abonan las cantidades atrasadas y asumen voluntariamente el pago de los intereses y amortizaciones que se devengan posteriormente.

C, D, E, F, G y H presentan demanda contra la *Caja de Ahorros* y solicitan que dicha entidad restituya la totalidad de las cantidades recibidas como consecuencia de enriquecimiento injusto, que se abstenga de reclamar ninguna otra cantidad y que proceda a la cancelación de las inscripciones registrales.

En primera instancia se desestima íntegramente la demanda. La Audiencia Provincial revoca la sentencia apelada y condena a la *Caja de Ahorros* a la restitución de la totalidad de las sumas entregadas por los demandantes recurrentes. La *Caja de Ahorros* presenta recurso de casación contra esta sentencia. El TS casa la sentencia recurrida y confirma la sentencia dictada en primera instancia. (L. S. M. P.)

67. Nulidad radical de negocio de emisión de obligaciones hipotecarias por simulación absoluta. Negocio jurídico llevado a cabo sólo formalmente, con el fin de defraudar los derechos de los acreedores de los otorgantes.—La emisión de las obligaciones hipotecarias catorce días antes de haber conocido la declaración del Banco sobre el vencimiento anticipado del préstamo, la posterior inmovilización de aquéllas, con la constitución de hipoteca sobre la participación indivisa de los emitentes sobre los bienes que resultarían afectados por la ejecución, viene a significar que la emisión de esas obligaciones obedecía a una causa ilícita en el sentido expresado en el artículo 1275 CC, pues tal emisión no hacía, bajo su apariencia formal, más que constituir una línea defensiva que protegía, con preferencia, frente a futuras ejecuciones derivadas de otros créditos. Y así, bajo la apariencia de una emisión de obligaciones hipotecarias, en realidad no se quiso dar vida a tal negocio, pues se dejó inmóvil, carente de vida, cuanto era la transmisión de las obligaciones, de tal manera que ese acuerdo en la emisión era simulatorio entre las partes, y se pretendía con su exterioridad engañosa, mediante una declaración que carecía de sentido volitivo, la fraudulencia frente a terceros extraños al acto, que habrían de detenerse en la ejecución de sus créditos frente a la apariencia formal que protegía los bienes de los emisores de los títulos, operándose así una simulación que es, por tanto, un vicio de la causa,

con la consiguiente nulidad radical o inexistencia del negocio jurídico de emisión de las cédulas hipotecarias.

Principio de fe pública registral. Protección del tercero de buena fe. Inaplicación del artículo 34 LH al caso en que ni consta que hubiera transmisión o adquisición conforme al Registro de la Propiedad, ni siquiera la existencia de terceros afectados.—La vulneración del artículo 34 LH no puede conducir a buen fin, puesto que los posibles terceros adquirentes de las obligaciones hipotecarias no constan, resultando probado que las obligaciones hipotecarias no llegaron a circular. Y en cuanto a la sociedad adquirente, ha resultado ser una sociedad fantasma, sin domicilio conocido ni actividad alguna, a la que en definitiva no le fueron entregadas las obligaciones, y que tampoco realizó contraprestación alguna, y no ha comparecido en el pleito. Sin que, por otra parte, hayan aparecido otros tenedores de obligaciones, ni terceros de buena fe ajenos al pleito que resulten afectados por el contenido de la sentencia recurrida.

Litisconsorcio pasivo necesario. Improcedencia del llamamiento a juicio de las esposas de los demandados cuando se trata de impugnar operaciones relativas a bienes privativos de los maridos.—La doctrina legal sobre litisconsorcio pasivo necesario no se infringe por no llamar al proceso a las respectivas esposas de los demandados pues, pese a la existencia de la sociedad de gananciales, consta en la escritura pública de emisión de las obligaciones hipotecarias que los bienes sobre los que pesa la carga real, son bienes privativos de los demandados, adquiridos por título de herencia, de manera que no es exigible el consentimiento de los cónyuges para su gravamen o enajenación. (STS de 27 de enero de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—El Banco acreedor demanda a los avalistas solidarios de un préstamo concedido por el primero, solicitando la declaración de nulidad radical por simulación absoluta de la escritura pública de emisión de obligaciones hipotecarias, así como de los títulos emitidos con base en la misma y la cancelación de todas las inscripciones registrales a que hubiera dado lugar aquella operación. El fundamento de la petición se encuentra en que el negocio impugnado se llevó a cabo por los demandados como medio de eludir su responsabilidad frente a la entidad acreedora, quince días después de conocer la declaración del Banco sobre el vencimiento anticipado de la deuda y pocos meses antes de interponerse la correspondiente demanda ejecutiva; sin que conste el curso transmisivo de las referidas obligaciones, ni aun su existencia. El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda. La Audiencia Provincial de Zamora desestimó el recurso de apelación presentado por los demandados y confirmó la sentencia de instancia. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación planteado. (L. A. G. D.)

DERECHO DE FAMILIA

68. Capitulaciones matrimoniales. Eficacia frente a terceros: requiere su inscripción en el Registro Civil.—Afirma el TS que las capitulaciones matrimoniales son válidas y eficaces para los cónyuges desde el

momento de su otorgamiento. Ahora bien, las capitulaciones matrimoniales serán inoponibles frente a los terceros hasta que no sean anotadas en el Registro Civil (conforme a los arts. 77 LRC y 12.4 de la Ley catalana 8/1993, de 30 de septiembre, de modificación de la Compilación en materia de relaciones patrimoniales entre cónyuges). (STS de 5 de febrero de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña I. M. M. y don P. G. E. otorgan capitulaciones matrimoniales el 16 de mayo de 1967, aunque no constan anotadas en la inscripción del matrimonio en el Registro civil hasta el 1 de febrero de 1995.

La *Cámara arrocera de Amposta, Sociedad Cooperativa Catalana y Sección de Crédito de Responsabilidad Limitada* obtiene su derecho sobre los bienes embargados en virtud de una sentencia de 5 de marzo de 1993.

Doña I. M. M. interpone demanda de tercería de dominio contra don P. G. E. y la *Cámara arrocera de Amposta, Sociedad Cooperativa Catalana y Sección de Crédito de Responsabilidad Limitada*, en la que solicita se dicte sentencia en la que se declare, entre otras cosas, que los bienes descritos en la demanda son propiedad de la demandante (conforme a las capitulaciones matrimoniales de 1967), así como que se ordene el levantamiento del embargo trabado sobre dichos bienes.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo desestima. El TS declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto. (M. J. P. G.)

69. Sociedad de gananciales: liquidación: presunción de ganancialidad: doctrina general.—La presunción de ganancialidad se halla contenida en el artículo 1361 CC, que implica una alteración de la doctrina de la carga de la prueba, y así el que alega el carácter ganancial de un bien adquirido constante la comunidad de gananciales, no tiene que probar que el bien lo es, sino que se presume, y el que alegue lo contrario es quien tiene que probarlo. La jurisprudencia ha aplicado con frecuencia esta norma y ha mantenido el carácter ganancial de bienes por falta de prueba de que sean privativos (SSTS de 3 de diciembre de 1985, 10 de noviembre de 1986 y 30 de septiembre de 1989); ha destacado la necesidad de que se pacte una prueba suficiente, satisfactoria y concluyente de que el bien es privativo (SSTS de 9 de junio de 1994, 20 de junio de 1995, 10 de marzo y 29 de septiembre de 1997). La STS de 24 de febrero de 2000 resume esta doctrina en los siguientes términos: «Es cierto que la jurisprudencia ha insistido en el rigor de la presunción de ganancialidad contenida en el artículo 1361 CC declarando que para desvirtuarla no basta la prueba indiciaria, sino que es precisa una prueba expresa y cumplida [...] pero también lo es que en ningún caso dicha presunción deja de admitir prueba en contrario por quien afirme el carácter privativo o no ganancial de los bienes de que se trata [...] y que, en consecuencia, si la sentencia que considere desvirtuada la presunción de ganancialidad aparece fundada en una valoración de la prueba practicada en el proceso, el problema a resolver en casación consistirá en determinar, primero, si la valoración del Tribunal de instancia se asienta en verdaderas pruebas; segundo, si en la

valoración de éstas se ha vulnerado, o no, alguna norma que contenga regla legal de valoración de la prueba; y tercero, si descartada la infracción de esta clase de reglas, las pruebas valoradas por el Tribunal de instancia tienen la fuerza suficiente para considerar desvirtuada la presunción de ganancialidad». En el presente caso la Audiencia Provincial declara que no existen pruebas que sirvan para destruir la presunción de ganancialidad, y en el momento de otorgarse la escritura de adquisición, verificada constante matrimonio, ninguna reserva se hizo por el demandado sobre el carácter del bien adquirido. (STS de 26 de diciembre de 2002; no ha lugar.)

NOTA.—Se reitera la doctrina de la STS de 24 de febrero de 2000, en lo que puede verse un laudable propósito *pedagógico* sobre el modo de desvirtuar en el proceso la eficacia de la presunción del artículo 1361 CC (Pte.: O'Callaghan Muñoz). Por lo demás se trata de un tema clásico, dentro de la sociedad de gananciales, en la doctrina y jurisprudencia (cfr. el excelente comentario exegético de Peña y Bernaldo de Quirós, en *Com. Min. Justicia*, II, pp. 679 ss.; también amplio tratamiento histórico en Castán Tobeñas *Derecho civil español, común y foral*, v. 1.º, 12.ª ed. a cargo de García Cantero y Castán Vázquez, Madrid 1994, pp. 434 ss.). La sentencia es plenamente de aprobar. (G. G. C.)

70. Sociedad de gananciales: consentimiento uxorio: requisitos formales de la sentencia: declaración de hechos probados: derecho transitorio.—La sentencia recurrida impugnada por no contener declaración de hechos probados se dictó antes de entrar en vigor la LEC 2000, por lo cual resulta aplicable la doctrina contenida en STS de 2 de septiembre de 2002, sin perjuicio de que, además, tal impugnación carece de base fáctica porque en el FD 2.º de la sentencia *a quo* se explicitan suficientemente los hechos que se han declarado probados y acreditados en la instancia.

Venta de inmuebles gananciales: consentimiento uxorio: doctrina general sobre el consentimiento tácito o presunto.—Es doctrina de esta Sala que el consentimiento de la mujer para la venta puede ser expreso o tácito, anterior o posterior al negocio y también inferido de las circunstancias concurrentes (SSTS de 8 de noviembre y 6 de diciembre de 1983), valiendo incluso su pasividad, la no oposición de la mujer a la enajenación, conociendo la misma (STS de 8 de diciembre de 1986), e, incluso, el silencio, puede ser revelador de consentimiento (SSTS de 16 de abril de 1985 y 6 de octubre de 1988). Tal doctrina se reitera en la más moderna jurisprudencia; así las SSTS de 5 de julio de 1994 y 24 de mayo de 1995 declaran que en el caso de venta de un inmueble ganancial, el asentimiento de uno de los cónyuges, cuando concurre el expreso del otro, puede revestir forma tácita o presunta, incluso posterior al negocio y también ser inferido de las circunstancias concurrentes, debiendo ponderarse la ausencia de fraude o perjuicio. (STS de 29 de enero de 2003; no ha lugar.)

NOTA.—Se declara probado que mientras el matrimonio no entró en crisis la mujer asentía tácitamente a todas las enajenaciones de inmuebles gananciales concertadas por el marido, y cuando el contrato se elevaba a escritura pública no ponía obstáculos a comparecer ante notario para firmar la escritura de venta; pero al

surgir desavenencias y separarse el matrimonio, la mujer se negó a prestar su asentimiento. Desde 1980 a 1991 la sociedad de gananciales había enajenado diversas fincas a la misma sociedad compradora, y el procedimiento fue siempre el mismo: enajenación por el marido y asentimiento tácito de la mujer; en el presente caso se había producido un prolongado retraso en el otorgamiento de la escritura pública, en cuyo interregno la mujer cambia de opinión, lo que no se ha aceptado en ninguna de las instancias, rechazándose el recurso de casación.

En términos generales cabe decir que se ha confirmado el riesgo de degradación del requisito legal de la disposición conjunta que denuncié anteriormente (cfr. García Cantero en Castán Tobeñas, v. 1.º, 1994, p. 514) pues la doctrina extractada está ya claramente consolidada en lo relativo al consentimiento tácito y presunto, y hasta el mero silencio, por parte del otro cónyuge. En tal sentido no cabe registrar novedad alguna. (*G. G. C.*)

71. Sociedad de gananciales: bienes adquiridos a título oneroso durante el matrimonio. Presunción de ganancialidad.—Se tiene por acreditado en las sentencias de instancia que el matrimonio formado por doña M. y don R. (de nacionalidad alemana, pero cuyo derecho nacional no se ha invocado para que sea aplicable) estaban casados bajo el régimen de gananciales, y que constante matrimonio, por escritura pública otorgada en 1950, adquirió el marido la casa y huerta circundante, y aunque se desconoce si se adquirieron a costa del caudal común, debe entenderse que son gananciales por aplicación de la presunción de ganancialidad, no siendo de apreciar en este momento procesal ningún elemento que la desvirtúe, y para no dejar imprejuzgada la cuestión se aplica dicha presunción contenida en el derogado artículo 1407 CC y actualmente en el artículo 1361 CC.

Disolución por muerte: marido bínubo que dona inmuebles antes de liquidar la anterior sociedad de gananciales: comunidad postganancial: disposición a título gratuito.—En el caso de disolución del matrimonio por muerte de uno de los cónyuges, como ha declarado la STS de 8 de marzo de 1965, el patrimonio de la sociedad de gananciales queda en situación de comunidad ordinaria, siendo titulares de la misma el cónyuge superviviente y los herederos del premuerto, poniéndose todos los bienes integrantes de la comunidad ganancial en estado de liquidación, y mientras ésta no se efectúe, los actos dispositivos sobre bienes concretos o singulares han de hacerse por todos los interesados, resultando evidente la aplicación de los artículos 397 y 399 CC, de modo que la enajenación no puede realizarse sin consentimiento de todos los comuneros, y más cuando se realiza a título gratuito (STS de 24 junio de 1997). En este caso los bienes en litigio afectan a la liquidación de dos sociedades de gananciales, correspondientes a dos matrimonios sucesivos de don R., ninguna de las cuales han sido liquidadas previamente a la donación. (STS de 23 de enero de 2003; ha lugar.) (*G. G. C.*)

72. Filiación no matrimonial: negativa del demandado a realizar las pruebas biológicas: doctrina constitucional.—La STC de 31 de mayo de 1999, tomando como principal punto de partida su sentencia de 1994, pero en términos si cabe más contundentes, hace en su FD 2.º la siguiente síntesis: «Este Tribunal ha declarado la plena conformidad constitucional de

la resolución judicial que, en el curso de un pleito de filiación, ordena llevar a cabo un reconocimiento hematológico, pues este tipo de pruebas, que no pueden considerarse degradantes, ni contrarias a la dignidad de la persona, encuentran su cobertura legal en el artículo 127 CC que desarrollando el mandato contenido en el inciso final del artículo 39.2 CE [...] autoriza la investigación de la relación de paternidad o de maternidad en los juicios de filiación, mediante el empleo de toda clase de pruebas, incluidas las biológicas, a la vez que sirven para la consecución de la finalidad perseguida con las normas constitucionales que imponen la protección integral de los hijos, iguales ante la ley con independencia de su filiación, y la obligación de los padres de prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera de matrimonio. Por ello, cuando sean consideradas indispensables por la autoridad judicial, no entrañan un grave riesgo o quebranto para la salud de quien deba soportarlas, y su práctica resulte proporcionada, atendida la finalidad perseguida con su realización, no pueden considerarse contrarias a los derechos a la integridad física y a la intimidad del afectado. Por su parte la STC 7/1994 ha declarado que las partes tienen la obligación de posibilitar la práctica de las pruebas biológicas que hayan sido debidamente acordadas por la autoridad judicial, por ser éste un medio probatorio esencial, fiable e idóneo para la determinación del hecho de la generación discutido en el pleito, pues, al hallarse la fuente de la prueba en poder de una de las partes en litigio, la obligación constitucional de colaborar con los Tribunales en el curso del proceso (art. 118 CE), conlleva que dicha parte debe contribuir con su actividad probatoria a la aportación de los hechos requeridos a fin de que el órgano judicial pueda descubrir la verdad, ya que, en otro caso, bastaría con que el litigante renuente a la prueba biológica se negase a su realización para colocar al otro litigante en una situación de indefensión, por no poder justificar procesalmente su pretensión mediante la utilización de los medios probatorio» pertinentes para su defensa que le garantiza el artículo 24.2 CE.

Doctrina de la Sala 1.^a del TS sobre la negativa a someterse a las pruebas biológicas.—Son ya innumerables las sentencias de esta Sala que, sin atribuir a la falta de colaboración del demandado la eficacia o valor probatorio de una confesión judicial *–ficta confessio* o admisión implícita de la paternidad—, sí la consideran desde luego un indicio especialmente valioso o significativo que, en unión de otras pruebas practicadas en el proceso, permite declarar la paternidad del demandado obstruccionista. Es más, si por algo se caracterizan las sentencias más recientes es por aumentar cada vez más el valor probatorio de esa conducta del demandado para la práctica de la prueba biológica y la omisión de advertencia por el órgano jurisdiccional acerca de las consecuencias de su negativa a colaborar, declara la plena regularidad de la citación por cédula, y también por medio del Procurador del demandado, así como la irrelevancia de omitir aquella advertencia, pues ésta es misión que incumbe exclusivamente al Letrado-director técnico del demandado. Se ha declarado así en ocasiones anteriores que cuando un órgano judicial, valorando la negativa del interesado a someterse a las pruebas biológicas, en conjunción con el resto de los elementos fácticos acreditados a lo largo del procedimiento, llega a la conclusión de que existe la relación de paternidad negada por quien no posibilitó la práctica de la prueba biológica, y en tal supuesto nos hallamos ante un supuesto de determinación de la filiación permitido por el artículo 135 CC, que no resulta contrario al derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE.

Negativa tácita unida a relaciones de amistad al tiempo de la concepción.—En el presente caso, las negativas tácitas a la práctica de tales pruebas hematológicas, unida a la relación de amistad entre la demandante y el demandado, constante en el momento de la concepción del hijo, lleva ineludiblemente a esta Sala a declarar la paternidad pretendida. (STS de 19 de diciembre de 2002; ha lugar.)

NOTA.—Las sentencias de instancia no eran coincidentes, y la sentencia extractada (Pte.: Sierra y Gil de la Cuesta) confirma la del Juzgado de Primera Instancia, estimando el recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial. En el presente caso el énfasis se ha puesto en recordar *ad nauseam* la doctrina constitucional y del TS sobre la negativa del demandado a someterse a la práctica de las pruebas biológicas; en cambio se dice muy poco de las otras pruebas indiciarias que completan la conducta obstruccionista del demandado y sirven a la Sala 1.^a para estimar el recurso. Aludir a meras *relaciones de amistad* al tiempo de la concepción parece, en buena medida, insuficiente ya que, normalmente, tales relaciones no son exclusivas lo que obligaría a afrontar la *exceptio plurium* (habría que añadir por ejemplo: relaciones amistosas rotas repentinamente al conocer el demandado que la mujer había quedado embarazada, o relaciones amistosas que se enfriaron precisamente a partir de dicho momento; indicar asimismo la duración de aquellas, y si hubo convivencia efectiva, etc.) (G. G. C.)

DERECHO DE SUCESIONES

73. Determinación de la sujeción al Derecho civil común o foral.—Se realiza en función de la vecindad civil, que se adquiere por residencia continuada durante los períodos determinados en la ley. En caso de duda prevalecerá la que corresponda por el lugar de nacimiento.

Igualdad de los hijos ante la ley: artículo 39 CE.—El citado precepto constitucional impone a los poderes públicos el deber de asegurar la protección integral de los hijos, iguales estos ante la ley con independencia de su filiación. Por ello, con posterioridad al texto fundamental se han eliminado en el Código civil y en las Compilaciones Forales las diferencias que existían en la legislación civil entre los hijos por razón de su origen.

Ley aplicable a la sucesión. Casos de fallecimiento anterior a la Constitución.—Es la nacional del causante en el momento de su fallecimiento cualquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país en que se encuentren. La regla sigue siendo la misma si el fallecimiento tiene lugar con anterioridad a la Constitución aun cuando la aplicación de la ley vigente en ese momento suponga una discriminación de los hijos naturales. El TS basa dicha decisión en la irretroactividad de las leyes salvo que en ellas se disponga lo contrario (arts. 2.3 CC y 9 CE) y en jurisprudencia anterior representada por las SSTs de 17 de marzo de 1995, 6 de noviembre de 1998 y 27 de septiembre de 2000.

Derecho civil catalán. Sucesión intestada: posición de los hijos no matrimoniales.—El régimen de la sucesión intestada en cuanto a los hijos no matrimoniales ha cambiado en el Derecho Civil de Cataluña.

La ley 40/1960, de 21 de julio, sobre la compilación del Derecho civil especial de Cataluña, aplicada por el TS en la sentencia reseñada por ser la ley vigente en el momento del fallecimiento del causante, establecía un régimen distinto en función del progenitor fallecido: siendo la madre, la equiparación con los llamados por esta legislación «hijos legítimos» era plena, mientras que siendo el padre el fallecido *ab intestato* los denominados «hijos naturales» sólo heredarían en caso de no haber descendientes o ascendientes legítimos o hijos adoptivos y descendientes legítimos de estos.

A partir de la compilación del Derecho civil de Cataluña de 1984 se estableció la igualdad de los hijos teniendo todos los mismos derechos. Este mismo criterio se mantiene en la legislación vigente en la actualidad representada por los Códigos de Sucesiones (Ley 40/1991, de 30 de diciembre) y de Familia (Ley 9/1998, de 15 de julio).

Acción de elevación a escritura pública: prescripción.—Se trata del ejercicio de la facultad legal concedida a las partes por el artículo 1279 CC de compelerse recíprocamente al otorgamiento de escritura pública cuando esa formalidad sea necesaria para hacer efectivas las obligaciones derivadas del contrato. El plazo de prescripción, que es el general para las acciones personales de quince años, no empieza a correr hasta el momento en que dicha necesidad se plantee.

Usucapión ordinaria de bienes inmuebles entre presentes.—Debe acreditarse la posesión pública, pacífica e ininterrumpida durante diez años. (STS de 12 de febrero de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—El 21 de octubre de 1966, don J. J. J. celebra un contrato de compraventa con los posteriormente demandados, por el que adquiere la plaza de toros de Ciudadela (Islas Baleares) y sus terrenos circundantes; de la compraventa se excluyen sesenta y cinco palcos de la plaza totalmente individualizados, objeto de propiedad particular y susceptibles de titularidad y transmisibilidad independiente.

Desde 1967 a 1969, don J. J. J. gestiona la explotación de los festejos en la plaza de toros adquirida. El 5 de octubre de 1969, fallece don J. J. J. por lo que, a tenor de la normativa vigente en esa fecha, se declaran herederos *ab intestato* los tres hijos matrimoniales, por auto de 14 de noviembre de 1969, sin llamar a la sucesión a dos hijos no matrimoniales del causante. En 1970 se realiza el inventario omitiendo la plaza de toros de Ciudadela, que se adiciona el 11 de febrero de 1986, mediante escritura pública de «Adición de Inventario» a la que se protocoliza el documento privado de compraventa de 1966.

Desde el fallecimiento de don J. J. J. su viuda gestiona la explotación de los festejos de la plaza de toros a través de los servicios del señor S. quien entrega las llaves a los vendedores de don J. J. J. por requerimiento judicial de 20 de marzo de 1990.

En marzo de 1991 los tres hijos matrimoniales de don J. J. J. reclaman, en su condición de herederos del comprador, la elevación a escritura pública del ya citado documento privado de compraventa.

Los demandados vendedores, además de oponer determinadas excepciones, reconvienen solicitando, por una parte, la resolución del contrato y, por otra, la adquisición de la propiedad por usucapión ordinaria. Entre las excepciones opuestas destaca la alegación de litisconsorcio activo necesario basada en haberse ignorado a los dos hijos no matrimoniales del comprador fallecido, don J. J. J., al interponer la demanda.

Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia, desestiman la demanda; los demandantes reconvienidos recurren en casación. (B. F. G.)

74. Interpretación de los testamentos y su revisión en casación.—La principal finalidad de la interpretación de los testamentos consiste en investigar la voluntad real o al menos probable del testador, en sí misma, atendiendo incluso a circunstancias exteriores al testamento. Se trata de una tarea que corresponde a los órganos de instancia, pero que cabe excepcionalmente revisarla en casación cuando resulte ilógica o contraria a la voluntad del testador o a la ley.

Interpretación de los testamentos: cláusula bajo condición. Interpretación restrictiva.—El artículo 797 CC dispone que la expresión del objeto de la institución o legado, o la aplicación que haya de darse a lo dejado por el testador, o la carga que el mismo impusiere, no se entenderán como condición a no parecer que ésta sea su voluntad, de suerte que cualquier duda al respecto debe resolverse legalmente en contra y no a favor de la condición.

Modo. Legitimación para exigir su cumplimiento.—No cabe limitarla tan sólo al directamente beneficiado por el mismo, pues en cuanto deber jurídico ha de reconocerse también a los albaceas o herederos, por su condición de interesados y encargados de velar por el cumplimiento de la voluntad del testador, y a los que se beneficiarían de su incumplimiento por pasar entonces a ellos los bienes.

Modo. Apreciación de su cumplimiento por los Tribunales: flexibilidad.—La jurisprudencia del TS muestra una gran flexibilidad a la hora de apreciar el cumplimiento de la carga modal ya que resulta claro conforme al artículo 798 CC que el modo no afecta a la institución pues lo dejado de tal manera «puede pedirse desde luego». Los factores que, de modo alternativo o conjunto, el TS toma en cuenta para apreciar si ha existido o no cumplimiento del modo, pero también de una condición suspensiva, son las posibilidades del instituido y el mantenimiento de la institución por la testadora sin revocar el testamento por otro posterior. (STS de 21 de enero de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—La sentencia analizada se centra en la interpretación de una cláusula testamentaria contenida en el último testamento abierto de la causante, otorgado ante Notario el 7 de octubre de 1964, expresamente revocatorio de dos anteriores, de 6 de junio de 1955 y de 22 de febrero de 1956.

En todos ellos la testadora mejora y lega la mitad del tercio de libre disposición expresando literalmente que ello se realizaba en los dos primeros testamentos «a condición» y en el último de ellos «con la obligación modal» de cuidar y asistir a la testadora y a su

esposo y vivir en su compañía, en familia, ayudándoles, según costumbre, en los trabajos de la casa y laboreo de los bienes.

En el testamento de 6 de junio de 1955 la testadora había mejorado y legado a uno de sus hijos, el posteriormente demandado, otorgando el de 22 de febrero de 1956 a favor de otra de sus hijas tras haber emigrado aquel a Santo Domingo. En este segundo testamento se prevén sucesivas sustituciones de la primeramente instituida para el caso de incumplimiento.

El testamento litigioso se otorgó en 1964 después de que el demandado retornara de Santo Domingo a casa de sus padres en Galicia, volviendo luego a marcharse a Cataluña por razones de trabajo. El demandado se preocupaba de sus padres directamente, mientras residía en el mismo pueblo en vacaciones, e indirectamente a través de la persona que con ellos vivía.

El posteriormente demandado siguió residiendo en Cataluña hasta después de la muerte de sus padres, acaecida la de la madre testadora el 29 de julio de 1976 y la del padre el 8 de abril de 1993 sin constar en ningún momento que la testadora manifestase indicio alguno de revocar la mejora y el legado ni que el padre y los hermanos requirieran en momento alguno al posteriormente demandado para que fijara su residencia en el domicilio familiar.

El 21 de junio de 1996 los hermanos piden la ineficacia de la mejora y el legado ordenados a favor del demandado.

En primera instancia se desestima la demanda calificando la cláusula de modal, resolución que es revocada en apelación por entender que se trata de una condición suspensiva potestativa de hechos pasados. El demandado recurre en casación.

NOTA.—El TS califica finalmente la cláusula de modal acudiendo a la interpretación literal y a circunstancias exteriores como las cláusulas similares de los anteriores testamentos que expresamente supeditaban la mejora y el legado a una condición, previéndose incluso en el segundo de ellos sucesivas instituciones para el caso de incumplimiento por la primeramente mejorada. El Alto Tribunal aduce igualmente como apoyo de su final calificación la conducta de la testadora posterior al último testamento pues, observa el TS, mientras que la primera marcha del demandado del domicilio de sus padres determinó la inmediata revocación del testamento de 1955 que le favorecía, su segunda ausencia no produjo cambio alguno en la voluntad de la testadora que mantuvo el testamento litigioso desde el año 1964 hasta su muerte casi doce años después. (B. F. G.)

75. Artículo 1058 CC: distribución de la herencia por los herederos sin sujeción a las disposiciones testamentarias.—No es aplicable al caso concreto, pues la heredera demandante no prestó su aceptación o consentimiento por lo que la alegación del precepto en casación incide en el vicio casacional de petición de principio.

Partición adicional o complementaria: artículo 1079 CC.—Tiene lugar cuando en la partición realizada se omite alguno o algunos objetos o valores de la herencia. No es aplicable al supuesto de hecho en que los contadores-

partidores incurren en actuaciones y adjudicaciones que contradicen, en claro perjuicio de uno de los herederos, la voluntad del testador.

Favor partitionis o principio de conservación de la partición.—Responde al propósito de evitar una vuelta a la indivisión con la secuela de gastos, molestias e inconvenientes que ello acarrea. Pero no es aplicable cuando el contador partidor ha infringido las disposiciones testamentarias, que constituyen, si respetan las normas legales imperativas, la ley suprema de la sucesión, o cuando los agravios patrimoniales son tan sustanciales y enormes que, de otro modo que no sea la invalidez de la partición, no se pueden enmendar.

Doctrina jurisprudencial de los actos propios: requisitos de aplicación.—Se trata del principio general de que a nadie le es lícito accionar contraviniendo los actos propios anteriormente patentizados. Esta doctrina se refiere a actos idóneos para revelar una vinculación jurídica y tiene su fundamento en la buena fe y en la protección de la confianza que la conducta produce. Por tanto, dichos actos vinculantes deben ser causantes de estado y definidores de una situación jurídica de su autor y que vayan encaminados a crear, modificar o extinguir algún derecho y no han de ser ambiguos sino revestidos de solemnidad.

Principio de buena fe como límite al ejercicio de los derechos subjetivos por retraso desleal en el ejercicio de los derechos.—Es requisito para la aplicación de esta doctrina que la conducta de una parte pueda ser valorada como permisiva de la actuación de la otra parte o clara o inequívoca de la renuncia, pues el mero transcurso del tiempo vigente de la acción no es suficiente para deducir una conformidad que entrañe una renuncia, nunca presumible. (STS de 22 de octubre de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—El 29 de julio de 1983, S. O. I. otorga testamento abierto en el que designa a I. B. L. y F. G. O. como albaceas, comisarios y contadores partidores.

El 11 de octubre de 1983, M. C. O. P., hija del testador, otorga poder a su madre y esposa del anterior M. A. I., revocándolo el 1 de octubre de 1986.

El 13 de noviembre de 1987, I. B. L. y F. G. O. llevan a cabo conjuntamente la liquidación de la sociedad de gananciales del causante, S. O. I. y su ya mencionada esposa, así como la partición de la herencia a la que no prestó aceptación ni consentimiento M. C. O. P. Dichos partidores incurren en una serie de actuaciones (como la omisión de bienes, valoraciones equivocadas, liquidaciones y adjudicaciones improcedentes) que constituyen una clara vulneración de las disposiciones testamentarias con perjuicio sustancial de la heredera citada. Esta demanda a su madre y hermanos solicitando la nulidad de la partición que la Audiencia, revocando la sentencia dictada en primera instancia, declara. Los demandados recurren en casación. (B. F. G.)

76. Anatocismo legal.—La aplicación del artículo 1109 CC determina que los intereses vencidos devengan el interés legal desde el momento de su reclamación judicial.

Apelación de resoluciones interlocutorias.—La parte debe cumplir la carga que le impone el artículo 703 LEC consistente en reproducir al apelar

la sentencia definitiva el recurso de apelación presentado en su día contra el auto desestimatorio de reposición.

Incongruencia *extrapetita*.—No existe en las resoluciones que den acogida a aspectos complementarios o accesorios, que estén sustancialmente comprendidos en el objeto del debate e implícitamente en la pretensión deducida de la demanda.

Declaración de herederos abintestato en juicio declarativo.—No existe obstáculo alguno para ello como reiteradamente ha declarado la Sala 1.ª TS.

Cargo de albacea contador-partidor. Extinción.—Tiene lugar, entre otras causas, cuando, realizadas las operaciones particionales, las mismas han sido aceptadas por los interesados. No se reinicia por presentación de demanda de adición al cuaderno particional de otros bienes al no ser aplicable a este caso el artículo 904 CC que se refiere a la fecha de terminación de los litigios como la de inicio para el cómputo del plazo de ejercicio del cargo.

Motivo de casación fundado en preceptos heterogéneos: desestimación.—La razón estriba en que al no constar en qué norma y en qué sentido se ha producido la infracción, se da lugar tanto a una confusión en su posible análisis, no estando obligado el tribunal a la pesquisa correspondiente o a extenderse en razonamientos especulativos en el propósito de atender a la respuesta casacional, como a una posible indefensión en la contraparte, pues no se le permite conocer con claridad y precisión la base de la denuncia casacional. (STS de 19 de diciembre de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—El 14 de febrero de 1996 los albaceas contadores partidores nombrados por el causante otorgan escritura de protocolización de las operaciones particionales de acuerdo con la distribución de los bienes hecha por el testador en forma de legado a favor de sus hijos sin nombramiento de heredero, siendo aceptadas por todos los legatarios.

En 31 de julio de 1997 tres de los cinco hijos del causante interponen demanda pidiendo la adición a los cuadernos particionales de un contrato de préstamo entre el causante, como prestamista, y dos de sus cinco hijos, como prestatarios, en el que se había establecido como remuneración un interés anual del 8 por 100 pagadero por semestres vencidos estableciendo el prestamista que el interés fijado sería «pagadero a mi conveniencia».

En primera instancia se suspende el acto de comparecencia ante la alegación por los demandados de la falta de legitimación activa de las actoras, excepción que es desestimada por auto.

La sentencia de apelación, confirmando la de primera instancia, estima la demanda ordenando que el cuaderno particional se complete con la adición de la cantidad prestada más los intereses pactados contados desde el fallecimiento del causante; asimismo se declara abierta la herencia abintestato respecto a la cantidad señalada, declarando como herederos abintestato a los cinco hijos del fallecido. Las dos partes recurren en casación. (B. F. G.)

77. Designación de bienes por el testador: no constituye partición.—El hecho de que el testador adscriba determinados bienes de la herencia a cada uno de sus herederos individualizando alguno de ellos pero sin llegar a

dividir y adjudicar todos los que integran su patrimonio, no implica que haya llevado a cabo la partición de la herencia.

Nulidad del consentimiento prestado por error. Requisitos.—Debe tratarse de un error excusable en el sentido de que no pueda atribuirse a la parte que lo alega. El TS se ha pronunciado sobre su inadmisión cuando ha recaído sobre condiciones jurídicas de la cosa y en el contrato intervino un letrado, o cuando se hubiera podido evitar el error con una mínima diligencia.

Cuantía litigiosa suficiente para interponer recurso de casación.— Cuando el recurso de casación se formula contra sentencia dictada sobre dos pleitos acumulados la cuantía litigiosa es la que representa la suma de las cuantías de las dos demandas. (STS de 24 de enero de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—El recurso de casación que da lugar a la sentencia analizada se formula contra sentencia dictada sobre dos pleitos acumulados.

En el primero de ellos se solicitaba la nulidad parcial de operaciones particionales de la herencia. En concreto, la demanda se refería al error sufrido por el contador en la interpretación de un plano, error que dio lugar a un *plus* en el cuaderno particional en relación con las fincas atribuidas por el testador en concepto de mejora a dos de sus hijos, demandados en este primer proceso. Los posteriormente demandantes habían aceptado la partida después de haber tenido a su disposición cuantos datos y planos eran necesarios para tener clara información del asunto, estando siempre aconsejados y asistidos por su dirección letrada. El cuaderno particional fue protocolizado e inscrito en el Registro de la Propiedad correspondiente.

En el segundo de los procedimientos, que fue acumulado al más antiguo, los adjudicatarios de la mejora pedían la división de la cosa común nacida como consecuencia de dicha adjudicación. La estimación de su demanda en apelación no es objeto de recurso de casación por lo que es firme en el momento en que el TS resuelve el interpuesto por la parte demandante del primer proceso. (B. F. G.)

DERECHO MERCANTIL

78. Competencia desleal. Venta de libros con oferta de regalos de bonos-descuento en los propios centros en otros artículos distintos. No hay infracción de la Ley del libro, ni de las Leyes de competencia desleal y general para la defensa de los consumidores: doctrina jurisprudencial pacífica.—La cuestión suscitada en el pleito se encuentra resuelta por esta Sala por una Jurisprudencia uniforme integrada por las SS de 31 de marzo de 2000 (núm. 352, Recurso 2095/95), 4 de octubre de 2001 (núm. 885, Rec. 685/96), 30 de mayo (núm. 513, Rec. 3.710/96), y 30 de octubre de 2002 (núm. 1009, Rec. 597/97); en las cuales se declara que supuestos fácticos iguales o similares a los expresados no conculcan los artículos 33 de la Ley 9/1975, de 12 de marzo, del libro 1 del Real Decreto 484/1990, de 30 de

marzo, sobre precio de venta al público de libros, ni los artículos 8 y 15 de la Ley de competencia desleal, en relación con los artículos 6.4 y 7.2 CC y 9 de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios, por todo lo que procede declarar aplicable la argumentación de dichas sentencias al presente supuesto. (STS de 16 de diciembre de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—Por la *Federación Granadina de Comercio* se dedujo demanda contra los centros comerciales *Alcampo, S. A.*, y *Continente, S. A.*, solicitando se declarasen desleales las campañas publicitarias y comerciales llevadas a cabo por las demandadas consistentes en el regalo de bonos-descuento de un 25 y un 20 por 100 respectivamente en la compra de todos los libros de texto, canjeables por compras en los mencionados hipermercados, con expresa prohibición de repetir dichos actos y apercibimientos legales, ordenando la cesación de los mismos y publicación en diario de mayor difusión, y condena a la indemnización correspondiente. La sentencia de primera instancia desestimó la demanda pero dicha resolución fue revocada en apelación por la Audiencia Provincial. Contra esta sentencia se interpusieron sendos recursos de casación por las compañías mercantiles y por los centros condenados. (A. G. B.)

79. Marca: intereses generales y privados.—Si bien es cierto que en el moderno Derecho sobre marcas y competencia desleal el interés general de protección de los consumidores debe considerarse preponderante sobre el interés privado o particular del empresario, también lo es que ni cabe vaciar de contenido, hasta dejarlo reducido a la más absoluta inoperancia, el derecho exclusivo reconocido al titular de la marca registrada por el artículo 30 de la Ley de marcas de 1988 (y por el art. 34 de la nueva Ley de 2001), ni es posible desconocer o marginar totalmente el evidente contenido patrimonial del derecho de marca y su expresa consideración legal como objeto del derecho de propiedad (capítulo III del título IV de la Ley de 1988 y capítulo IV del título V de la Ley de 2001). (STS de 3 de febrero de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—Don J. L., don S. y doña M. I. D. S. interpusieron demanda contra la compañía mercantil *Transportes La Galaica-Guipúzcoa y Navarra, S. L.*, solicitando cesación en el uso de una marca e indemnización de daños y perjuicios. El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Bilbao dictó sentencia desestimando la demanda. Recurrida en apelación la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Vizcaya confirmó la resolución apelada. El TS declaró haber lugar a la casación. (N. D. L.)

80. Propiedad industrial. Modelo industrial. Requisito de novedad: absoluta.—La novedad requerida a una modalidad de la propiedad industrial es la denominada «novedad absoluta», no circunscrita a un ámbito territorial determinado y, la excepción, por el contrario, la que sólo exige para el acceso al registro la «novedad relativa» que significa que lo «creado» no haya sido conocido ni practicado en España, todo lo que hace que la prescripción del artículo 49 del Estatuto, como tal regla general, haya de aplicarse cuando no existe con respecto a una modalidad de la propiedad industrial una excepción

expresa consignada en el mismo capítulo que la regule, por lo que ha de concluirse que la «novedad relativa», que para los modelos de utilidad regulados en el capítulo II, título IV del Estatuto de la Propiedad Industrial, predicen sus artículos 174, 178 y 180, no es aplicable a los modelos industriales a que se contrae el capítulo III del referido título, que en su artículo 188, 3 se refiere, como exigible para el acceso al Registro de dichos modelos, de la condición de «novedad», sin ninguna condicionalidad.

Modelo industrial. Eficacia de la inscripción.—La protección de los modelos industriales opera a partir de la fecha de la inscripción en el Registro de la Propiedad Industrial, por lo que al haberse formulado la demanda antes de la inscripción, la protección no puede ser otorgada por el simple anuncio de la solicitud en el *Boletín* correspondiente, pues tal interpretación choca frontalmente con lo dispuesto en los artículos 165 y 167 del Estatuto y desconoce como se opera normalmente en el tráfico comercial, en relación a los efectos de reducida publicidad material que tal anuncio produce.

Competencia desleal. Confusión: concepto.—La confusión a que se refiere el artículo 6.º LCD consiste en la actuación dirigida a hacer creer al comprador que el producto ofrecido tiene un origen o composición distinto al real, origen que, por su reconocimiento o prestigio del fabricante, lo haría más apetecible para el consumidor. Es decir, no se trata de la hipótesis en la que el consumidor confunde una prestación con otra, se trata del supuesto de que el consumidor se confunde asignando a un mismo origen empresarial a dos prestaciones procedentes de diferentes objetos.

Competencia desleal. Similitud o semejanza: concepto y alcance. La similitud o semejanza comporta conceptos jurídicos indeterminados que tienen que buscar su subsunción en las normas del derecho positivo. Para conseguir la máxima coherencia hermenéutica en el extenso casuismo inherente a la materia, pueden y deben de examinarse los elementos coincidentes y los discrepantes, pero sobre todos y cada uno de ellos ha de otorgarse lugar preferente al criterio que propugna una visión de conjunto, sintética, desde la totalidad de los productos o prestaciones confrontados, sin descomponer su unidad final, prevaleciendo la estructura sobre los componentes parciales, sean éstos visuales o auditivos, gráficos o fonológicos. Pues bien, junto a tales pautas, ha de tenerse en cuenta que nuestro sistema económico parte del principio de libertad de empresa, libertad de competencia y funcionamiento concurrencial en el mercado, para que el consumidor pueda elegir el producto que más le interese, confrontando calidades y precios. Este principio se sedimenta en el artículo 11.1 de la Ley 3/1991, al permitir la imitación de prestaciones e iniciativas empresariales ajenas, para lo que atribuye libertad, salvo que tales prestaciones o iniciativas estén amparadas por un derecho de exclusiva reconocido por la Ley. (STS de 17 de octubre de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—La mercantil *Modital, S. L.*, interpuso demanda contra la también mercantil *Tinta Difusión, S. A.*, por haber incurrido en competencia ilícita y desleal y en violación de los derechos de propiedad industrial. El Juzgado de Primera Instancia núm. 50 de Madrid dictó sentencia estimando la demanda. Recurrida en apelación, la Sección 11.ª de la Audiencia Provincial de Madrid desestimó el recurso. El TS declaró haber lugar a la casación. (N. D. L.)

81. Contrato de agencia. Indemnización por clientela: concepto y determinación.—Se trata de remunerar o compensar una labor de creación de clientela; y se hace referencia a la susceptibilidad por el empresario de continuar disfrutando y favoreciéndose de la misma, lo cual obviamente, en su apreciación *a prima facie*, supone un mero pronóstico razonable acerca de cuál será para el futuro el comportamiento probable de dicha clientela, tema de evidente carácter fáctico, y, por ende, no susceptible de revisión en casación, salvo cuando la presunción de la instancia esté «cargada de arbitrariedad». Por otro lado, aunque el legislador español no traspuso literalmente la terminología del artículo 17.2.a) de la Directiva (concretamente la referencia a la «en la medida en qué» —«wenn und soweit»-) sin embargo parece evidente que la ponderación equitativa hace referencia tanto a la procedencia de la indemnización como a la determinación de la cuantía, sin que resulte dudoso que el juzgador puede valorar otras circunstancias concurrentes no tipificadas, diferentes de las expresadas en el precepto (consistentes en existencia de pactos de limitación de competencia y comisiones que pierda), por lo que, «aunque no existan pactos limitativos de competencia, procederá la indemnización si se produce la pérdida de comisiones o se dan otras circunstancias que, a juicio del juzgador, justifican el reconocimiento del derecho a ser indemnizado, que es lo que ocurre en este caso en que la Sala *a quo* declara probada la pérdida de comisiones por el actor».

Contrato de agencia. Indemnización por clientela: carácter irrenunciable.—La denominada indemnización por clientela, regulada en el artículo 28 de la Ley de contrato de agencia, Ley 12/1992, de 27 de mayo, tiene carácter indisponible por aplicación del artículo 3.1 de la propia Ley especial en el que se dispone que sus preceptos tienen carácter imperativo a no ser que en ellos se disponga expresamente otra cosa, lo que no sucede respecto de dicha indemnización. La Ley de derecho interno referida recoge el criterio de la Directiva 86/653, de 18 de diciembre de 1986, que, frente a las pretensiones británicas de seguir el sistema de autonomía privada, opta por el sistema continental del carácter indisponible. Por consiguiente, al someter las partes la relación jurídica establecida entre ellas al régimen de la Ley 12/1992, la renuncia a la indemnización por clientela recogida en una de las estipulaciones contractuales incide en nulidad absoluta por ser contraria a norma imperativa y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 6.3 y 1255 CC.

Contrato de agencia. Indemnización por clientela: ausencia de carácter automático.—No opera con carácter automático por cuanto para su aplicación es preciso, además de la ausencia de causas de exclusión (art. 30 LCA) y de que se haya acreditado por el agente aportación de clientela —aumento de número de clientes— o el incremento sensible de operaciones con la clientela preexistente, que la actividad anterior (de dicho agente) puede continuar produciendo ventajas sustanciales al empresario y la indemnización resulte equitativamente procedente por las circunstancias concurrentes. Del texto legal (art. 28.1 LCA) se advierte claramente la *ratio* de la norma de tomar en cuenta (lo que se puede valorar desde diferentes perspectivas como lo hacen las diversas teorías relativas a la naturaleza y función de la institución) el aprovechamiento subsiguiente por el empresario de la captación de la clientela —y por tanto de las ventajas comerciales que ello representa— realizada por el agente.

Contrato de agencia. Indemnización por clientela: necesidad de extinción del contrato.—El derecho a una indemnización por clientela requiere como presupuesto básico la extinción del contrato, sea por tiempo

determinado o indefinido –indemnización postcontractual. (STS de 27 de enero de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.–La mercantil *Royaldi, S. L.*, interpuso demanda contra la entidad mercantil *Philips Ibérica, SAE*, solicitando la resolución del contrato de agencia existente entre las partes, y la condena a *Philips Ibérica, S. A.*, al pago de las indemnizaciones por clientela, daños y perjuicios. El Juzgado de Primera Instancia núm. 44 de Madrid dictó sentencia estimando parcialmente la demanda. Recurrida en apelación, la Sección 19.^a de la Audiencia Provincial de Madrid, resolvió estimando parcialmente el recurso. El TS declaró no haber lugar a la casación. (N. D. L.).

82. Revocación de concesión en exclusiva. Indemnización por clientela.–La S de 22 de marzo de 1988 establece la procedencia de la indemnización en los casos de revocabilidad de la concesión en exclusiva sin límite temporal por la sola voluntad unilateral de uno solo de los contratantes cuando «la denuncia unilateral venga seguida de un disfrute por parte del empresario representado de la clientela aportada por el agente, supuestos en que la doctrina sostiene la existencia de un enriquecimiento por parte del concedente de la exclusiva que habrá de ser compensado al agente sino queremos que pueda ser calificado de enriquecimiento sin causa», fundamentación que ha sido mantenida con reiteración por sentencias posteriores (SS de 27 de mayo de 1993, 22 de abril de 2000, entre otras); y la S de 30 de octubre de 2000, en cuanto a la indemnización por clientela, establece que la «obligación reparatoria vendrá impuesta no por la extinción de los efectos del contrato, sino por lo aportado y dejado en esa esfera de desenvolvimiento por el concesionario como sería la clientela creada o aumentada, y la pérdida que su desaparición lleva para él». La más reciente S de 26 de abril de 2002 afirma: «Por ello, en la agencia está previsto en el artículo 28 de la Ley, mientras que en la concesión, aunque no esté pactado, se desprende del sinalagma y del equilibrio prestacional, ya que, de lo contrario, al extinguirse el contrato ese incremento o “aviamiento” o plusvalía, si no se resarce a su autor –el concesionario– produciría un enriquecimiento injusto en el concedente».

Indiferencia del establecimiento de un plazo.–Alega el recurrente que el contrato se estableció por tiempo determinado; como se establece en el artículo 28 de la Ley 12/1992, aunque el mismo no sea aplicable al caso, la indemnización por clientela procede tanto en los contratos de duración indefinida como en los que tengan fijado un plazo de duración, tiempo en el que se dé esa creación o aumento de clientela. En el supuesto analizado, aunque el plazo pactado fue inicialmente de un año, la vigencia de la concesión se ha extendido durante once años en virtud de sucesivas prórrogas tácitas. (STS de 23 de diciembre de 2002; ha lugar.)

HECHOS.–La sentencia objeto de este recurso de casación condena a la demandada recurrente, *Sociedad Anónima de Tractores de España (SATE)*, hoy *Hispanomoción, S. A.*, a abonar a *Garaje Geñin, S. L.*, la cantidad de tres millones de pesetas en concepto de indemnización por clientela y a la recompra del «stock» en piezas en poder del agente, comprados al concesionario de la marca *Peugeot Talbot*.

El motivo único del recurso interpuesto se formula «al amparo de las normas desarrolladas por esta Sala, sin reflejo en la ley sustantiva, sobre enriquecimiento injusto». Se critica la sentencia recurrida en cuando funda su pronunciamiento condenatorio en la doctrina del enriquecimiento injusto que la recurrente estima no ser aplicable. (A.G.B.).

83. Contrato de seguro. Cláusulas limitativas de los derechos del asegurado.—La jurisprudencia tiene declarado que ha de distinguirse, entre las cláusulas destinadas a delimitar y concretar el riesgo, de aquellas que restringen —y con ello cercenan— los derechos del asegurado, con lo que la exigencia que impone el artículo 3 de la LCS no se refiere a cualquier condición general del seguro o a sus cláusulas excluyentes de responsabilidad para la aseguradora, sino en concreto a aquellas cláusulas que son limitativas de los derechos del asegurado y tal exigencia —de la aceptación expresa mediante suscripción— no alcanza a las cláusulas que actúan definiendo y delimitando la cobertura del riesgo. La cláusula limitativa opera para restringir, condicionar o modificar el derecho del asegurado a la indemnización una vez se ha producido el riesgo, lo que no sucede con la cláusula de su exclusión, al especificar qué clases de riesgos se han constituido en objeto del contrato, y por ello los que no resultan cubiertos. (STS de 23 de octubre de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Don M. V. G interpuso demanda contra *Astra de Seguros y Reaseguros* por reclamación de cantidad por razón a los daños que afectaron al vehículo asegurado, por consecuencia de accidente de circulación, vigente la póliza contratada, en la modalidad de multirriesgo, discutiéndose el carácter lesivo de la cláusula que establece que las reparaciones se tasarán con arreglo al valor real de las mismas, y sin que dicha tasación pueda en ningún momento ser superior al valor venal del vehículo. El Juzgado de Primera Instancia de Mondoñedo estimó parcialmente la demanda, considerando que la referida cláusula tenía carácter lesivo para el asegurado, ya que no había sido aceptada expresamente. La Audiencia Provincial de Lugo revocó parcialmente la sentencia. El TS declaró no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

84. Contrato de seguro. Deber de declaración. Incumplimiento: efectos.—El artículo 10 LCS ha articulado los efectos del incumplimiento del deber de declaración según haya existido o no dolo o culpa grave por parte del tomador del seguro. En todo caso, ha de partirse del presupuesto esencial de que se ha producido una infracción del deber de declaración del tomador del seguro dentro de los límites que conocemos y que vienen determinados por la redacción del cuestionario efectuado por el asegurador y presentado para su contestación al tomador del seguro. Con independencia de este dato fundamental, se ha conferido al asegurador una facultad para resolver el contrato en un plazo determinado (un mes a contar del conocimiento de la reserva o inexactitud). Término breve para el ejercicio de la facultad resolutoria que concede el artículo 10.2 al asegurador con carácter general para todos los supuestos (es decir, sin tener en cuenta si ha existido culpa grave o dolo o no

por parte del tomador del seguro), que contrasta con el supuesto de que se produzca el siniestro antes de que el asegurador haga esa declaración, en el que distingue el caso de que el tomador del seguro hubiera operado con dolo o culpa grave o no

Contrato de seguro. Deber de declaración. Incumplimiento por dolo o culpa grave: apreciación por los Tribunales.—El párrafo 3 del artículo 10 LCS termina diciendo que «si medió dolo o culpa grave del tomador del seguro quedará exonerado el asegurador del pago de la prestación». Al referirnos a este supuesto, como hace la doctrina más autorizada, interesa hacer notar, en primer lugar, que se trata de estudiar el supuesto en el que exista dolo o culpa grave del tomador del seguro. La ley, en este caso, se refiere a los dos conceptos, mientras que en otros se alude únicamente al dolo o, con terminología insegura, de la que había pretendido huir el proyecto de ley, a la «mala fe». El elemento intencional al que es tan sensible el contrato de seguro, ha querido extenderse en este caso del artículo 10 a esos dos supuestos. Comprende así el caso de declaraciones inexactas o reticentes por dolo, es decir, cuando esas declaraciones tienen como finalidad el engaño del asegurador, aun cuando no se tenga la voluntad de dañar a la otra parte (arts. 1260 y 1269 CC) y, también, aquellas declaraciones efectuadas por culpa grave, esto es, con una falta de diligencia inexcusable en la contestación del cuestionario. La precisión de si un determinado supuesto es meramente culposo por parte del tomador, o bien se ha debido a culpa grave, no es tarea fácil, en que la línea divisoria entre la culpa leve y la grave es sutil. Sólo a la vista de cada caso concreto podrá determinarse si nos encontramos ante un supuesto de culpa grave o no. Todo ello es de libre apreciación del Tribunal sentenciador en cuanto, siendo conceptos jurídicos, han de resultar de lo actuado como hechos, conductas y circunstancias que el órgano judicial interpreta y valora, para decretar su concurrencia. (STS de 30 de enero de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—Don P. P. M. interpuso demanda contra *La Estrella S. A. de Seguros y Reaseguros*, por reclamación de cantidad en virtud de las lesiones diagnosticadas con ocasión de un accidente de circulación y la entidad demandada se opuso al pago de la cantidad reclamada en base a la preexistencia de las lesiones con anterioridad al suscribir el contrato de seguro. El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Almansa desestimó la demanda. La Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Albacete estimó parcialmente el recurso de apelación. El TS declaró no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

85. Contrato de seguro. Intereses del artículo 20 LCS. Incompatibilidad de intereses: régimen anterior.—Aun cuando la incompatibilidad entre los intereses especiales del artículo 20 LCS y los moratorios del artículo 1108 CC y procesales del artículo 921 LEC de 1881 no se incorporara expresamente al primero de dichos preceptos hasta su nueva redacción por la disposición adicional 6.ª de la Ley 30/1995, tal incompatibilidad resultaba ya de la jurisprudencia de esta Sala tanto sobre los intereses moratorios, que se entendían embebidos en los superiores del artículo 921 (SSTS de 5 de abril de 1994 y de 30 de diciembre de 1999), como sobre la indemnización de daños y perjuicios, establecida para el seguro mediante una liquidación por ministerio de la Ley a través del citado artículo 20 LCS (STS de 28 de

diciembre de 1999), y sobre las deudas de valor (STS de 19 de mayo de 2000), siempre bajo el designio de evitar un doble incremento fundado en una misma razón de demora en el pago del principal.

Contrato de seguro. Intereses del artículo 20 LCS: evolución jurisprudencial. En orden a la procedencia de los intereses especiales del artículo 20 LCS en su redacción original, la jurisprudencia evolucionó desde una línea inicialmente menos favorable al asegurado, descartando tales intereses si para determinar la suma indemnizatoria hubiera sido necesario el proceso, hacia una línea más rigurosa para con las compañías de seguros, según la cual para eliminar la condena de intereses no bastaba con la mera incertidumbre de la cantidad a pagar por la aseguradora sino que era preciso valorar, fundamentalmente, si la resistencia de la aseguradora a abonar lo que, al menos con toda certeza, le incumbía, estaba o no justificada o el retraso en el pago le era o no imputable, como establecía dicho precepto, siendo lo decisivo por tanto la actitud de la aseguradora ante una obligación resarcitoria no nacida de la sentencia ni necesitada de una especial intimación del acreedor (SSTS de 8 de febrero de 1994, 5 de julio de 1996, 11 de noviembre de 1997, 13 de octubre de 1999 y 26 de enero de 2000), hasta el punto de que procederían los intereses especiales del artículo 20 LCS si la aseguradora consignaba la cantidad indudablemente debida pero lo hacía con condiciones (STS de 12 de abril de 2002).

Contrato de seguro. Intereses del artículo 20 LCS: irretroactividad de la redacción actual.—Por lo que se refiere a la aplicabilidad al caso del artículo 20 LCS en su nueva redacción, no hay razón para sostenerla: de un lado, porque tanto el siniestro como la interposición de la demanda tuvieron lugar antes de la publicación de la Ley 30/1995, que ni establecía su retroactividad ni contenía ninguna específica disposición transitoria al respecto, por lo que ha de estarse a la regla general del artículo 2.3 CC; y de otro, porque el nuevo texto del artículo 20 LCS no se ha limitado a una mera modificación de los tipos de interés en beneficio de las aseguradoras, sino que en gran medida ha establecido un régimen diferente, mucho más complejo y pormenorizado que el del antiguo texto, de difícil combinación o aplicación fragmentaria, de suerte que una hipotética aplicabilidad de dicho precepto en su nueva redacción exigiría ineludiblemente que se hiciera en su integridad y no limitada estrictamente a su regla 4.^a (STS de 14 de noviembre de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—La entidad *Servibérica S.R.L.* interpuso demanda contra *Catalana Occidente, Sociedad Anónima de Seguros y Reaseguros*, en reclamación de cantidad en virtud de contrato de seguro, solicitando se condenara a la demandada a pagar a la actora la cantidad más los intereses sancionadores del 20 por 100 anual desde el 5 de noviembre de 1994 y los intereses legales desde la interposición de la demanda, así como al pago de las costas procesales. El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Zaragoza estimó parcialmente la demanda. Recurrida en apelación por ambas partes litigantes, la Sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Zaragoza desestimó ambos recursos. El TS declaró haber lugar a la casación. (N. D. L.)

86. Contrato de seguro. Intereses del artículo 20 LCS: procedencia. La iliquidez de la deuda no justifica la demora habida y lo esencial es la inexistencia de causa que la justifique, sin que como tal pueda reputarse el proceso judicial posterior, tanto menos cuando, como sucede en el presente caso, aunque el importe de la indemnización se moderase en la sentencia, no ofrece duda la culpabilidad en la causación del siniestro.

Contrato de seguro. Intereses del artículo 20 LCS: *dies a quo*.—El día inicial para el abono del 20 por 100 anual debe entenderse «transcurridos tres meses desde la fecha del siniestro».

Contrato de seguro. Recargo del artículo 38 LCS.—Dicho recargo sólo es aplicable a los siniestros que sólo afectan y surgen entre el asegurador y el asegurado, y no tiene razón de ser su aplicación cuando existen terceros perjudicados a los que el asegurado tiene obligación de indemnizar, no sólo es un ataque a las más elementales normas generales que rigen la contratación en materia de seguros, sino una contradicción abierta a lo que se dispone en el artículo 73 y ss. de la mencionada a los que son aplicables las normas generales de dicha Ley. (STS de 31 de enero de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—Ante el Juzgado de Primera Instancia de Yecla (Murcia), fueron vistos los autos, promovidos a instancia de contra don J. I. G. y *AGF Seguros, S. L.*, a instancia de *Axa Seguros*, contra don José I. G. y *AGF Seguros, S. L.*, sobre reclamación de cantidad. La sentencia de primera instancia estimó parcialmente ambas demandas acumuladas. La Sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Murcia confirmó la resolución recurrida. El TS declaró haber lugar a la casación. (N. D. L.)

87. Interpretación de los contratos. Interpretación literal: criterio preferente.—La doctrina jurisprudencial más general ha señalado que las normas o reglas de interpretación de los contratos contenidas en los artículos 1281 a 1289 CC, constituyen un conjunto o cuerpo subordinado y complementario entre sí, de las cuales, tiene rango preferencial y prioritario la correspondiente al párrafo primero del artículo 1281 CC, de tal manera, que si la claridad de los términos de un contrato no dejan dudas sobre la intención de las partes, no cabe la posibilidad de que entren en juego las restantes reglas de los artículos siguientes, que vienen a funcionar con carácter subsidiario, respecto a la que preconiza la interpretación literal.

Interpretación de los contratos. Regla del artículo 1288 CC: aplicación.—La regla que contiene el artículo 1288 del Código Civil no es rígida ni absoluta y para su aplicación han de tenerse en cuenta las circunstancias especiales de cada contrato y si de los términos del mismo cabe deducir conclusiones suficientes que disipen la posible oscuridad que presenten, de esta manera resulta relegado el precepto. El artículo 1288 CC no entra en juego cuando una cláusula contractual ha de ser interpretada, sino cuando, una vez utilizados los criterios legales hermenéuticos y, por supuesto y primordialmente, las reglas de la lógica, no es unívoco el resultado obtenido, sino que origina varios con análogo grado de credibilidad.

Contrato de seguro. Infraseguro.—El artículo 30 LCS atiende la situación infraseguro en el momento de la producción del siniestro y extrae las debidas consecuencias a los efectos del cálculo de la indemnización del asegurador, al decir que en tal supuesto «indemnizará el daño

causado en la misma proporción en la que aquélla cubre el interés asegurado», de forma que este artículo presupone la existencia de una situación de infraseguro. Norma ésta, como explica la doctrina más autorizada, que completa la enunciada en el artículo 27 de que la suma asegurada representa el límite máximo de la indemnización a pagar por el asegurado en caso de siniestro. La regla proporcional tiene los siguientes presupuestos: *En primer término*, que la suma asegurada sea inferior al valor del interés asegurable, entendido como valor real, bien sea calculado como valor venal o valor en uso. *En segundo lugar*, que la circunstancia de que la suma asegurada sea inferior al valor del interés asegurable se produzca en el momento de la producción del siniestro. *Por último*, que el siniestro produzca un daño parcial del interés, pues si el daño es total, la indemnización del asegurador será igual a la suma asegurada, que opera, como dice el artículo 27 del mismo texto legal, como límite máximo de esa indemnización.

Contrato de seguro. Intereses penalizadores del artículo 20 LCS: improcedencia.—Cuando existe contienda sobre las causas del siniestro, o sobre su existencia o inexistencia, los posibles intereses penalizadores sólo se devengan cuando se ha resuelto esta contienda por sentencia inatacable. De igual forma, sólo cuando se determinen los efectos patrimoniales derivados de la causa indemnizatoria, es cuando puede generarse el interés del 20 por 100 de los artículos 20 y 38 LCS. En efecto, el apartado 8.º del artículo 20 alude a que no ha lugar a la indemnización por mora, cuando la falta de satisfacción de la prestación por parte del asegurador no le sea imputable o cuando esté fundada en una causa justificada. Porque la Ley de contrato de seguro impone, en este caso, al asegurador el cumplimiento de una debida diligencia para hacer las investigaciones y peritaciones necesarias para la determinación de su deuda y su cumplimiento, dentro del plazo de los tres meses marcados por este artículo. Deber de diligencia que no incumple si el retraso se debe a causa que no le es imputable o que está justificada. Dentro de la causa justificada se incluye la circunstancia de si se desconoce razonablemente la cuantía de la indemnización que ha de ser fijada por el asegurador. (STS de 23 de enero de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—*Servicios de Transportes de Automóviles y Mercancías, S. A.*, interpuso demanda contra *La Unión y El Fénix Español, Compañía de Seguros y Reaseguros, S. A.*, en reclamación de cantidad en virtud de contrato seguro de transporte terrestre. El Juzgado de Primera Instancia núm. 36 de Barcelona estimó parcialmente la demanda. La parte actora recurrió en apelación, la Sección 14.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona desestimó el referido recurso. El TS declaró no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

88. Seguros. Impugnación por la asegurada del acta de conformidad: a) Por falta de notificación inmediata a la parte recurrente. b) Por no contener el acta los requisitos exigidos en el párrafo 5.º LCS. Procedimiento extrajudicial previo, que aunque de carácter privado, pero por afectar a un interés de mercado carácter público, han de cumplirse los requisitos impuestos por la ley tendente a salvaguardar ese interés. No se han cumplido las normas denunciadas como violadas. No ha habido notificación inmediata e indubitada del acuerdo.

Dos son los motivos en los que funda la parte demandante el recurso de casación, los dos por infracción del artículo 38 de la Ley 50/1980 de contrato de seguro, uno, el primero, por infracción del párrafo séptimo, y el segundo, por infracción del párrafo quinto, que se refieren, el primero de los citados a la forma y tiempo con arreglo a los cuales ha de ser notificada a las partes el acta de acuerdo, y el segundo al contenido de la susodicha acta. Al respecto, hay que tener presente la jurisprudencia de esta Sala, mantenida, principalmente, en las SS de 14 y 17 de julio de 1992, 19 de junio de 1995 y 20 de enero de 2001, en las que se sostiene que el artículo 38 LCS regula un procedimiento extrajudicial, cuya finalidad no es otra que la de proceder a una liquidación lo más rápidamente posible de los siniestros producidos en los seguros contra daños, cuando no se llega entre las partes a un acuerdo dentro de los cuarenta días a partir de la declaración del siniestro, entendiéndose que las partes no son libres, sin más, para acudir al planteamiento judicial, para resolver los problemas que dé lugar la liquidación, sino como dice el párrafo cuarto del artículo 38, que previamente ha de proceder cada parte a designar un perito para que emitan un dictamen conjunto, que debe contener los extremos que determina el párrafo quinto del citado texto. Procedimiento éste que como se sostiene por la jurisprudencia citada «se revela, aunque sea de origen privado y su causa directa son relaciones contractuales, su regulación garantiza unos mínimos de Derecho necesario, de marcado interés público, impuesto por la Ley y substraído a la voluntad de las partes», normas imperativas que están recogidas en el artículo 38 citado y que se refieren tanto al tiempo y forma de notificar a las partes el acta del acuerdo de los peritos, como a las materias que han de ser recogidas en el acta de conformidad, que hacen pensar que tal acta de conformidad, más que tratarse de un propio informe pericial, guarda más semejanza a un laudo arbitral, que ha de aparecer fundado por las propias precisiones que los peritos hagan, en orden a determinar los conceptos exigidos en el párrafo quinto, de acuerdo con sus conocimientos técnicos, en los correspondientes apartados que de forma imperativa han de constar en el acta.

Declarado el carácter de derecho necesario del precepto que determina la forma de hacer la notificación del acuerdo a las partes, resulta indudable que para la validez del mismo la notificación ha de ser hecha por los peritos a las partes de forma inmediata e indubitada, requisitos que como es de ver en la declaración de los hechos probados de las sentencias de instancia, no se cumplieron respecto de la entidad demandante y recurrente, pues además de dilatar por más de un mes la notificación, ésta, la carta certificada remitida por conducto notarial el 6 de octubre de 1992 (el acta se suscribió por los peritos el 10 de septiembre), que fue recibida por su destinataria el siguiente día catorce, no tenía por objeto la notificación del acta de acuerdo, sino poner a disposición de la compañía asegurada el importe de la liquidación, de acuerdo con la cantidad fijada por los dos peritos de conformidad, y al mismo tiempo «requerirle para que facilite en todo lo posible el trabajo de los peritos nombrados por ambas partes para fijar la indemnización a la que tuvieran derecho por la garantía de paralización», por lo que no se puede entender que se ha cumplido con lo dispuesto en el párrafo séptimo del referido artículo 38, y tampoco se puede estimar subsanado, por la referida carta certificada, ya que en la misma no está contenida el acta del acuerdo pericial, no por el conocimiento que la parte recurrente tuvo en su día para la promoción del

juicio del que dimana este recurso, porque lo ha llevado a efecto precisamente para impugnar la validez del acuerdo.

Ha de ser estimado también el segundo motivo en atención a la obligatoria observancia del precepto que se dice infringido por la parte recurrente, el del párrafo quinto del repetido artículo 38 de la Ley 50/1980 de contrato de seguro, pues basta un simple examen del acta del acuerdo pericial para que aparezcan las deficiencias puestas de manifiesto por la parte recurrente en su recurso; pues si es cierto que en la redacción del mismo se ha guardado la estructura formal que impone el indicado precepto, su formulación, en lo que se refiere a los apartados segundo y tercero, lo hacen inaceptable por la falta de determinación de los conceptos que de forma general se totalizan. (STS de 9 de diciembre de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—La entidad actora recurre la sentencia de la Audiencia que confirmando la de primera instancia, desestima la demanda promovida por la misma, como aseguradora en virtud de póliza de multirriesgo, y demandó a la sociedad aseguradora, impugnando el «acta de conformidad» levantada por los dos peritos nombrados respectivamente uno por la propia entidad recurrente, y otro por la compañía aseguradora, de fecha 10 de septiembre de 1992, en la que se señaló como importe de los daños y perjuicios causados a la entidad asegurada, por el fuego declarado el 5 de mayo de 1992, en sus instalaciones comerciales, la suma de 22.003.400 pesetas. Alegando para fundamentar su impugnación, el incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 38 LCS, ya que entiende acreditados en autos: *a)* que el acta no fue notificada a la que es hoy parte recurrente y asegurada en la póliza, hasta el 6 de octubre de 1992, en la que por conducto notarial, se puso por la entidad aseguradora la cantidad establecida en el acta a disposición de la asegurada y *b)* que la citada acta de conformidad no reúne los requisitos exigidos en el párrafo quinto del citado artículo 38 LCS. (O.M.B.)

89. Contrato de seguro. Infarto de miocardio.—Los infartos de miocardio no pueden calificarse de accidentes con arreglo al artículo 100 LCS, salvo que se demuestre que se produjeron por una causa externa al paciente, por existir una violencia física o moral desencadenante de una situación extrema, siempre que quede debidamente acreditada esta relación entre la situación anómala y la producción del infarto, mediante las oportunas pruebas a cargo del actor. Es razonable que no se pueda calificar de causa violenta súbita la actividad que desarrollaba el demandante, pues precisamente era la actividad física habitual y ordinaria de su trabajo; y el infarto de miocardio se produce por la enfermedad de base, que es, la referida como diagnóstico: «cardiopatía isquémica evolutiva». El infarto para que se considere accidente ha de obedecer a una causa externa. (STS de 14 de noviembre de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Don I. G. C. interpuso demanda contra *Mutua General de Seguros, Sociedad Mutua a Prima Fija de Seguros y Reaseguros*, sobre reclamación de cantidad, ya que el actor se hallaba trabajando en Monzón para el Ayuntamiento de Castellonroy, en la apertura de una zanja para descubrir una tubería que debía

tener un escape de agua, cuando sufrió un dolor grave en el pecho que le obligó a una intervención de urgencia, con diagnóstico de una «cardiopatía isquémica evolutiva» con episodio de infarto de miocardio, teniendo el demandante suscrita una póliza de accidentes corporales como seguro individual. El Juzgado de Primera Instancia de Monzón (Huesca) estimó parcialmente la demanda. Recurrida en apelación por la sociedad demandada, la Audiencia Provincial de Huesca revocó dicha sentencia y se desestimó íntegramente la demanda. El TS declaró no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

90. Responsabilidad por falta de la comunicación prevista en el artículo 55 de la Ley Cambiaria y del Cheque.—El artículo 55 de la Ley Cambiaria y del Cheque de 16 de julio de 1985, aun siendo aplicable a los pagarés, mientras ello no sea incompatible con la naturaleza de estos títulos, ha de relacionarse con la responsabilidad solidaria de los intervinientes en la letra o pagaré, por lo que se refiere al endosante o librador, pero, en puridad, no ha de incluirse el caso del endoso de apoderamiento para cobranza, en que el endosatario no ejercita un derecho propio sino que actúa en concepto de representante del endosante, por lo cual, en el supuesto que nos ocupa, la alegada negligencia del demandado no puede inferirse del mero incumplimiento de los plazos establecidos en el artículo 55, que en modo alguno puede reputarse infringido, no sólo en atención a los hechos probados, que ya sería suficiente, sino también por las razones expuestas, lo cual es compatible con la posibilidad de apreciar negligencia en virtud de otros hechos que la demuestren respecto a la gestión de cobranza, que no es el caso.

Asimismo, la invocada infracción de los artículos 13 y 25 de la Ley para la defensa de los consumidores y usuarios de 19 de julio de 1984, propone una cuestión nueva y, por tanto, ha de rechazarse su examen en casación, ya que podría causar indefensión a la demandada.

En el segundo motivo, se cita como infringido el artículo 1170.2.º CC, planteándose también una cuestión nueva, con lo que debemos concluir en igual sentido que en el supuesto anterior.

Finalmente, el tercero de los motivos alegados es también rechazado al estimar resuelta previamente la cuestión en la sentencia de instancia. (STS de 29 de noviembre de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Badajoz, fueron vistos los autos de juicio de menor cuantía sobre reclamación de cantidad. Admitida a trámite la demanda, se dictó sentencia en fecha 24 de octubre de 1996, desestimando la misma.

Contra tal resolución, se interpuso recurso de apelación que fue admitido y, sustanciado éste, la Audiencia Provincial de Badajoz (Sección 1.ª) dictó sentencia con fecha 18 de febrero de 1997, de forma igualmente desestimatoria, razón por la que se presenta, finalmente, recurso de casación al amparo del artículo 1692.4 LEC, por infracción de los artículos 55 de la Ley Cambiaria y del Cheque; 13 y 25 LGDCU; y 1170, párrafo segundo, CC; así como de la doctrina y jurisprudencia aplicable a este respecto. (J. L. B.)

91. Sociedad mercantil irregular: concepto y requisitos.—Desde el momento que los contratantes se obligaron a poner en común determinados bienes con intención de obtener un lucro, ello denota la existencia de la sociedad de naturaleza mercantil, dada la naturaleza de las operaciones que la sociedad había de desarrollar, con lo que se viene a aplicar el criterio objetivo que la doctrina científica mayoritariamente contempla para llegar a establecer la naturaleza civil o mercantil de la sociedad, determinando tal condición irregular a los efectos plenamente mercantiles, la ausencia de escritura pública constitucional y la inscripción en el Registro Mercantil, pero sin que ello desnaturalice tal carácter mercantil en las relaciones mediante entre los socios, así lo estima la doctrina jurisprudencial; el artículo 117 CCO da validez al contrato, cualquiera que sea la forma de su celebración entre los que lo celebren, siempre que reúna los requisitos del artículo 1261 CC, admitiendo la posibilidad de su concierto en documento privado y con forma verbal, siempre que su objeto sea mercantil, remitiendo como legislación aplicable a tal tipo de sociedades a la de las colectivas, con aplicación de la normativa específica a la del Código de comercio, asimilación a las sociedades colectivas y consiguiente aplicación de la normativa específica del Código de comercio. El otorgamiento de escritura notarial y la inscripción en el Registro Mercantil, requisitos que sólo tienen carácter constitutivo en las sociedades anónimas y en las sociedades de responsabilidad limitada, pero no en las 'compañías colectivas', según reconoce, con carácter más general, el artículo 120 del CCO. (STS de 11 de octubre de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Don J. F. G. V. interpuso demanda contra doña A. P. P. y don A. B. S. sobre reclamación de cantidad. El Juzgado de Primera Instancia número 6 de San Cristóbal de la Laguna resolvió estimando la demanda. Recurrida en apelación por doña A. P. P., la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife desestimó el recurso. El TS declaró no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

92. Balance. Función y requisitos.—El balance actúa como documento contable que refleja, mediante partidas agrupadas, los elementos patrimoniales de la sociedad y de este modo se fija el valor de su patrimonio social, imponiendo el artículo 34 CCO, que las cuentas anuales deberán de redactarse con claridad y cumplir la función de mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados.

Balance. Confección: principios.—Los principios rectores que rigen la confección de los balances y tienen carácter imperativo (art. 35 CCO), son: a) *Veracidad y exactitud*, ya que el activo debe contener todos los elementos que representan un valor y el pasivo ha de registrar las cargas obligacionales, b) *Claridad*, en cuanto a la distinción y delimitación de las partidas, poniendo bien de manifiesto la situación patrimonial y la determinación de resultados, c) *Unidad*, pues abarca a la compañía en su totalidad, integrándose la unidad de contabilidad con el balance, cuenta de pérdidas y ganancias y memoria (art. 34.1.º CCO) y d) *Continuidad*, ya que cada balanza enlaza y se relaciona con los precedentes, y sus resultados han de tomarse como punto de partida.

Sociedades Anónimas. Contabilidad: caracteres y régimen jurídico. En el caso concreto de las sociedades anónimas, la contabilidad precisa y ordenada viene impuesta en los artículos 171 a 222 de la Ley, exigiendo el

artículo 172, en concordancia con el Código de comercio, que los documentos de las cuentas anuales serán redactados necesariamente con claridad, debiendo de mostrar la imagen fiel del patrimonio social conforme a la Cuarta Directiva 78/660/CEE, de 25 de julio de 1978, así como Directivas 90/604 y 90/605, de 8 de noviembre de 1995, con reflejo en la Ley 2/1995.

Contabilidad. Examen judicial.—Cuando se promueve controversia judicial respecto al alcance de la claridad de las cuentas, corresponde al Juzgador formar convicción personal sobre las cuestiones sometidas a su consideración, sin que esté obligado a realizar directa y materialmente la contabilidad, resultando valioso para su examen los informes periciales, por precisarse conocimientos específicos en la materia, y dichas informaciones contribuyen a que el Tribunal pueda alcanzar criterios y en este sentido el artículo 119.3 LSA contempla especialmente la prueba pericial contable.

Balance. Confidencialidad de deuda pública especial: inaplicable a la confección de balance de sociedad anónima.—La confidencialidad de la deuda pública especial suscrita conforme a la DA 13 de la Ley 18/1991 del Impuesto de la Renta de las Personas Físicas, de 6 de junio, que contempla la confidencialidad de los adquirentes y ninguna norma contable, no amparando expresamente la no contabilización de dicha deuda, al referirse la confidencialidad expresamente a que las Entidades gestoras y demás intermediarios que intervengan en la suscripción de activos de la deuda pública especial no están obligados a informar a la Administración Tributaria de la identidad de los suscriptores, cuyos datos identificativos se mantienen preservados hasta que se produzca la amortización ordinaria o anticipada. Evidentemente se trata de una normativa fiscal proyectada hacia el exterior que no puede afectar al régimen jurídico legal que disciplina las sociedades anónimas, pues sus normas tienen carácter imperativo, y así sucede con las que disciplinan la confección correcta de los balances conforme a lo que se deja dicho. Los balances no pueden ser sustituidos por la memoria, la que, de conformidad a los artículos 35.3 CC y 199 y ss. LSA, actúa en correlación al balance, completándolo, ampliándolo y comentándolo, careciendo de la condición de documento contable y de los requisitos legales que debe reunir el balance. La jurisprudencia ha señalado que es necesario e inevitable el reflejo en el patrimonio social de la deuda pública especial, al formar parte e integrarse en aquél de manera indiscutible, aunque su incorporación efectiva no se produzca hasta la terminación del plazo por el que se constituyó y resulta insuficiente su reflejo en la memoria.

Balance. Insustituible por la memoria.—Los balances no pueden ser sustituidos por la memoria, la que, de conformidad a los artículos 35.3 CCO y 199 y ss. LSA actúa en correlación al balance, completándolo, ampliándolo y comentándolo, careciendo de la condición de documento contable y de los requisitos legales que debe reunir el balance.

Contabilidad. Necesidad de reflejar la imagen fiel.—El artículo 34.4.º CCO no deja de ser significativo y previsor al disponer que en los casos excepcionales en los que la aplicación de una disposición legal en materia de contabilidad fuera incompatible con la imagen fiel que deben proporcionar las cuentas anuales, tal disposición no será aplicable. (STS de 30 de septiembre de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Don J. R. M. y otros interpusieron demanda contra la mercantil *Autotractor, S. A.*, impugnando los acuerdos sociales por los que se aprobaron las cuentas anuales del ejercicio de 1993

sin haber contabilizado en el balance la partida de la deuda pública especial por importe de 42.705.837 pesetas. El Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Lleida estimó la demanda. Recurrida en apelación, la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Lleida desestimó el recurso. El TS declaró no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

93. Prohibición de transmisión de acciones de una sociedad anónima.—El artículo 14 LSA de 17 de julio de 1951, prohibía a los accionistas transmitir sus acciones en tanto que no estuviera inscrita la sociedad en el Registro Mercantil. Esa misma prohibición se reproduce en el artículo 62 de la actual, ampliándose también a los supuestos de no inscripción en dicho Registro del aumento de capital social (el art. 162.1 LSA vigente establece que ese acuerdo de aumento y la ejecución del mismo tendrán que inscribirse simultáneamente). Sin embargo, la doctrina del TS (SSTS de 16 de julio de 1992 y de 8 de febrero de 1988) pone de manifiesto que dicha prohibición no imposibilita que, previamente, en la etapa presocial, se puedan concertar pactos de enajenación de acciones entre accionistas y terceros; el argumento que maneja el TS es el respeto a las voluntades contratantes, cuando no exista sospecha, o efectiva revelación de fraude, moderando de esta manera las exigencias formalistas. Esa venta de referencia es eficaz y vinculante para las partes, en cuanto que supone un convenio válido para la transmisión de los títulos y es un antecedente a su debida formalización. En otro caso, quedaría en entredicho el derecho a la libre disponibilidad de parte del patrimonio del titular, máxime cuando esos preceptos quedan limitados al no libre tránsito entre los propios accionistas, pero no cuando el negocio liga a los accionistas con terceras personas (STS de 16 de julio de 1992). Así no hacen de imposible cumplimiento los negocios de transmisión de acciones.

Interpretación de los contratos.—La interpretación de los contratos es una función que corresponde al Tribunal de instancia, cuyo resultado ha de prevalecer en casación, salvo que las conclusiones que se alcancen sean contrarias al recto criterio o entren en conflicto con las normas legales utilizadas para la tarea hermenéutica. (STS de 12 de diciembre de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Talavera de la Reina se interpone demanda por una serie de personas, sobre acción de nulidad de todas las ventas de las acciones de la *Sociedad Congelados Talavera*, por haberse efectuado antes de constituirse e inscribirse dicha sociedad. El Juzgado estima en parte la demanda y la Audiencia Provincial de Toledo confirma la sentencia de instancia, desestimando los recursos de apelación interpuestos por los actores. Se plantea recurso de casación ante el TS por los actores, donde alegan, entre otros motivos, la infracción de los artículos 14 LSA y 1261.2.º CC. (S. L. M.)

94. Sociedades anónimas.—Se ejercita demanda de reclamación de las deudas sociales de los administradores vía indemnización por actuación culposa o negligente de los mismos y vía objetiva por la responsabilidad solidaria establecida, por incumplimiento de determinadas actuaciones: 1. Por no convocar la Junta General en el plazo de dos meses en supuestos de disolu-

ción. 2. El no haber acomodado e inscrito en el Registro Mercantil los Estatutos Sociales antes del 30 de junio de 1992, a la normativa de la ley.

Acumulándose en la demanda, pues, tres acciones para obtener la única petición principal del suplico, siendo suficiente la estimación de una sola de las acciones para dar lugar a la demanda, las dos últimas, tienen una verdadera naturaleza objetiva, constituyendo una obligación *ex lege*, que para dar lugar a las mismas, basta con acreditar los hechos en que se funda, sin necesidad de entrar en otras disquisiciones, como si ha existido o no culpa o negligencia, circunstancia ésta que no ocurre para el éxito de la acción fundamentada en el artículo 135 LSA, en el que tiene que acreditarse que en la actuación de los administradores se cumplen todos los supuestos para apreciar la existencia de culpa o negligencia, además de demostrar la realidad del daño, siendo la acción esencialmente reparadora del mismo; por el contrario para dar lugar a cualquiera de las dos últimas, además de no hacer falta la demostración de existencia de culpa, no son acciones indemnizatorias en cuanto no se condena al pago de una indemnización de los daños causados sino al pago solidario de las deudas sociales, lo que supone dar lugar a una especie de asunción acumulativa de la deuda.

Defectos procesales. Litisconsorcio pasivo necesario.—En el supuesto de incumplimiento del pago de una deuda social por la sociedad deudora, puede hacerse efectivo el mismo contra los miembros del consejo de administración de la sociedad, siempre que estos estén incurso en alguno de los supuestos fácticos que han sido estudiados en la sentencia impugnada, todo ello con independencia de que esa deuda, estuviera afianzada su pago por una sociedad del mismo grupo, como ocurre en el supuesto de autos, ya que la obligación del pago de la deuda por los administradores es de carácter solidario, lo mismo que el de la entidad que afianzó la póliza de crédito, en este supuesto lo ha sido por *Esabe Expres, S. A.*, sin que a este respecto, sea necesario demandar a la fiadora, pues siendo las obligaciones de todos de carácter solidario, el acreedor, de acuerdo con lo que determina el artículo 1144 CC, puede dirigirse indistintamente a uno u otro deudor o a todos ellos.

Prescripción. El plazo es distinto según la acción que se ejercite: el de un año para la culpa extracontractual y el de cuatro años para la objetiva contra los administradores.—Se ejercitan en el procedimiento, con el mismo fin, el del cobro de deudas sociales, otras dos acciones distintas de la derivada de culpa extracontractual, para las cuales según reiterada doctrina de esta Sala, como lo ponen de manifiesto las SS de 2 de julio de 1999 y 26 de octubre de 2001, el plazo de prescripción es el de cuatro años señalado en el artículo 949 CCO.

Se cumplen los supuestos de hecho para el éxito de las acciones para el cobro de deudas sociales con carácter solidario de los administradores sociales.—Los recurrentes mezclan y confunden dos acciones, una derivada de culpa extracontractual para la que sí es necesario acreditar la relación de causalidad entre la actuación de los administradores y el resultado dañoso, es decir, es necesario que se cumplan los supuestos exigidos en el artículo 1902 CC, para poder exigir esta clase de responsabilidades extracontractuales, y que tiene su fundamentación para las actuaciones culposas de los administradores en el artículo 135, y otra bien distinta, que es la acción cuyo soporte estriba en el núm. 5 del artículo 262 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 22 de diciembre de 1989, cuya infracción se alega como fundamento del presente motivo, que para su éxito no es necesario que concurren los supuestos de la culpa, como se tiene reiteradamente manifesta-

do en la jurisprudencia de esta Sala, entre otras, en las SS de 20 de diciembre de 2000, 20 de abril y 26 de octubre de 2001 y 25 de abril de 2002. La del núm. 5 del artículo 262 es una acción nacida de la obligación de responder de las deudas sociales con carácter solidario si no han cumplido lo dispuesto en el núm. 4 del artículo 260 de la referida ley, cuando por consecuencia de pérdidas dejen reducido el patrimonio a una cantidad inferior de la mitad del capital social, situación fáctica que ha sido reconocida por los demandados, ahora recurrentes que se daba en la sociedad *Esabe Ingeniería y Servicios, S. A.*, pero como esa situación era conocida por el banco prestamista, entienden que las normas citadas no deben aplicarse respecto a éste, ya que la situación de insolvencia se ha producido antes del nacimiento de los créditos del banco, y la imposibilidad de pago obedece a causas anteriores de la creación de la póliza. Argumentaciones éstas que no se conjugan bien con el carácter objetivo de la responsabilidad de los administradores nacida de los artículos 262.5.º en relación con el núm. 4 del artículo 260 LSA, y que crearía por otra parte, una irresponsabilidad de los administradores de las compañías insolventes no querida en los referidos artículos, que constituyen precisamente para estos supuestos, una salvaguardia para los acreedores excesivamente confiados y ajenos generalmente a la maniobra de los administradores. (STS de 14 de noviembre de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Los demandados recurren la sentencia de la Audiencia que revocando la de primera instancia da lugar a la demanda, y condena solidariamente a los demandados, en su calidad de miembros del Consejo de Administración de la entidad *E.I.S.* al pago solidario de la cantidad reclamada por el banco actor. El TS declara no haber lugar al recurso de casación. (*O. M. B.*)

95. Interrupción del plazo de prescripción de las acciones judiciales.—El artículo 1973 CC establece que el plazo de prescripción de las acciones se interrumpe básicamente por tres motivos: su ejercicio ante los Tribunales, la reclamación extrajudicial del acreedor, y cualquier acto de reconocimiento de la deuda por el deudor. En conclusión, la demanda no es el único instrumento procesal que interrumpe el plazo prescriptivo. Así, el artículo 944 CCO se refiere a la demanda o a cualquier otro acto de interposición judicial hecho al deudor.

Responsabilidad de los administradores de una sociedad anónima y acciones de defensa.—El artículo 133 LSA contiene la responsabilidad de los administradores frente a la sociedad por actuaciones contrarias a la Ley y a los Estatutos, y por las deudas a su falta de diligencia en el desempeño de su cargo. Para exigir dicha responsabilidad, los artículos 134 y 135 LSA otorgan la acción social y la acción individual, respectivamente (STS de 21 de septiembre de 1999). La acción individual se ejercita cuando se pretende un resarcimiento o una indemnización por una conducta incorrecta o negligente del administrador, que haya causado al socio o a un tercero, un perjuicio en su patrimonio personal. Su ejercicio exige la concurrencia de los siguientes presupuestos: un actuar negligente del administrador, que eso haya quedado suficientemente determinado y haya operado decididamente causando los daños que padecen los demandantes; esos daños han de ser efectivos, constatados y probados, concurriendo en todo caso el nexo causal eficiente (STS de 28 de junio de 2000).

La responsabilidad de los administradores por actos o por la adopción de acuerdos lesivos es solidaria (art. 133.2 LSA). Sin embargo, quedan eximidos de responsabilidad los siguientes: los que logren probar que no han intervenido en su adopción o ejecución; los que desconocían su existencia; los que conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o se opusieron expresamente a dicho acuerdo. (STS de 28 de octubre de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña A. P. M. y don A. L. A. interponen demanda contra dos de los administradores de la entidad *Promociones Inmobiliarias del Pirineo, S. A.* (don J. L. R. S. y don J. T. M.). En esa demanda se solicita, entre otras cosas, las siguientes: que los administradores de dicha entidad son responsables solidarios del pago de una cantidad adeudada; se les condene a pagar solidariamente dicha cantidad más los intereses legales; se condene a la sociedad y a esos administradores al pago de una cantidad para el levantamiento de una carga hipotecaria que grava la vivienda de los demandantes; se declare resuelto el contrato de compraventa suscrito entre la parte actora y la sociedad, puesto que la CAI se ha adjudicado el inmueble; el pago de los daños y perjuicios. Ambos administradores contestan a la demanda oponiéndose, mientras que la entidad fue declarada rebelde. El Juzgado de Primera Instancia dicta sentencia, en la que declara resuelto el contrato de compraventa celebrado entre los demandantes y la sociedad demandada y se condena a la sociedad y a don J. L. R. S. al pago solidario de las cantidades debidas.

Los demandantes y don J. L. R. S. promueven recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Huesca. Estima los recursos de los demandantes, desestima el interpuesto por don J. L. R. S., y revoca parcialmente la sentencia de instancia, en el sentido de que condena también solidariamente a don J. T. M. al pago de las cantidades reconocidas en dicha sentencia. El resto de pronunciamientos se mantienen idénticos.

Don J. T. M. interpone recurso de casación ante el TS, alegando infracción de los artículos 1968.2.º y 1902 CC, y 135 LSA, entre otros. En relación a ese primer artículo alegado, señala el recurrente que el plazo de prescripción de la acción para reclamar daños y perjuicios ha transcurrido, pues toma en consideración la fecha de interposición de la demanda y no la fecha en que los demandantes conocen la descalificación de la vivienda. El TS finalmente declara no haber lugar al recurso. (S. L. M.)

96. Sociedad de responsabilidad limitada. Impugnación de acuerdos sociales. Acuerdo lesivo para el interés social: potencialidad del daño.—Ha de entenderse que procede considerar lesión a los intereses generales de la sociedad, entendidos como intereses comunes de todos los socios y con proyección consecuente a la defensa de los participantes minoritarios y sin necesidad de que el daño o lesión efectivamente se produzcan, para poder deducir la pretensión impugnatoria, pues basta y es suficiente que exista peligro potencial del daño, sin tener que esperar el demandante a que la lesión ocurra para poder ejercitar la acción.

Sociedad de responsabilidad limitada. Impugnación de acuerdos sociales. Acuerdo lesivo para el interés social: beneficio a favor de uno o varios socios.—El requisito del beneficio a favor de uno o varios socios no hay que entenderlo exclusivamente en el sentido de puro interés económico, sino que también puede consistir en cualquier otra ventaja de carácter político-social o profesional, resultando decisivo que el beneficiario sea un socio de la compañía y concorra relación de causalidad entre la lesión del interés social producido por el acuerdo y el beneficio experimentado por el socio.

Sociedad de responsabilidad limitada. Acuerdo de separación de administradores: mayorías necesarias.—El artículo 13 LSA de 1953 disponía que los administradores podían ser separados de sus cargos en cualquier momento por acuerdo de los socios que representen la mayoría del capital social, no tratándose aquí de administradores nombrados en la escritura fundacional, en cuyo caso la norma aplicable es el artículo 17. Al decir que «podrán» estamos ante un precepto no imperativo que no anula y deja sin efecto lo previsto en los Estatutos de la sociedad. El artículo 17 de los que rigen la compañía recurrente establece que la separación de los administradores en todo caso habrá de ser acordada con los requisitos establecidos en el artículo 17 de la Ley, que impone que el acuerdo debe ser votado por un número de socios que representen, al menos, la mayoría de ellos y las dos terceras partes del capital social y aquí sucede que el acuerdo declarado nulo sólo fue adoptado por los socios que ostentaban el porcentaje del 64,96 por 100. (ST^S de 18 de noviembre de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—La mercantil *Prisma, Promoción de Industrias y Servicios Medioambientales, S. L.*, contra *Lunagua, S. L.*, solicitando se declaren anulables los acuerdos adoptados en la Junta General de la Sociedad demandada, relativos a la aprobación de cuentas, gestión del Consejo e informe de gestión, y aplicación de resultados, y nulo de pleno derecho el acuerdo relativo al cese de los Consejeros. El Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Santander estimó parcialmente la demanda, declarando anulables los acuerdos adoptados en la Junta General relativos a la aprobación de cuentas, gestión del consejo e informe de gestión, así como la nulidad del acuerdo relativo al cese de los Consejeros. Recurrida en apelación, la Sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Cantabria confirmó la resolución de instancia. El TS declaró no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

DERECHO PROCESAL

97. Responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. La jurisdicción competente para conocer de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas es, desde la entrada en vigor de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, la contencioso-administrativa.—Tiene declarado esta Sala —así, en S de 16 de marzo de 2000— que, a partir de la vigencia de la Ley 30/1992 y del Reglamento que la desarrolla, la atribución competencial al orden jurisdiccional contencioso-administrativo opera en todos los casos de exigencia de respon-

sabilidad patrimonial a los entes públicos «con independencia de la naturaleza de la obligación de la que nazca esa responsabilidad, ya sea debida a una actuación pública o privada», lo que es aplicable al presente caso en que se demanda al Ayuntamiento de Mérida con base en la responsabilidad derivada del derrumbamiento por desplome de una casa «como consecuencia de la rotura de la canalización municipal del agua sanitaria», hecho acaecido el día 23 de octubre de 1993 y habiéndose presentado la demanda el 12 de abril de 1995, de todo lo cual se sigue el acogimiento del motivo a lo que no obsta que la Audiencia, en auto de 9 de abril de 1996, resolviendo apelación interpuesta contra el dictado por el Juzgado de Primera Instancia en 2 de noviembre de 1995, declarase la competencia de éste para el conocimiento del asunto, ni que este auto fuera recurrido en casación y esta Sala declarase inadmisibles el recurso y firme lo resuelto por la Audiencia, pues, habiendo continuado el proceso ante dicho Juzgado y apelada la sentencia, se ha interpuesto el presente recurso de casación impugnando la definitiva dictada por la Audiencia y ha de resolverse lo pertinente.

La procedente estimación del motivo hace innecesario el examen de los siguientes. (STS de 18 de diciembre de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—El TS declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por un Ayuntamiento contra la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Provincial que le condenaba a indemnizar a una señora por el derrumbamiento de su vivienda, ocasionado por el desplome de una canalización municipal de agua sanitaria. La estimación se basa en la falta de competencia de la jurisdicción civil para conocer de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas a partir de la entrada en vigor de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. (L. F. R. S.)

98. Incompetencia de la jurisdicción civil a favor del orden contencioso-administrativo. Acción ejercitada por la propia Administración Pública contra arquitecto, aparejador y contratista de una obra pública, resultante de contrato administrativo de obra.—Parece evidente la falta de jurisdicción de los Tribunales civiles para decidir sobre la interpretación y ejecución del contrato litigioso, pues se trata de una obra pública dentro del concepto y amplia acepción que comprende toda la actividad de la Administración desarrollada para satisfacer el interés general atendiendo a la esfera de su competencia. Nos encontramos, pues, ante un contrato administrativo que tiene como objeto la redacción de un proyecto y dirección de la ejecución de una obra pública, cuyo cumplimiento y efectos exceden de la competencia de los órganos de la jurisdicción ordinaria civil. Todo ello al margen de la indudable *vis atractiva* de la jurisdicción contencioso-administrativa en materia de contratación.

La condición de actora de la Administración Pública no implica que deba conocer los órganos del orden civil, aun cuando los demandados sean particulares.—Que aunque se admita que no es habitual que en los contratos administrativos, sea la Administración, como ocurre en autos, quien actúe como parte actora frente a los particulares demandados e intervinientes en aquel contrato, ello no empece a que exista impedimento alguno para que,

cuando así ocurre, se mantenga, asimismo, la competencia del orden administrativo.

Competencia residual del orden civil. No es aplicable cuando existe una expresa y preferente atribución por la Ley al orden administrativo.—No es atendible la reiterada afirmación de la competencia residual del Orden civil a través de la insistente mención del artículo 9.2 LOPJ, que es inaplicable cuando existe una atribución expresa al orden administrativo, y deviene preferente su núm. 4.

Síntesis jurisprudencial sobre el entrecruce competencial del orden civil versus contencioso-administrativo.—En cuanto a la responsabilidad patrimonial de la Administración en general, el régimen vigente a partir de la LRJAP-PAC de 1992 (arts. 139 a 144, según resultan de la Ley 4/1999, de 13 de enero, de Modificación de la Ley 30/1992), así como de la LJC-A de 1998 [art. 2.a)] y LOPJ (art. 9.4, según redacción dada por la Ley 29/1998), determina que toda reclamación indemnizatoria derivada de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, cualquiera que sea la naturaleza jurídica de la relación, pública o privada en que se ocasione, deberá ser sustanciada ante la jurisdicción contencioso-administrativa, incluso en el caso de que a la producción del daño hayan concurrido sujetos pasivos, quienes deberán también ser demandados ante este orden jurisdiccional. Igualmente, en los supuestos de responsabilidad en materia de asistencia sanitaria, la Ley 4/1999, de 13 de enero, de Modificación de la Ley 30/1992 (DA 12.^a), establece la competencia del orden contencioso-administrativo para conocer de esta clase de reclamaciones. Por el contrario, será competente el orden civil, según una constante jurisprudencia—SSTS de 7 de abril de 1989, de 23 de noviembre de 1990, de 15 de marzo de 1993 y de 26 de mayo de 1997, entre muchas—, para el conocimiento de cuestiones relativas a responsabilidad extracontractual, en materia de responsabilidad culposa, originada por actuaciones médicas, en litigios anteriores a la Ley 30/1992, o cuando se demanda a un centro médico particular. Asimismo, resulta competente el orden civil cuando, junto con la Administración, es demandada la compañía aseguradora, la cual no comparece en el proceso por haber concurrido a la producción del daño, sino como contratante de una póliza de seguro, y contra la cual se actúa en el ejercicio de la acción directa contemplada en el artículo 76 L.C.S. (cfr. STS de 21 de diciembre de 2002). (STS de 20 de febrero de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—El Ayuntamiento de Zaragoza ejercitó demanda civil de responsabilidad dimanante del contrato de obra contra el arquitecto director de la misma, el aparejador y la empresa constructora encargadas de la ejecución del contrato administrativo de obra consistente en la remodelación de una plaza y adecuación de otros espacios para la Corporación, solicitando ante el órgano civil la condena solidaria de aquéllos por el defectuoso cumplimiento de sus obligaciones, por la subsanación de los defectos y vicios pendientes, así como por los errores y sobrecostes de las partidas de obra ejecutadas. El Juzgado de Primera Instancia dictó auto disponiendo el sobreseimiento y decretando el archivo de los autos, por entender que la jurisdicción civil no era la competente para conocer del asunto. La Audiencia Provincial de Zaragoza desestimó el recurso de apelación planteado por el Ayuntamiento y confirmó la resolución de instancia. (L. A. G. D.)

99. Falta de motivación de la sentencia. Devolución de los autos a la Audiencia Provincial para que dicte una nueva.—Procede, con la acogida del motivo, subrayar esa falta de motivación de la sentencia recurrida sobre lo que se decía entre otras en la S de esta Sala de 10 de julio de 2002 según la cual «... El derecho a la tutela judicial efectiva incluye como contenido básico el derecho a obtener de los órganos judiciales una respuesta a las pretensiones planteadas que sea motivada y fundada en derecho y no manifiestamente arbitraria o irrazonable, aunque la fundamentación jurídica pueda estimarse disintente o respecto de ella puedan formularse reparos (SSTC de 23 de abril de 1990 y 14 de enero de 1991), habiendo sido matizado este derecho a la motivación por la doctrina constitucional en el sentido de que no autoriza a exigir un razonamiento judicial exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que se decide, sino que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones judiciales que vengán apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión (STC de 28 de enero de 1991), afirmando la S de 5 de abril de 1990 de ese Tribunal que «basta que la motivación cumpla la doble finalidad de exteriorizar el fundamento de la decisión adoptada y permita su eventual control jurisdiccional...» (SS de 3 de noviembre de 1997, 3 de febrero, 30 de mayo y 28 de febrero de 2002, y 3 de mayo de 2002; por lo que, se declara, por consiguiente, la nulidad de esa sentencia, con devolución de las actuaciones al Tribunal de Instancia para que, con libertad de criterio se dicte otra nueva, en la que, emita su pertinente *ratio decidendi* sobre esos pronunciamientos emitidos. (STS de 23 de diciembre de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—La sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 2.^a de 29 de enero de 1997, estimó el recurso de apelación interpuesto por doña M.^a C. S. G., frente a la sentencia del Juzgado de Primera Instancia que revocó, desestimando, asimismo, la segunda demanda interpuesta por acumulación de autos. El litigio se centra en que la hija demanda a su madre y dos hermanos para que se divida la comunidad de dos fincas originarias, sobre las que ostenta una sexta parte al igual que sus hermanos, mientras la madre es titular de la mitad, según su proceso adquisitivo. Decisión que es objeto de recurso de casación por la actora y la comunidad de propietarios del edificio *Boticaria del Sur*. (A. G. B.)

100. La tutela judicial efectiva y la incomparecencia del Letrado. El TS se limita a hacer un recorrido, a modo de recordatorio, por las sentencias del TC relativas a este tema. Una de ellas es la STC 130/1986, de 29 de octubre, donde se señala que el artículo 323.6.º LEC atribuye al Tribunal la apreciación de la enfermedad del abogado como motivo justificado para la suspensión de la vista oral. Dicha apreciación tiene que hacerse a la luz del artículo 24 CE y, por tanto, en el sentido más favorable para garantizar el derecho de la tutela judicial efectiva. Si se logra acreditar la enfermedad del abogado tal como ordena el precepto y no se suspende la vista, eso supone una interpretación restrictiva del derecho fundamental que provoca una situación de indefensión al impedir formular alegaciones. No cabe rechazar el certificado médico que acredita la enfermedad del letrado defensor simplemente por haber sido presentado en papel común. Cuando alguna de las par-

tes solicita razonadamente la suspensión de la vista o del juicio, el órgano judicial no puede ignorar esa petición, sino que debe resolver motivadamente acerca de la misma para así no lesionar sus derechos de defensa.

Otra STC es la 195/1988, de 20 de octubre. El artículo 323.6.º LEC establece que la petición de suspensión debe solicitarse con una antelación de cuarenta y ocho horas. El TC entiende que caben dos interpretaciones de esto: considerar que la enfermedad se produce ese mismo día o bien considerar que eso no prejuzga el momento en el que la enfermedad se produce y se debe advertir con anterioridad a los efectos de la suspensión. Dice el TC que aunque el órgano judicial siga esta segunda opción, se debe dar a la parte demandante la oportunidad de subsanar dicho defecto o aclarar el momento en que se produce la enfermedad, sin denegar la suspensión directamente.

La STC 196/1994 sigue la línea anterior y viene a decir que las normas procesales sobre justas causas de incomparecencia deben ser interpretadas en el sentido que favorezca el ejercicio de la acción y la continuidad del proceso. No obstante, dicha interpretación no puede dar lugar a actitudes carentes de la diligencia debida por parte del interesado, pues pueden lesionar el derecho a la tutela judicial efectiva de la otra parte, entre otros derechos.

En una última sentencia que se cita, la 115/2002, el TC plantea que la falta de presencia del abogado en el juicio o en la vista, tiene que generar al recurrente una efectiva indefensión; no basta con que se le haya privado de formular alegaciones en la vista, sino que es necesario que ello haya supuesto, por un lado, un real y efectivo menoscabo, restricción o limitación de sus posibilidades de defensa, y por otro, un perjuicio también real y efectivo de sus derechos e intereses legítimos. (STS de 27 de noviembre de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—La *Sociedad de Condueños de la Montaña de Tor*, junto a otros demandantes, interpone demanda contra una serie de demandados, en la que se solicita la declaración de unos derechos, la nulidad de la escritura pública de compraventa por nulidad del contrato base de la misma, subsiguiente nulidad y cancelación de inscripciones del Registro de la Propiedad, nulidad de varios tractos sucesorios indebidamente registrados y declaración de inexistencia de derechos. Dos de los demandados (don F. S. S. y doña A. R. B.) promueven demanda contra dicha sociedad y los demandantes anteriores. El Juzgado de Primera Instancia acumula las pretensiones y dicta sentencia, estimando parcialmente la demanda interpuesta por la *Sociedad de Condueños de la Montaña de Tor* y demás demandantes, y declarando que los demandados no eran condueños de la Montaña de Tor por diferentes motivos cada uno de ellos.

Contra dicha sentencia se interponen recursos de apelación que fueron admitidos por la Audiencia Provincial de Lleida. Se dicta sentencia confirmando algunos pronunciamientos de la sentencia de primera instancia.

Ante el TS se interponen varios recursos de casación individualmente por los interesados. El TS admite el interpuesto por don J. R. S., al que luego se adhiere don V. N. M. Entre los motivos señalados, se alega la vulneración del artículo 323.6.º LEC, por no suspenderse la vista por enfermedad del Letrado de una de las partes, habiéndose solicitado la suspensión.

NOTA.—La sentencia se refiere a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 3 de febrero de 1881. (S. L. M.)

101. Presunción de inocencia en el ámbito civil; privación de un premio en concurso hípico. La casación no es una tercera instancia en la que convencer al Tribunal de una interpretación de los hechos interesada y de parte. El principio de presunción de inocencia ha de informar la penalística y nunca el Derecho privado.—En un único motivo del presente recurso, la demandante denuncia al amparo del núm. 1 del artículo 1692 LEC, la infracción del artículo 24.2 CE, por infracción del principio de defensa y de presunción de inocencia, así como del principio *indubio pro reo* de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 5.1 de la LOPJ; y se agrega que esta Sala ya se ha pronunciado en S como la de 12 de noviembre de 1993, en la que indica que la aplicación de la presunción de inocencia en el ámbito civil lo será respecto de actuaciones desfavorables o de carácter sancionador y se referirá a que nadie puede ser condenado sin pruebas, pues, los efectos de dicho artículo no se restringen tan sólo al ámbito penal o sancionador-administrativo, si bien es cierto que en estos es donde despliega su máxima eficacia, pero ello no es óbice para que pueda serlo en este Orden jurisdiccional, donde también existe potestad sancionadora, como es el presente caso. Lo mismo cabe decir, por supuesto, de otros principios constitucionales, como el de defensa o el propio *pro reo* que también despliegan eficacia en esta Jurisdicción. En el presente caso, como veremos la actuación de los Comisarios de la *Sociedad de Fomento de la Cría Caballar de España* ha supuesto la vulneración del derecho de defensa, actuando de tal forma que sus actos quedan viciados de nulidad y por lo tanto carentes de pruebas a los efectos que hemos indicado, como se acreditará.

Esto es, se reitera la denuncia que aquella condena supuso desconocer el dogma de la presunción de inocencia, y para ello, se dedica el motivo en una prolija enumeración de hechos y circunstancias para resaltar lo que entiende es el *modus operandi* o «el desglose histórico del asunto», que se integra, consecuentemente, con una versión de los hechos contraria a la transcrita de la recurrida. Afirmar que la casación no es una instancia más y que por tanto no es posible, según su disciplina, reintroducir la convicción judicial en un pormenor fáctico de todo lo sucedido con motivo del evento enjuiciado según la versión acomodaticia de los hechos que relata la parte afectada o recurrente, implica no sólo desconocer aquella disciplina, sino hasta suplantarse la soberanía enjuiciadora de la instancia, al socaire de unos alegatos interesados de la parte que, en caso alguno, pueden sobreponerse sobre los *facta* transcritos, al carecer de aceptación casacional y, sin que se comparta que la sanción impuesta de privación del premio en el Concurso Hípico, represente ni margine tan siquiera, un efecto punitivo para la recurrente ni, por supuesto, que ello, en su caso supuso el desconocimiento del principio de presunción de inocencia que, en rigor, ha de informar la penalística y nunca el Derecho privado. Se desestima, pues, el recurso con los efectos legales derivados. (STS de 10 de febrero de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—El caballo ganador de un premio hípico da positivo de dopaje en el correspondiente análisis de orina. Su dueña y entrenador solicitan un contraanálisis que pone de relieve que las muestras duplicadas de orina que se guardaron a efectos de realizar la contraprueba han sido manipuladas. Tras realizarse un tercer análisis, se confirma el positivo de dopaje. En consecuencia, la organización de la carrera priva del premio al caballo. Su dueña interpone una acción de nulidad de la sanción ante el Juzgado de Primera

Instancia que le da la razón en una sentencia que es luego revocada por la Audiencia Provincial. Ante la decisión de ésta interpone la propietaria del équido recurso de casación, basándose en una pretendida vulneración de la presunción de inocencia. (*M. C. B.*)

102. Error judicial. Concepto.—El error judicial no implica el análisis de los hechos y de sus pruebas, ni interpretaciones de la norma que obedezcan a un proceso lógico y que, por ello, sirvan de base a la formación de la convicción psicológica en la que consiste la resolución. De hecho, el TS ha declarado reiteradamente (entre otras, SSTS de 18 de abril de 1992, 3 de marzo de 1993, 14 de febrero de 1995, 27 de noviembre de 1996, 11 de enero de 1997 y 15 de septiembre de 2000) que cuando se mantenga discrepancias con la apreciación de la prueba llevada a cabo por el órgano jurisdiccional competente, en uso de sus facultades juzgadoras, el error judicial no ha de ser acogido por resultar improcedente. Como reconoce la STS de 22 de mayo de 2001, lo que trata de corregir la declaración de error judicial no es el desacierto, sino la desatención a datos de carácter indiscutible, generadora de una resolución esperpéntica, absurda y que rompa la armonía del orden jurídico. En definitiva, el procedimiento de error judicial no puede convertirse en una nueva instancia. (**STS de 8 de febrero de 2003**; no ha lugar.)

HECHOS.—El 27 de junio de 1997 un Juzgado de Primera Instancia dicta sentencia en la que, admitiendo la demanda de divorcio presentada por don J. M. C. O contra doña M. A. D. C., decreta la disolución del matrimonio y ratifica el convenio suscrito por ambos, que había sido aprobado por la sentencia de separación. La esposa apela la sentencia de divorcio dictada por el Juzgado en relación con la denegación de la pensión compensatoria solicitada. Entre otros motivos, alega la errónea valoración de la prueba acerca de la existencia de vicios en el consentimiento (violencia e intimidación) en la renuncia a la pensión que efectuó en el convenio regulador. La Audiencia Provincial rechaza el recurso de apelación y no accede a la petición de la esposa de que le fuera reconocida pensión compensatoria. Por ello, doña M. A. D. C. interpone demanda para que se declare la existencia de error judicial en la apreciación de la prueba por parte de la sentencia de la Audiencia Provincial. El TS desestima la demanda de error judicial. (*M. C. C. M.*)

