

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO LVII, FASCÍCULO IV

Octubre-diciembre, 2004



MINISTERIO
DE JUSTICIA

MINISTERIO
DE LA PRESIDENCIA

BOE BOLETIN
OFICIAL DEL
ESTADO

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Fundador

FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO (†)

Dirección

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

Secretario

ANTONIO MANUEL MORALES MORENO

Coordinación

NIEVES FENOY PICÓN

Consejo de Redacción

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

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

SUMARIO

	<i>Pág.</i>
In memoriam	
Francisco JORDANO FRAGA, por Tomás RUBIO GARRIDO	1377
Los doscientos años del Código Civil francés	
Robert BADINTER: «El máximo bien»	1381
Estudios monográficos	
Juan MIQUEL: «La autonomía del Derecho»	1413
Carlos PETIT: «"Qualcosa che somiglia all'ammirazione" - Ecos de la Civilistica italiana en España»	1429
Nuria MAGALDI: «Propiedad privada y libertad contractual en la Constitución polaca de 1997: algunas consideraciones»	1479
Alberto SAENZ DE SANTA MARÍA VIERNA: «El hotel no responde de los objetos de valor no entregados en recepción»	1507
Vida Jurídica	
Grupo de Investigación Eurohipoteca: «Proyecto de investigación europeo Eurohipoteca: Puntos para la discusión»	1529

Crónica de Legislación y Jurisprudencia comunitarias	
Por Marta REQUEJO ISIDRO	1547
Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre el Estado Civil (año 2003)	
Por Juan María DÍAZ FRAILE	1555
Bibliografía	
NOTAS CRÍTICAS	
MAGNUS, Ulrich (Ed.): «The Impact of Social Security on Tort Law», por Jordi Ribot Igualada	1585
DIOS MARTÍNEZ, Luis Miguel de: «Títulos-valor simples y documentos de legitimación», por Aitor Zurimendi Isla	1598
LIBROS	
AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina de: «La cláusula <i>rebus sic stanti-</i> <i>bus</i> », por Lis Paula San Miguel Pradera	1613
ARECHEDERRA ARANZADI, Luis: «Los matrimonios irregulares en Escocia», por Gabriel García Cantero	1617
OLIVENCIA RUIZ, Manuel (Presidente)/ PULGAR EZQUERRA, Juana (Directora): «Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal. (Anales de doctrina, praxis y jurisprudencia)», por Juana Pulgar Ezquerro	1620
PÉREZ ESCOLAR, Marta: «El cónyuge superviviente en la sucesión intestada», por María Paz García Rubio	1621
REVISTAS EXTRANJERAS	
Por Remedios ARANDA RODRÍGUEZ, Eva CANO VILÀ, Beatriz FER- NÁNDEZ GREGORACI, María Paz GARCÍA RUBIO, Carmen JEREZ DELGADO, Jordi RIBOT IGUALADA, Albert RUDA GONZÁLEZ, Isabel SIERRA PÉREZ, Josep SOLÉ FELIU, Belén TRIGO GARCÍA ...	1625
Jurisprudencia del Tribunal Constitucional	
SENTENCIAS (año 2003)	
Por Encarna ROCA TRÍAS, Ramón CASAS VALLÉS, Isabel MIRALLES GONZÁLEZ, Asunción ESTEVE PARDO, Elisabet GRATTI, Carlos VENDRELL CERVANTES, Leonor BUENO MEDINA	1645
Jurisprudencia del Tribunal Supremo	
SENTENCIAS COMENTADAS	
Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ: «Tercería de dominio fundada en priva- tividad de finca embargada como ganancial. Otorgamiento de capitulacio- nes matrimoniales pactando el régimen de separación de bienes con ante- rioridad a la adquisición por la esposa de la finca embargada (comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 2004)»	1687
SENTENCIAS	
A cargo de: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ. Colaboran: Eva CANO VILÀ, María del Carmen CRESPO MORA, Beatriz FERNÁNDEZ GRE- GORACI, Gabriel GARCÍA CANTERO, Regina GAYA SICILIA, Ainhoa GUTIÉRREZ BARRENENGOA, Carmen JEREZ DELGADO, Javier LARENA BELDARRÁIN, Andrea MACÍA MORILLO, Óscar MONJE BALMASEDA, Máximo Juan PÉREZ GARCÍA, Juan David SÁNCHEZ CASTRO, Alfons SURROCA COSTA, Rosa TORRA BERNAUS, Mont- serrat VERGÉS VALL-LLOVERA	1699

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 (Centro de Publicaciones)
y Boletín Oficial del Estado

Periodicidad: Trimestral

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

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

ADMINISTRACIÓN

Ministerio de Justicia

(Centro de Publicaciones)

c/ San Bernardo, 62. 28015 MADRID

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

VENTA Y DISTRIBUCIÓN

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 IV
Octubre-diciembre, 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.

Francisco Jordano Fraga

*Francisco Jordano ha muerto
Ha muerto mi maestro*

Se nos ha ido, ante todo, un civilista magnífico. Su obra es extensa. Podría citar su *La responsabilidad contractual*, la *Falta absoluta de consentimiento*, *La sucesión en el ius delationis*, *La responsabilidad del deudor por los auxiliares que emplea en el cumplimiento*, *El ámbito objetivo de la legitimación subrogatoria* y aún ni siquiera sería un tercio de su producción. Y es maciza, siempre sólida, honestamente cincelada (y *notoria non egent probatione*).

Siempre profesó fe por el rigor, la coherencia y el trabajo bien hecho. Podrá quizá alguno señalar que tal metodología es unilateral, insuficiente en el ámbito de lo jurídico, pero nadie, absolutamente nadie, podrá negar que fue una fe vivida y aplicada en cada uno de sus trabajos y no sólo una nominal. Porque, en resumidas cuentas, era una fe en la responsabilidad y seriedad, un respeto casi reverencial a la hondura y sensibilidad de nuestra tarea, un deber, casi un sacrificio, que se autoimponía en cada uno de sus estudios. Lo que más le desagradaba –le dolía incluso– era la impostura intelectual, la frivolidad, el autobombo, la estafa a este arte nuestro.

Pero Francisco Jordano, en su dedicación verdaderamente exclusiva –y convencida– a la Universidad, no sólo ofreció una faceta brillante y honesta como investigador. Fue también un docente excepcional. Quien esto escribe tuvo la suerte de tenerlo como su Profesor de Derecho civil en tres cursos de licenciatura. Fue un profesor extraordinario bajo todos los puntos de vista que se adopten. Sus lecciones eran de una altura intelectual elevadísima –infinitamente superior a la desplegada por la treintena larga de docentes que llegué a tener a lo largo de la carrera–, apretadas, densas, sin ningún adorno innecesario ni truco del oficio acomodaticamente empleado. Eran clases con verdad, absolutamente com-

prometidas, lo más puramente universitario que yo haya experimentado. Algunas en particular (aún recuerdo, por ejemplo, la relativa a la acción de petición de herencia o a la conceptualización y naturaleza de las legítimas) me resultaron verdaderos gozos intelectuales.

Aúnase a ello un cumplimiento puntualísimo de sus deberes docentes y una extremada preocupación por ser equitativo y no arbitrario, lo que le llevaba a una puntillosidad en la preparación y evaluación de los exámenes, que sorprendía –casi sobrecogía– a los alumnos de aquella universidad masificada.

Podrá, así, entenderse quizá por qué lo elegí, hace ahora casi dieciséis años, como director para mi faceta de investigador universitario, pese a su juventud y pese a tener en aquel momento ya el Ateneo hispalense civilistas de enorme prestigio. Fue la confianza en que me seguiría debidamente en mi carrera universitaria y la admiración por su rigor, poderío intelectual y de razonamiento las que me movieron. Y hoy puedo decir que nunca quedé defraudado. Es más, hoy, con muchos más años que entonces, y ya con conocimiento profundo de nuestra Universidad y su funcionamiento real, afirmo que, de tener que repetir aquella elección, la volvería a hacer en los mismos términos y por las mismas razones.

Porque, efectivamente, Francisco Jordano, ya como director, me corrigió hasta hace muy poco, con abnegación, incluso las notas a pie de página de todos mis escritos, me proveyó de bibliografía, me inquirió siempre por mis proyectos y me apoyó, con todo lo que sus fuerzas daban de sí, en toda mi carrera universitaria. Y todo ello combinándolo con un absoluto, casi religioso, respeto hacia mi autonomía, libertad de pensamiento y de opinión. Pocas personas tan escrupulosas con esos preciosos bienes como Francisco Jordano. Por todo ello, de director devino maestro y como maestro mío siempre lo evocaré.

Y Francisco Jordano era una persona bellísima. Sé que éste era su tesoro mejor guardado, su cara ignota virtualmente a todos. Pues no puedo ocultar –lo último que querría, tanto él como yo, es que hiciera una de esas hagiografías al uso– que su trato era áspero y nada fácil. Y, sin embargo, su coraza hirsuta (vestida acaso como medio defensivo por una timidez proverbial o por incomodidad ante ese «acomodo» que siempre hay que hacer en los tratos sociales) era sólo eso, una coraza, bajo la cual prorrumplía, en medio de la biblioteca, en paseos, una humanidad inmensa, casi me atrevería a decir dulce, ingenua, noble.

Francisco Jordano era de una generosidad sin límite, siempre dispuesto para el favor requerido y comprensivo siempre con las

fallas y faltas del discípulo –eso sí, sólo si cometidas desde la honestidad, el trabajo y el rigor–. Era la persona que yo más he visto sufrir –sí, literalmente sufrir– ante las injusticias, los desmanes, las bajezas, tan connaturales, sin embargo, con el ser humano. Por ello, no sólo ha sido mi maestro; también mi amigo, el mejor, el más rico e incondicional que la vida universitaria me ha deparado.

Francisco Jordano, mi maestro, ha muerto. Nos deja su obra y su ejemplo. Hontanar de enseñanza y estímulo. Pero, por todo lo dicho, quizá se pueda comprender que mi desconsuelo es hondo; mi aturdimiento, inmenso y que sienta que no sólo he perdido a un maestro y a un amigo. He perdido mucho más.

TOMÁS RUBIO GARRIDO

LOS DOSCIENTOS AÑOS DEL CÓDIGO CIVIL FRANCÉS

Jean Etienne Marie Portalis dejó consignadas, brillantemente, en el Discurso Preliminar del Código Civil francés las siguientes palabras:

«Unas buenas leyes civiles son el mayor bien que los hombres pueden dar y recibir; son la fuente de las costumbres, el *palladium* de la propiedad y la garantía de toda paz pública y particular: si bien no fundan el gobierno, lo mantienen; moderan el poder, y contribuyen a hacerlo respetar, como si fuera la justicia misma. Alcanzan a cada individuo, se mezclan con las principales acciones de su vida, le siguen a todas partes; a menudo son la única moral del pueblo, y siempre forman parte de su libertad; por último, consuela a cada ciudadano de los sacrificios que la ley política le ordena en aras de la ciudad, protegiéndole, cuando hace falta, en su persona y en sus bienes, como si fuera, él sólo, la ciudad toda entera. De ahí que la redacción del Código Civil haya captado el celo del héroe que la Nación ha establecido como su primer magistrado, cuyo genio todo lo anima, y que creará siempre tener que trabajar para su gloria, en tanto le quede algo por hacer para nuestra felicidad.»

Expresa en estas palabras lo que había sido un programa de actuación y lo que era, con la labor ya concluida, la sensación que se tenía respecto de lo que se había hecho.

Siempre se ha considerado el Código Civil francés como un hijo legítimo de la Revolución de 1789. Y es verdad que durante ella la tarea se acomete y es verdad, también, que durante el tiempo de la Convención presentó Cambacérés el primer proyecto. El código, finalmente, nace en una época en que, parcialmente al menos, algunas aguas tornaban a cauces que, si no eran los viejos, merecían al menos tal nombre. Por eso, aunque se haya dicho de él que poseía el punto de utopía de toda obra revolucionaria (y no puede negarse la parte de verdad que esta afirmación encierra), en el momento en que se termina de redactar es también una obra reflexiva, hecha en gran parte de transacciones, como la que el propio Portalis recuerda que se había producido entre el derecho escrito y las costumbres, pues suyas son también –insertas también en

el Discurso Preliminar— estas otras palabras, que conservan vigencia no obstante el paso de los años:

«Resulta útil conservar todo lo que no es necesario destruir: las leyes deben preservar los hábitos, cuando esos hábitos no son vicios. Se razona demasiado a menudo como si el género humano acabara y comenzara a cada instante, sin ningún tipo de comunicación entre una generación y la que la sustituye.»

Lo cual, contemplado desde otro punto de vista, hace ciertas unas palabras de Jean Carbonnier que agudamente señalaba que el código cumplió una función de intermediario, aunque no tuviera una clara conciencia de ello. El código estaba precedido de una rica literatura, en la que destaca sobre todo la magna obra de R. L. Pothier. Una vez más los escritores habían preparado el camino y se trataba de escritores influidos ya por el iusnaturalismo racionalista. Se recibe así el Derecho romano filtrado por la mencionada escuela y en una sabia mezcla de derecho escrito y de Derecho consuetudinario.

Alguna referencia habría que hacer también al código como obra literaria. Se trata, sin duda, de un código bien escrito, con una gran dosis de claridad, en el que brilla el designio por la consecución del espíritu lapidario al que profesaron culto sus redactores. Y es, muy probablemente, este arte literario el que lo hizo asequible y favoreció su difusión, aunque lo que pueden llamarse «mensajes comprimidos» puedan ocasionar después algunas dificultades de inteligencia, permiten, por lo menos, la ilusión de la claridad.

Y al lado de todo ello se encuentran las razones, siempre difíciles de puntualizar, que lo convirtieron en un código para la exportación y en la cabeza de una de las que el Derecho comparado al uso denomina familias. Podemos apuntar que al lado de sus méritos como obra jurídica y como obra literaria, recibió también el impulso que en aquella época tenía la cultura francesa y la lengua francesa: la primera, tras la Ilustración, desde luego, pero probablemente también anteriormente ejercía un extraordinario influjo en las mentes de toda Europa y en los que inmediatamente después fueron nuevos países americanos. Lo mismo ocurrió con la lengua. Entre nosotros existió, además, un grupo de ilustres españoles que, a veces despectivamente, fueron denominados afrancesados.

Los códigos del siglo XIX eran códigos nacionales, en el doble sentido de que eran la obra de la Nación y se daban para la Nación. Ello ha hecho difícil durante mucho tiempo reconocer las influencias del Código Civil francés, porque junto a ese nacionalismo coexistían otros nacionalismos y, en particular, en el caso español ha existido siempre un celo preservador de nuestra propia indepen-

dencia y, como decía el fundador de este *Anuario*, de nuestra propia y gloriosa tradición jurídica, por lo que tildaba el proyecto de García Goyena de «excesivamente afrancesado». Al final, el Código Civil español mantuvo el mismo estilo jurídico y literario, aunque trató de preservar y lo consiguió alguna de las viejas reglas del Derecho español, especialmente la que concierne al Derecho Patrimonial de la Familia y al Derecho de Sucesiones. No obstante todo ello, en esta altura de los tiempos no es fácil discutir que el código español es un miembro de la misma familia, con todas las singularidades que pueda tener. Los aficionados a tratar de escudriñar los problemas de interpretación que el código nos puede plantear, sabemos muy bien que hay que empezar por el precepto correspondiente del Código Civil francés, andar un paso hacia atrás en busca de los *Traités* de Pothier y luego algunos hacia delante en busca de los comentaristas o de los ilustres miembros de la Escuela de la Exégesis, de manera que los vínculos familiares terminan no pudiendo ser discutidos.

El día 12 de marzo de este año, el Código Civil francés cumplió doscientos años. En el sistema decimal estas son grandes cifras y, en cualquier sistema de numeración, denotan una importante longevidad que puede sorprender que festejemos a los que profesan el amor por las novedades, sin darse cuenta de que, como algunos castillos y algunas iglesias, las cosas que resisten el paso del tiempo lo hacen porque son sólidas.

Por todo ello, como miembros de la misma familia no hemos querido dejar pasar el año del bicentenario sin unirnos nosotros también a la conmemoración. Nos ha parecido que lo debíamos realizar escuchando –o si se prefiere: leyendo– a un autor francés y hemos elegido un pequeño libro de Robert Badinteur porque, además de ser un bello libro y de caber su traducción en las páginas de nuestra revista, proporciona datos y puntos de reflexión que no siempre son comúnmente conocidos.

Esperamos que nuestros lectores se unan con nosotros a los propósitos que dejamos consignados.

El máximo bien *

ROBERT BADINTER

(Traducción de Luis María Díez-Picazo)

*Al decano Carbonnier,
que me hizo amar el derecho.*

El 28 de ventoso del año XII, Portalis presenta al Cuerpo Legislativo el proyecto de ley que reúne las 36 leyes civiles, ya votadas, bajo el título «Código Civil de los Franceses». Evocando los trabajos de la codificación, exclama: «En la calma de todas las pasiones y de todos los intereses, se ha visto nacer un proyecto de Código Civil, es decir, EL MÁXIMO BIEN que los hombres pueden recibir».

Dos siglos han transcurrido. Hoy lo más notable del Código Civil no es tanto su contenido como su longevidad. Se ha acabado el tiempo en que el Código Civil francés podía pasar por un modelo en los Estados nacionales que se constituían. Sucesivas modificaciones, revisiones y agregaciones han cambiado la obra, como esos viejos palacios en que las transformaciones sufridas no permiten ya distinguir la nobleza de las líneas originales. Pero, para el amante de la historia legislativa o para el jurista apasionado por la codificación, el Código Civil conserva un encanto particular y sigue siendo fuente de interrogantes. ¿Por qué, allí donde la monarquía absoluta y la Revolución habían fracasado, consiguió Bonaparte dotar a Francia de un Código Civil? ¿Por qué Francia, que ha cambiado diez veces de Constitución en dos siglos, ha conservado el Código Civil de 1804, incluso si su contenido en muchos aspectos difiere profundamente del texto original? ¿Es la calidad de la obra consular

* Originariamente publicado como «*Le plus grand bien...*», Fayard, París, 2004. Su autor, Robert Badinter ha sido Ministro de Justicia y presidente del Consejo Constitucional en Francia.

lo que explica su perennidad? ¿Y por qué la empresa perseguida de 1801 a 1804 permanece como el modelo de codificación lograda, como una especie de campaña de Italia del arte legislativo?

La conmemoración del bicentenario del Código Civil nos devuelve a ese momento privilegiado de nuestra historia. Y el cansancio experimentado ante el torrente de textos mediocres que nos abruman me ha incitado a retornar a las fuentes de nuestro derecho civil. Así, he sido conducido a redactar esta breve obra sobre la génesis del Código Civil. No pretende en modo alguno compararse a los doctos estudios que suscitará el bicentenario. No es más que la expresión de un interés particular por un episodio excepcional del «arte de la codificación», tan fascinante para el jurista como el «arte de la fuga» para el músico.

Francia ha conocido desde 1804 dos imperios, dos monarquías, cuatro repúblicas, pero un solo Código Civil. El decano Carbonnier, incomparable analista del Código Civil, lo calificaba de «verdadera constitución de Francia»¹. A la versatilidad de la sociedad política francesa se contrapondría, así, la estabilidad de la sociedad civil. De los 2.281 artículos del Código Civil, cerca de 1.200 han permanecido en su versión original. Y la composición del Código Civil en tres libros ha quedado inalterada. Ciertamente, el contenido —especialmente del Libro Primero, «De las personas»— ha conocido no pocas transformaciones, revisiones y agregaciones, a imagen de la sociedad francesa. Pero el Código Civil permanece como un mueble de familia: antiguo,preciado, venerable. Se le han cambiado los cajones y se le han hecho reparaciones; pero está siempre presente, erguido sobre sus pies. Forma parte del patrimonio nacional. «Un lugar de la memoria también», escribía el decano Carbonnier. A doble título: se encuentran en él elementos del antiguo derecho, y es testimonio de la evolución de la sociedad francesa durante doscientos años. De aquí el interrogante para quien ama las grandes composiciones jurídicas, sean constituciones o códigos: ¿qué es lo que da al «Código Civil de los Franceses» —por restituírle su denominación original— esa calidad particular? ¿Por qué, más allá de cambios inevitables y necesarios, ha conservado en parte sus virtudes iniciales y ha desafiado la prueba del tiempo, fatal para las pretensiones de tantos legisladores? Junto a un arte constitucional francés demasiado desconocido, es testimonio de un arte legis-

¹ Jean CARBONNIER, «Le Code civil», en Pierre Nora (dir.), *Les Lieux de la mémoire*, II, *La Nation*, Gallimard, París, 1986, pp. 293-315.

lativo que hoy está sepultado bajo los torrentes de una producción en masa. El Código Civil ha quedado como el símbolo de ese arte legislativo. Así, en estos tiempos de conmemoración, parece el momento oportuno para interrogarse sobre el Código Civil no sólo como instrumento jurídico o acontecimiento histórico, sino también bajo otro aspecto metodológico o estético: el Código Civil de 1804 o el arte de la codificación.

Toda empresa de codificación, para tener éxito, exige tres condiciones: un momento favorable, juristas de talento, una voluntad política.

Ante todo, una época favorable. Recordemos lo que significa originalmente la palabra «código». *Codex*, en latín, designa un libro compuesto de hojas de pergamino o de tablillas escritas, encuadradas juntas. Un código es, ante todo, ese objeto, un instrumento de conocimiento más cómodo para el lector que el tradicional rollo. Su utilidad se manifestó a los funcionarios y magistrados romanos encargados de aplicar las leyes de los emperadores. Así nacieron el Código Teodosiano (438) y, sobre todo, en la época bizantina el Código de Justiniano (534), compilación culta más que creación original, que reproduce las constituciones imperiales de los siglos II a VI². El código se transformó así en sinónimo de conjunto legislativo sabiamente ordenado.

Para los hombres de la Revolución, Roma era la referencia suprema. Ya a partir de la Asamblea Constituyente una voluntad de codificación se apoderó de los espíritus. Respondía al culto de la ley propio de la edad de las Luces. Reemplazar una multitud de textos consuetudinarios, de buena gana calificados de arcaicos o góticos, por un conjunto coherente de preceptos claros dictados por la razón y reunidos en un código único no era sino una ambición francesa. Los reyes que se preciaban de filósofos, los déspotas ilustrados, se querían codificadores. Así, los primeros códigos vieron la luz en Baviera en 1756, en la Prusia de Federico II o en la Austria de José II. Diderot aconsejó a Catalina II sobre sus proyectos legislativos. Y Rousseau en 1772, en sus *Consideraciones sobre el gobierno de Polonia*, se pronuncia con vigor a favor de la codificación: «Hay que hacer tres códigos: uno político, otro civil y otro criminal. Los tres claros, cortos y precisos hasta donde sea posible. Y no habrá necesidad de otros cuerpos de derecho»³.

² Cfr. Rémy CABRILLAC, *Les Codifications*, PUF, París, 2002, pp. 13-16.

³ Cfr. Jean-Louis HALPERIN, *L'impossible Code civil*, PUF, París, 1992, p. 62.

Pero, para que nazca un código, no basta que filósofos y juristas lo preconicen. Hace falta, además, que las condiciones políticas lo permitan. La monarquía absoluta, apasionada por el orden y las reglas, realizó en su cénit –es decir, bajo Luis XIV– una vasta empresa de unificación de las reglas de la justicia real. Así nacieron las grandes ordenanzas de 1667 sobre el proceso civil, y de 1670 sobre el proceso penal. Las otras grandes ordenanzas codificaron ámbitos de actividad por los que Colbert profesaba un interés particular, porque veía en ellos una nueva fuente de prosperidad para el reino: ordenanzas de 1673 sobre el comercio, de 1681 sobre la marina; y, en fin, el Código Negro, aprobado después de la muerte de Colbert, es testimonio de la cruel condición de los esclavos en las colonias.

Sin duda, Colbert soñaba con ir más lejos y unificar todo el reino bajo una misma ley civil. Los juristas del Antiguo Régimen ya habían trabajado en esta dirección. En el siglo XVI, el abogado Dumoulin proponía fundir todas las costumbres en una sola, que fuera conforme a equidad. Más tarde, al final del mismo siglo, autores como René Chopin o Guy Coquille se dedicaron a formular las reglas de un derecho consuetudinario común, ampliamente inspirado en la costumbre de París. Loysel publicó a comienzos del siglo XVII unas *Institutes coutumières*, sabrosa recopilación de adagios tradicionales. Se forjaba así un derecho francés basado en los principios generales del derecho consuetudinario. En 1679, Colbert creó una cátedra de derecho francés en cada escuela de derecho. El maestro, nombrado por el rey, debía enseñar las ordenanzas reales; pero se dedicaba también a las otras fuentes del derecho en Francia, tanto costumbres como derecho escrito. Esta enseñanza era obligatoria para los futuros abogados. Y profesores reputados, como Pothier en Orleáns o Claude y Etienne Serres en Montpellier, contribuyeron con sus obras y su enseñanza al progreso de un verdadero derecho francés. Las fuentes seguían siendo variadas: ordenanzas reales para todo el reino, costumbres en las provincias septentrionales y el centro, derecho escrito –es decir, derecho romano– en las provincias meridionales. Pero ya los mejores espíritus –así Pothier, que publicó en 1761 su *Tratado de obligaciones*, inspirado en el derecho romano y en la costumbre de París– formulaban reglas generales que iban a ser ampliamente difundidas entre los juristas. Estas serán, por lo demás, sustancialmente retomadas por los autores del Código Civil.

¿Se podía ir más lejos bajo el Antiguo Régimen? *Cy veut le roi, cy fait la loi*, decía el adagio. Pero ¿estaba al alcance del soberano la unificación jurídica en el ámbito civil? Al incorporar al reino

provincias conquistadas o adquiridas por matrimonio o sucesión, el rey se había comprometido a respetar sus franquicias y sus costumbres. Además, la unificación bajo una ley común habría requerido el consentimiento de los representantes de los tres órdenes de todas las provincias. Esta unificación, en efecto, implicaba un cuestionamiento general de los derechos heredados del sistema feudal, así como una secularización de instituciones sometidas a la autoridad de la Iglesia, tales como el estado civil. El clero temía una legislación real que rigiera todo el derecho civil, y la nobleza provincial otro tanto. En cuanto a los parlamentos, eran hostiles a una unificación del derecho que arruinaría su poder de interpretación de los derechos particulares de las provincias. Montesquieu expresaba así sus reservas hacia semejante empresa: «Hacer una costumbre general de todas las costumbres particulares sería algo irrazonable»⁴.

Las resistencias políticas se revelaban insuperables para realizar la codificación. Los mismos pensadores que paralizaban la reforma de los impuestos impedían la unificación del derecho civil. El canciller d'Aguesseau, en su *Mémoire pour la réformation de la justice*, redactada en 1727, tuvo a bien ambicionar «reformar las leyes antiguas, hacer otras nuevas y reunir las unas y las otras en un solo cuerpo de legislación», a la manera del Código de Justiniano. Sabía que sólo podría proceder mediante reformas sucesivas, inspirándose a la vez en el derecho consuetudinario común y en el derecho romano. Así fueron elaboradas las ordenanzas sobre las donaciones (1731), sobre los testamentos (1735) y sobre las sustituciones (1747). Pero, ante la oposición de los parlamentos del oeste y del sur, d'Aguesseau renunció a ir más adelante en el terreno de las sucesiones y de los contratos. Es verdad que, a finales del reinado de Luis XV, el canciller Maupeou deseaba «unir por fin Francia bajo el imperio de las mismas leyes, del mismo modo que está unida bajo la autoridad del mismo príncipe»⁵. En mayo de 1788, el ministro de justicia Lamoignon creaba un Comité de Legislación; pero se trataba sólo de simplificar y reducir el número de costumbres «con todos los miramientos que merecen las antiguas leyes, que están ligadas a los usos locales»⁶.

Los franceses estaban satisfechos con esta diversidad. Burgueses, agricultores o artesanos, su marco de vida permanecía estable y el derecho local, con sus particularismos, les era familiar. Los ricos podían recurrir a los consejos de los notarios. Y si el proceso

⁴ *De l'esprit des lois*, libro XXVIII, cap. 37.

⁵ Cfr. J.-L. HALPERIN, *op. cit.*, p. 43.

⁶ Jean EGRET, *La Pré-Révolution française (1787-1788)*, PUF, París, 1962, p. 13.

en materia de sucesión suscitaba complejos conflictos de leyes, abogados y jueces se beneficiaban con ello en honorarios o en especie. Los cuadernos de agravios de 1789, redactados por hombres de leyes, generalmente reclamaban una reforma profunda de la legislación penal y de la organización de la justicia en el conjunto del reino; pero eran raros los que demandaban una unificación del derecho civil. La autoridad del rey daba a Francia su unidad. El podía reinar sobre provincias con legislaciones distintas sin que su poder se viera disminuido, al menos en su fundamento. La Revolución, por el contrario, no podía contentarse con ello. Porque ¿cómo concebir una nación compuesta de ciudadanos iguales en derechos, pero que viven bajo el imperio de leyes distintas que se aplican a fracciones del territorio nacional? La unificación legislativa era consustancial a la Revolución. La soberanía de la nación se expresaba en el reino de la ley. Y la igualdad de los ciudadanos implicaba que la ley fuera la misma para todos, sobre todo el territorio. La unificación de la ley conducía, así, a la codificación.

Pero ¿qué codificación, y para qué derecho?

No era competencia jurídica lo que faltaba en la Asamblea Constituyente. Entre los diputados, 218 eran titulares de un cargo de justicia. Se contaban 151 abogados. Algunos eran ya célebres: Tronchet, decano del colegio de abogados de París; Merlin de Douai, abogado del Duque de Orleans; Target. Otros lo serían pronto: Barnave, de Grenoble; Robespierre, de Arras. Tuvieron un papel esencial en el Comité de Legislación magistrados y antiguos parlamentarios, como Adrien Duport, consejero en el Parlamento de París, o Le Peletier de Saint-Fargeau, presidente togado. Sin embargo, la Asamblea Constituyente se disolvió sin haber dado a Francia un Código Civil que hubiera hecho pareja con el Código Penal de 1791. ¿Por qué esta carencia?

La Asamblea Nacional tenía como primer objetivo dar a Francia su constitución política. Proclamó la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, texto fundacional del nuevo régimen, y organizó los poderes, incluidos los administrativos y locales. Promulgó la constitución civil del clero, y procedió a la más vasta transmisión de propiedad de la historia de Francia al vender los bienes nacionales. Elaboró y votó el Código Penal de 1791. Diez años más tarde, evocando la Revolución por la que tenía poca simpatía, Portalis escribirá: «En una revolución, todo se convierte en derecho público»⁷. Y fue en efecto todo el derecho público lo que la Constituyente se propuso reconstruir o regenerar.

⁷ PORTALIS, *Discours préliminaire au premier projet de Code civil*, prefacio de Michel Massenet, Editions Confluences, París, 1999, p. 15.

Obra inmensa, pero que no deja de subrayar la falta de realización de la otra constitución, civil ésta: el Código Civil. La ley sobre la organización judicial de 16 de agosto de 1790 había decretado que se haría un código de leyes civiles «simples, claras, apropiadas a la Constitución y comunes para todo el reino»⁸. No tuvo actuación. ¿Por qué este desfallecimiento? Menos por falta de capacidad que de voluntad política o, más precisamente, de voluntad general sobre lo que debía ser la constitución civil de Francia, la definición de los derechos privados a partir de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano. Porque estos derechos, fáciles de proclamar, eran difíciles de llevar a la práctica en la compleja realidad de la sociedad francesa. Habían sido abolidos los derechos feudales, pero algunos eran declarados rescatables y mantenidos hasta su rescate. La Asamblea había abolido el derecho de primogenitura sobre los bienes hasta entonces nobiliarios, pero mantuvo, por rechazo a la retroactividad, los privilegios de primogenitura o de masculinidad inscritos en los contratos de matrimonio. Consideraba el matrimonio como un contrato civil, pero no osó quitar al clero constitucional la llevanza del estado civil. Estableció la igualdad en las sucesiones *ab intestato* en abril de 1791, pero no tomó ninguna decisión sobre los testamentos y la facultad de disponer. La cuestión era políticamente caliente. Los diputados más comprometidos a favor de la igualdad, como Robespierre o Pétion, querían restringir la libertad testamentaria, en presencia de hijos, a una porción muy reducida. Los diputados conservadores de los países de derecho escrito defendían la libertad de testar del padre de familia. La Asamblea Nacional se limitó a establecer en la Constitución de 1791, en su título primero: «Se hará un Código de leyes civiles comunes para todo el reino». El anuncio ocultaba el fracaso. El principio de un Código Civil estaba establecido, pero su elaboración era reenviada a las asambleas siguientes.

La Asamblea Legislativa, reunida en octubre de 1791, creó enseguida un «Comité de Legislación Civil y Criminal» e invitó a todos los ciudadanos, e incluso a los extranjeros, a enviarle ideas sobre el Código Civil. Desgarrada por las facciones y enfrentada a la prueba de la guerra que ella misma había declarado, la Asamblea no pudo sobrevivir a la insurrección popular del 10 de agosto

⁸ Cfr. *Naissance du Code civil*. Trabajos preparatorios del Código Civil, reunidos por P.-A. Fenet: extractos escogidos por François Ewald, Flammarion, París, 1989, pp. 14 y 15.

de 1792. Durante esos meses de pasiones y enfrentamientos públicos, estaba fuera de su alcance elaborar un Código Civil. Sin embargo, en las últimas semanas de su existencia, tras la caída del rey, en medio de las tempestades de la invasión, de las masacres de septiembre y de las elecciones a la Convención, la minoría de diputados aún presentes fue poseída por una fiebre legislativa. Votó en un mes la supresión de la patria potestad sobre los menores de más de veintiún años, la secularización del estado civil y, sobre todo, la ley sobre el divorcio de 20 de septiembre de 1792, último día de la Legislativa. El matrimonio, contrato civil, podía ser roto por mutuo consenso en caso de falta grave, e incluso por incompatibilidad de humor y de carácter. No era el Código Civil prometido por la Constituyente, pero la Revolución del derecho civil estaba en marcha.

La Convención permanece en la memoria colectiva como la asamblea revolucionaria por excelencia, ya que vivió los acontecimientos más dramáticos de la Revolución: el proceso y la muerte del rey, la eliminación de los girondinos, la guerra civil en Vendée, el Terror y el gobierno de Salvación Pública, la caída de Robespierre, el gobierno de los termidorianos, hasta el año III. Durante este período de una intensidad política sin par en la historia de Francia, dos proyectos de Código Civil vieron la luz. Ninguno de ellos fue aprobado. Pero tenían el mismo autor: Cambacerès. Si Bonaparte fue el padre político del Código Civil, Cambacerès fue durante un decenio el maestro de obras. Su conocimiento del derecho y su habilidad política le daban una autoridad excepcional en materia de legislación. Salido de la *noblesse de robe*, jurista formado en la facultad de Montpellier, abogado y luego consejero en el tribunal de cuentas y ayudas de esa ciudad, Cambacerès, si bien elegido diputado suplente de la nobleza a los Estados Generales, no había sido miembro de ninguna asamblea hasta la Convención. Bajo la Revolución había asumido funciones administrativas y jurisdiccionales, sucesivamente procurador-síndico del distrito y presidente del tribunal criminal de Hérault (1791-1792). En septiembre de 1792 había sido elegido a la Convención por el departamento. Masón que compartía sin excesos las ideas nuevas en materia de justicia y de derecho, Cambacerès era pusilánime, si no miedoso, y temía las tempestades; pero era hábil para atravesarlas. Temiendo el sentimiento popular, votó la muerte de Luis XVI, pero se pronunció enseguida por la suspensión de la ejecución. Llamado al Comité de Seguridad y por breve tiempo al Comité de Salvación Pública, se confinaba en las tareas jurídicas. Trabajador infatiga-

ble, dotado de gran ambición, pero desprovisto de elocuencia, era hombre de gabinete, no de tribuna. Presidente del Comité de Legislación Civil, Criminal y de Feudalidad creado en la Convención, esperaba allí su hora. Tras el enfrentamiento entre jacobinos y girondinos, que terminó con el arresto de éstos el 2 de junio de 1793, Cambacerès hizo adoptar una nueva organización del Comité de Legislación, en cuyo seno fue creada una sección encargada de la revisión de las leyes civiles y criminales. El 25 de junio de 1793, los jacobinos vencedores pidieron al Comité la preparación de un proyecto de Código Civil en el plazo de un mes. Éste fue presentado por Cambacerès a la Convención la víspera del 10 de agosto de 1793, que debía celebrar la caída del trono y la aceptación de la nueva Constitución.

Este primer proyecto de Código Civil comprendía 719 artículos, agrupados en tres libros: las personas, los bienes y las obligaciones, a imagen del Código de Justiniano. Pero el proyecto se quería revolucionario. Según la fórmula de Cambacerès, estaba construido sobre «la tierra firme de las leyes de la naturaleza y sobre el suelo virgen de la República». Más allá del discreto homenaje al *jus naturalis*, el proyecto respondía a la ideología de los jacobinos. Se ponía el acento en el carácter contractual del matrimonio: el divorcio era más cómodo que en la ley de 20 de septiembre de 1792, ya que podía ser pedido por uno solo de los cónyuges sin indicación de motivo. La potestad marital y la incapacidad de la mujer casada eran abolidas. La patria potestad era reemplazada por la vigilancia y la protección de los hijos por sus padres hasta los veintiún años. Los hijos naturales reconocidos por su padre gozaban de los mismos derechos que los hijos legítimos. La adopción de un niño impúber estaba abierta a cualquier persona mayor de edad de uno u otro sexo. El principio de igualdad y la voluntad de dividir las fortunas exigían la supresión de los testamentos y reducían la porción disponible a un décimo de los bienes del difunto. La sucesión correspondía en primer lugar a los hijos, respetando una estricta igualdad. A falta de hijos, los hermanos y hermanas y sus descendientes eran preferidos a los ascendientes. Convenía favorecer la trasmisión de los bienes a las nuevas generaciones, que se presumían favorables a la Revolución.

El derecho de propiedad era consagrado como «el derecho que tiene aquél en quien reside de disfrutar y de disponer de ese bien». Todo vestigio feudal desaparecía, y las reglas relativas a la adquisición, al usufructo y a la posesión eran tomadas de Pothier y del derecho romano. La audacia de la Revolución jacobina encontraba ahí sus límites. Igualmente, el derecho de obligaciones retomaba

los principios extraídos por Pothier. La voluntad y la libertad de los contratantes seguían siendo fuente de los contratos, incluido el de arrendamiento de servicios cuyas condiciones determinaban soberanamente las partes. Sólo la obligación perpetua de servicios estaba prohibida, por temor a ver renacer la servidumbre.

Tal como se presentaba, el proyecto, realizado en un tiempo tan breve por los catorce miembros del Comité de Legislación, llevaba la marca de Cambacerès: sumisión a los imperativos políticos del momento, y recurso a técnicas experimentadas del derecho positivo del Antiguo Régimen. No se construye un código civil como una constitución política. Del pasado, que ha estructurado los espíritus y los comportamientos, el legislador no puede hacer tabla rasa. El primer proyecto de Cambacerès da testimonio de su arte: hacer lo nuevo, ciertamente, pero a partir de lo antiguo.

Este primer proyecto de Código Civil, sin embargo, no podía llegar a término, porque faltaba la primera condición para semejante empresa legislativa: la voluntad política. La discusión del proyecto comenzó el 30 de agosto de 1793. Progresó hasta el mes de octubre, con las inevitables oposiciones, modificaciones y reenvíos en comisión inherentes a todo debate parlamentario sobre un texto importante. Emergieron divergencias en el seno de la Convención, aun cuando estaba reducida por la desaparición de los girondinos, a propósito de los regímenes matrimoniales, de la suerte de los hijos naturales, y de la adopción por parejas que tuvieran ya hijos. Cabía esperar hallar compromisos razonables sobre estos puntos. Pero la pasión política primaba sobre cualquier otra consideración. El 13 de octubre de 1793, Cambon reclamó la aplicación retroactiva de la división para todas las sucesiones abiertas tras el 14 de julio de 1789. Cambacerès se opuso en nombre del principio de no retroactividad. La discusión se radicalizó. El 28 de octubre de 1793 (7 brumario del año II), la Convención acordó la reimpresión de la totalidad del proyecto y una nueva lectura para una promulgación rápida. Del 30 de octubre al 2 de noviembre, aún fueron votados algunos artículos técnicos. El 3 de noviembre de 1793 (13 brumario del año II), fue lanzada la ofensiva política de los elementos más duros de la Montaña. Fabre d'Eglantine y Cambon sostuvieron la petición de reenvío, formulada por Levasseur, de todo el texto a una comisión de «seis miembros filósofos» designados por el Comité de Salvación Pública. El proyecto de Cambacerès fue denunciado porque «olía a hombre de tribunal»⁹. Ya no era la época para la elaboración de códigos, sino para las leyes de excepción. El Terror estaba al orden del día, y la Convención había proclamado el 10 de

⁹ Cfr. THIBAUDEAU, *Mémoires*, París, 1824, t. II, pp. 148-150.

octubre de 1793 que «el gobierno será revolucionario hasta la paz». Cambacerès no participó en el debate del 13 brumario, sin duda por prudencia. Percibía que su proyecto ya no estaba en el aire de los tiempos. Portalis le dirá más tarde: «¿Podía nacer un buen Código Civil en medio de las crisis políticas que agitaban a Francia?» Cambacerès era demasiado avisado para creerlo.

Para prosperar, toda codificación de derecho privado necesita estabilidad política. Los acontecimientos ocurridos a continuación iban a probar esta exigencia. Una vez eliminados Robespierre y sus amigos, Cambacerès asumió con los termidorianos una posición importante. El Comité de Legislación vio entonces ampliada sus competencias y aumentada su influencia política. El 16 vendimiario del año III (7 de octubre de 1794), Cambacerès es elegido presidente de la Convención. Redacta un *Mensaje a los franceses* el 18 vendimiario. Afirma que «el navío de la República, tantas veces golpeado por la tempestad, llega ya a la orilla»¹⁰. El momento parecía favorable para retomar la realización del Código Civil. Un segundo proyecto aprobado por el Comité de Legislación fue presentado por Cambacerès a la Convención el 23 fructidor del año II (9 de septiembre de 1794). De conformidad con los deseos expresados por la Convención, el nuevo proyecto era de una brevedad extrema. No contaba más que 297 artículos, a menudo de una gran concisión. Formulaba los principios, más que las disposiciones. En su informe, Cambacerès se refiere de buena gana al *jus naturalis* y pone el acento sobre el derecho de propiedad de que el hombre es titular: «Dispone de un derecho de propiedad personal e incluso su industria es una propiedad para él». Con una fórmula reveladora, resume así su pensamiento: «Todos los derechos civiles se reducen a los derechos de libertad, de propiedad y de contratar»¹¹.

Este proyecto de un «Código Civil simple, puro y conciso», según las palabras de Barère, termidoriano y antiguo miembro del Comité de Salvación Pública, estaba llamado al fracaso, como el precedente. Por la misma razón: la fiebre política no se había apagado en el seno de la Convención después del 9 Termidor. Sólo diez artículos fueron votados hasta el 19 frimario del año III (9 de diciembre de 1794). Los tiempos no estaban maduros para que el Código Civil de la República viera la luz. Hacía falta, ante todo, que la Revolución llegara a su término.

¹⁰ J.-L. HALPERIN, *op. cit.*, p. 202.

¹¹ P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, París, 1827, t. I, pp. 103 y 106.

El Directorio, instaurado por la Constitución del año III, vivió en sus asambleas –Consejo de los Quinientos y Consejo de los Ancianos– un regreso vigoroso de los juristas que habían reinado en la Constituyente o en la Legislativa, destacadamente Tronchet, Maleville, Pastoret, y Lanjuinais. Cambacerès había sido elegido al Consejo de los Quinientos; pero, demasiado señalado por su papel en la Convención, no había sido seleccionado como Director. En brumario del año IV (noviembre de 1795), el Consejo de los Quinientos acordó la creación de una comisión especial encargada de simplificar y clasificar las leyes. Cambacerès fue elegido a la cabeza de la lista. Un pequeño comité formado en el seno de la comisión redactó un tercer proyecto de Código Civil, cuyo informe preliminar presentó Cambacerès. El nuevo proyecto retomaba la división en tres partes, pero contaba 1104 artículos. El ideal de un código compuesto de proposiciones concisas de alcance general, reclamado por los jacobinos del año II, había cedido su lugar a las exigencias de la técnica jurídica. Se encontraban allí las leyes revolucionarias en el derecho de personas: laicidad del estado civil, presunción de paternidad y prohibición de cualquier investigación de paternidad, adopción de hijos menores. Las condiciones del matrimonio y del divorcio eran las que había fijado la ley de 20 de septiembre de 1792. Pero el proyecto del año IV marcó un retroceso sensible de los derechos de la mujer casada en régimen de comunidad, que el marido administra solo. En cuanto a los bienes, el lugar central de la propiedad es confirmado. Las deudas hacia Pothier reaparecen y son más numerosas que en el primer proyecto. En materia de sucesiones, el orden sucesorio establecido por la ley del 17 nevoso del año II se mantiene, de modo que los hermanos y hermanas tienen prioridad sobre los padres del fallecido sin descendencia. La igualdad sigue siendo la regla entre herederos, pero se reduce a la mitad la parte de la herencia de los hijos naturales, los reconocidos después del matrimonio y los adoptados.

En su conjunto, este tercer proyecto de Código Civil permanece fiel a la inspiración del primer proyecto presentado por Cambacerès a la Convención. Pero los tiempos habían cambiado. Las leyes revolucionarias sobre los hijos naturales y el divorcio suscitaban críticas y debates. Solamente dos artículos del nuevo proyecto de Código fueron votados. El 8 ventoso del año V, cuando se aproximaban las nuevas elecciones, Cambacerès propuso posponer el examen del proyecto y discutir únicamente las leyes sobre el divorcio, los hijos naturales, la adopción y la sucesión. Dicho bre-

vemente, zanjar las cuestiones políticamente sensibles antes de retomar el hilo del proyecto. Era reconocer el fracaso.

En las elecciones de la primavera del año V, Cambacerès fue derrotado en su departamento de Hérault. Portalis, miembro del Consejo de los Quinientos, exclamó el 27 termidor del año V (14 de agosto de 1797): «Renunciemos a la peligrosa ambición de hacer un nuevo Código Civil...» Se inclinaba por hacer sólo leyes sobre el matrimonio, el gobierno doméstico y las sucesiones, ateniéndose en materia de obligaciones a los principios del derecho romano «consagrados por el tiempo y las naciones». En suma, se trataba de revisar las reformas realizadas desde 1792.

Algunas semanas más tarde, el golpe de Estado de fructidor del año V (5 de septiembre de 1797) implicaba la proscripción de 42 diputados de los Quinientos y de 11 diputados del Consejo de los Ancianos, sospechosos de realismo. Entre ellos estaba Portalis, que se refugió en Alemania hasta que Bonaparte, tras el 18 Brumario, autorizó su regreso a Francia.

A lo largo de todo el Directorio continuó el debate sobre los hijos naturales en las sucesiones abiertas durante la Revolución. La complejidad del procedimiento parlamentario, la división de los espíritus y la hostilidad de los prácticos del derecho a las reformas votadas por la Legislativa y la Convención impidieron cualquier progreso hacia la codificación. Sin embargo, a finales de 1798, el diputado Jacqueminot, antiguo abogado de Nancy, propuso la creación de una comisión especial compuesta de juristas, que debía preparar el trabajo de reforma de la legislación civil. Se inclinaba a redactar una ley especial sobre cada objeto principal a partir de principios elementales. Los espíritus estaban maduros para la elaboración de un Código Civil tras los sucesivos intentos de Cambacerès. Pero faltaban las condiciones políticas.

Todo código es una empresa colectiva. Para llegar a término, toda codificación requiere una voluntad política firme. Este era particularmente el caso tratándose de dotar de un Código Civil a una gran nación tras diez años de tempestad revolucionaria. Un Código Civil es, según la definición dada por Portalis en 1804, «un cuerpo de leyes destinadas a dirigir y fijar las relaciones de sociabilidad, de familia y de interés que mantienen entre sí los hombres que pertenecen a un mismo Estado». Ya desde su toma del poder, Bonaparte consideró que una constitución política de Francia debía estar acompañada de una constitución civil de la sociedad francesa. La misma tarde del triunfo del golpe de Estado, la ley de 19 bruma-

rio del año VII encargó a las dos comisiones legislativas de veinticinco miembros cada una, destinadas a reemplazar al Consejo de los Quinientos y al de los Ancianos hasta la aprobación de la nueva Constitución, preparar un proyecto de Código Civil. Jacqueminot, alentado por Bonaparte, se dedicó a ello durante el Consulado provisional. Este proyecto, presentado en diciembre de 1799, evidentemente no era más que un esbozo, pero marcado ya por una voluntad de retorno al pasado. Se encontraba en él la influencia de juristas escandalizados por el «fanatismo» revolucionario. Proponian, así, limitar los divorcios, restaurar la patria potestad, reforzar la incapacidad de la mujer casada, reducir los derechos sucesorios de los hijos naturales.

Una vez celebrado el plebiscito, aprobada la Constitución del año VIII y establecidas las nuevas instituciones, el 24 termidor del año VIII (12 de agosto de 1800) Bonaparte creó una comisión de cuatro miembros encargada de terminar los trabajos anteriores y redactar un nuevo proyecto de Código Civil. El paso es significativo. Esta comisión no era emanación de las asambleas legislativas y no se componía de diputados. Dimanaba de una decisión directa de Bonaparte y manifestaba su voluntad de que el proyecto de Código Civil respondiera a sus deseos. La brevedad del plazo, cuatro meses, impuesto a los comisarios era posible por los trabajos anteriores, sobre todo los de Cambacerès. Este, transformado en Segundo Cónsul, siguió de cerca el curso de los trabajos de la comisión, que reflejó también la maestría jurídica de los cuatro comisarios. Pero ésta no era la única razón de su designación: hacía falta que gozaran de la confianza política de Bonaparte.

No hay leyes sin legistas. Pero la composición de un código requiere más méritos que la sola competencia. Al conocimiento de la materia, vasto cuando se trata de un código civil o penal, deben añadirse la capacidad de síntesis, la amplitud de miras y esta virtud cardinal: el amor al derecho, que no se reduce al saber jurídico más de cuanto el arte de la pintura no exige sólo maestría en el dibujo y el color. Los cuatro juristas escogidos por Bonaparte que elaboraron el proyecto de Código Civil reunían esas cualidades. Bonaparte no tenía familiaridad, ni falta que le hacía, con el mundo de los juristas. Pero Cambacerès conocía a todo el personal jurídico del Directorio, del mismo modo que había conocido al de la Convención. Su influencia en la elección de los comisarios es segura. Su pasado político bajo la Revolución no había hecho de ellos compañeros de viaje del Segundo Cónsul. ¿Por qué Tronchet, que había defendido a Luis XVI ante la Convención, Portalis, sospechoso de realismo y desterrado bajo el Directorio tras Fructidor, Bigot de

Préameneu, antiguo monárquico constitucional, presidente en 1792 de la Asamblea Legislativa, y Maleville, antiguo miembro del Consejo de los Quinientos y vinculado a los monárquicos, fueron escogidos con preferencia sobre Berlier o Merlin de Douai, antiguos diputados jacobinos, ambos excelentes juristas, o sobre Jacqueminot, diputado en el Consejo de los Quinientos que acababa de redactar de prisa, con el consentimiento de Bonaparte, un anteproyecto? ¿Era la opinión de Lebrun, el Tercer Cónsul, que conocía también el medio de los juristas y gozaba de un crédito seguro con Bonaparte? ¿O la influencia de Roederer, antiguo magistrado del Antiguo Régimen y diputado en la Constituyente, uno de los autores del golpe de Estado del 18 Brumario, que en esta aurora del Consulado se beneficiaba también de la confianza de Bonaparte? ¿O era el propio Bonaparte quien, bien informado sobre cada uno, había hecho una elección totalmente personal en función de las capacidades indiscutibles y las inclinaciones políticas de unos y otros?

Los cuatro comisarios eran más proclives, por su carrera y sus afinidades, al conservadurismo que a la audacia revolucionaria. Todos tenían en común, además de su conocimiento del antiguo derecho y del derecho revolucionario, haber ejercido la profesión de abogado antes de la Revolución. El de más edad (setenta y cinco años), Tronchet, presidente del Tribunal de Casación, había sido designado como presidente de la comisión. Había sido el abogado más célebre del colegio de París, del que era decano en 1789. Era famoso por sus conocimientos jurídicos y, aunque litigaba poco a causa de la debilidad de su voz, asesoraba mucho. Tronchet había desempeñado un papel importante en los trabajos legislativos de la Constituyente. Se había distinguido al aceptar ser uno de los abogados de Luis XVI ante la Convención. Durante el Directorio, había sido presidente del Consejo de los Ancianos. Bonaparte lo había nombrado para el Tribunal de Casación. Según el Primer Cónsul, fue el alma de las discusiones en el seno de la comisión de redacción.

Portalís, más joven (cincuenta y cuatro años), de origen provenzal, había sido abogado en el Parlamento de Aix. Famoso por su talento oratorio y su prodigiosa memoria, encarcelado bajo el Terror, su carrera política había comenzado con el Directorio, bajo el que había tenido escaño en el Consejo de los Quinientos. Pertenecía al grupo de los defensores de la monarquía constitucional. Desterrado tras Fructidor, se refugió en Alemania, en Holstein, durante dos años. Allí descubrió la filosofía germánica, ignorada por los franceses, escribió, leyó y meditó. Masón en su juventud y

discípulo de Montesquieu, Portalis se declaraba «filósofo sin impiedad y religioso sin fanatismo». Creía en la necesidad de un Estado fuerte, pero liberado de toda influencia de la Iglesia. Lebrun, Tercer Cónsul, lo había presentado a Bonaparte, que apreció enseguida sus grandes capacidades. Designado como uno de los cuatro comisarios, desempeñó un papel esencial en la concepción y la redacción del proyecto de Código Civil. Más que ningún otro, había reflexionado sobre el papel de la ley y sobre la función de semejante Código en la sociedad francesa al final de una Revolución cuyo curso él había más frecuentemente desautorizado que apoyado.

En su célebre «Discurso preliminar al Código Civil», Portalis dio al proyecto su dimensión filosófica. Una vez nombrado al Consejo de Estado, le correspondió presentar al Cuerpo Legislativo el primer título del proyecto, así como el texto sobre el matrimonio. «Su ceguera casi absoluta parecía haber aumentado su asombrosa facultad de improvisación. Se superó a sí mismo y habló más de dos horas sobre el matrimonio como filósofo, como publicista, como moralista...»¹². Bonaparte, que apreciaba su fidelidad y su talento, lo cubrió de honores y le confió, tras la Dirección General de Cultos, el Ministerio de Cultos en 1804.

Los otros dos comisarios, Bigot de Prémeneu y Malville, habían sido también abogados antes de la Revolución, el primero en Rennes y el otro en Burdeos. Así, se hallaban representadas en la comisión a partes iguales la Francia de las costumbres, la del parisino Tronchet y del bretón Bigot de Prémeneu, y la Francia del derecho escrito, la del provenzal Portalis y del girondino Maleville. Tal equilibrio debía facilitar los compromisos esperados entre los dos componentes del derecho del Antiguo Régimen.

Durante la Revolución, los dos hombres habían tenido recorridos diferentes. Bigot de Prémeneu, elegido a la Asamblea Legislativa como monárquico constitucional, se había ofrecido para defender al rey y su familia tras el 10 de Agosto. Tras ser encarcelado bajo el terror y escapar por poco a la guillotina, había sido elegido bajo el Directorio como presidente de una de las secciones del Tribunal del Sena. Había sido llamado por Bonaparte al Tribunal de Casación. A la muerte de Portalis en 1806, lo sucederá en el Ministerio de Cultos y permanecerá fiel a Napoleón hasta el final.

Maleville, elegido al Consejo de los Ancianos bajo el Directorio y vinculado a los monárquicos constitucionales, escapó a las proscripciones tras Fructidor. También él había sido nombrado para el Tribunal de Casación con el Consulado. Muy vinculado a

¹² Comte MOLÉ, *Souvenirs de jeunesse*, Mercure de France, París, 1943, p. 412.

Portalís y de temperamento conservador, era hostil a las innovaciones de la Revolución en el derecho de familia. Combatía el divorcio y la adopción y se declaraba favorable a la libertad testamentaria, así como a la patria potestad. También él será colmado de honores por Napoleón. Presidente de la Corte de Casación y senador, Maleville votará la deposición del Emperador en 1814, será nombrado por Luis XVIII a la Cámara de los Pares y terminará siendo marqués y gran oficial de la Legión de Honor bajo la Restauración.

Si se observa la composición de la comisión, salta a la vista que no cuenta con ningún convencional, ni siquiera antiguo girondino o moderado, sino que todos sus miembros fueron partidarios de la monarquía constitucional. Todos son hombres de orden y hostiles a las audacias de la legislación revolucionaria. Al nombrarlos, Bonaparte tenía razones para esperar de ellos un proyecto de Código Civil que, más allá de sus cualidades jurídicas, tuviese en cuenta su visión política de la sociedad francesa. No fue decepcionado.

Bonaparte, «hombre totalmente político», como le gustaba calificarse a sí mismo, calculaba que su legitimidad, en ese estadio de su carrera, era débil y procedía de su gloria militar más que de un plebiscito de métodos dudosos. Para que su Código Civil fuera bien aceptado por los franceses, le hacía falta ante todo adherir a su empresa todo el cuerpo de los juristas que habían tenido que sufrir con la Revolución. No se trataba en absoluto de imponer, mediante un decreto consular, el proyecto preparado por la comisión. Bonaparte y Cambacerès habían comprendido que el texto sería tanto mejor aceptado cuanto aquéllos que tendrían que aplicarlo tuvieran el sentimiento de haber sido asociados a su elaboración. El proyecto de la comisión fue, por tanto, comunicado al Tribunal de Casación y a todos los tribunales de apelación. Las jurisdicciones formularon ciertas observaciones y reservas. El Tribunal de Casación, al que pertenecían reputados juristas, como señaladamente Douai y Oudot, estimó las causas de divorcio demasiado restrictivas y preconizó el restablecimiento de la adopción, que había sido descartado en el texto. Pero la economía general del proyecto y sus disposiciones esenciales salieron reforzadas, más que quebrantadas, de la consulta.

A partir de mesidor del año IX (julio de 1801), el proyecto fue discutido en el Consejo de Estado. El examen se prolongó durante tres años, al principio a puerta cerrada en la sección de legislación y luego en sesión plenaria. De 107 sesiones, 55 fueron presididas por Bonaparte. En la hagiografía napoleónica se subraya la calidad de sus intervenciones. Es verosímil que el Primer Cónsul, que no

dejaba nada al azar, preparara las sesiones con la discreta ayuda de algunos juristas eminentes, como Tronchet o Merlin de Douai. Pero su asiduidad prueba la importancia política que revestía para él el Código Civil. Le habría sido fácil confiar en Cambacerès para asegurar la buena marcha de los trabajos. Pero el Código Civil le parecía el fundamento de la sociedad francesa tal como él la concebía. Y, hecho notable en relación con su carácter, en este período inicial de ejercicio del poder Bonaparte dejó que las opiniones se expresasen libremente, interviniendo él mismo en la discusión sin imponer necesariamente su punto de vista. Cambacerès asistía a las sesiones y participaba en los debates, en los que su función de Segundo Cónsul y su condición de autor de los precedentes proyectos de Código Civil le conferían una especial autoridad.

El Consejo de Estado, encargado por la Constitución del año VIII de preparar los proyectos de ley del Gobierno, asumió un papel eminente en la elaboración del Código Civil. Bonaparte había llamado al mismo a juristas prestigiosos, que habían tenido recorridos distintos bajo la Revolución. Se encontraban allí antiguos diputados en la Constituyente, como Régnier, Emmery o Regnault de Saint-Jean-d'Angély; y antiguos convencionales, como Thibaudau o Treilhard, que habían continuado su carrera bajo el Directorio. Tenían en común haber apoyado el golpe de Estado del 18 Brumario. Pero no tenían la intención de abandonar todas las conquistas de la Revolución de la que habían salido. Las tempestades políticas que habían atravesado les habían dado una rara mezcla de competencia jurídica y de experiencia política que les hacía buscar, en ese estadio de su carrera, compromisos razonables más que la afirmación de principios. Así, fue descartado del proyecto el «libro preliminar» de 38 artículos propuesto por Portalis, que agrupaba los principios del derecho natural inspirados en el *Traité des lois* de Domat. Ya no era la hora de las discusiones filosóficas, sino de las disposiciones jurídicas eficaces, es decir, aptas para la sociedad nueva que Bonaparte quería fundar. Así, sobre dos puntos esenciales del derecho de familia, el divorcio y la adopción, el proyecto inicial fue seriamente modificado. Contrariamente a la opinión de Portalis, el divorcio por mutuo consentimiento fue introducido en el Código Civil, pero sometiénolo a condiciones muy restrictivas. Bonaparte no era extraño a la elección de esta solución. Igualmente, la adopción sólo de los mayores de edad fue establecida a proposición de Berlier con el apoyo de Bonaparte, a pesar de la oposición de Tronchet.

El texto no estaba exento de dificultades de redacción. Seis proyectos fueron sucesivamente discutidos antes de la aprobación del

texto final en nivoso del año XI. La voluntad política de Bonaparte forzaba a los juristas, siempre proclives a largas discusiones, a seguir adelante y a encontrar compromisos. Este fue el caso, destacadamente, en materia de regímenes matrimoniales y de sucesiones en el año XI y a comienzos del año XII.

Sin esperar a la finalización de los trabajos del Consejo de Estado, los primeros títulos fueron presentados, en forma de proyectos de ley, a las dos asambleas: primero al Tribunado, que examinaba el proyecto y emitía un voto de aprobación o de rechazo; luego al Cuerpo Legislativo, que, sin debate y tras haber escuchado a los oradores del Consejo de Estado y del Tribunado, aprobaba o rechazaba el texto.

La presentación de los primeros artículos permitió a aquéllos que en el seno de las asambleas desaprobaban el Concordato manifestar su hostilidad a un poder que se manifestaba cada vez más autoritario y en ruptura con el ideal parlamentario con que soñaban los «ideólogos», como Andrieux, Marie-Joseph Chénier, Chazal o Benjamin Constant. El título preliminar, sobre la publicación y la aplicación de las leyes, fue objeto de vivas críticas en el Tribunado, que emitió un parecer desfavorable por 65 votos contra 13, el 26 mesidor del año IX (18 de julio de 1801). El Cuerpo Legislativo lo rechazó, a su vez, por 142 votos contra 139. Después el Tribunado, tras haber aprobado con dificultad el título sobre el registro del estado civil el 7 nivoso del año X, emitió el 11 un informe desfavorable sobre el título relativo al disfrute y privación de los derechos civiles, tras vivos ataques de Boissy d'Anglas y Marie-Joseph Chénier contra el proyecto. Era una materia eminentemente política, ya que tocaba a la suerte de los hijos de emigrados en caso de regreso a Francia. Más allá de los argumentos jurídicos, se trataba también para los ideólogos del Tribunado y sus aliados de afirmar su independencia y el derecho de las asambleas de discutir e incluso de rechazar los designios de Bonaparte.

El Primer Cónsul decidió enseguida quebrar esta fronda. Retiró los proyectos en discusión. El Tratado de Amiens acababa de ser firmado. Francia conocía, por primera vez en diez años, la paz con Europa. Resplandecía la gloria de Bonaparte. Había llegado el momento de terminar con «esas docenas de metafísicos inútiles». Una maniobra política, con la complicidad del Senado, permitió desembarazarse de ellos. Llegaba el momento de la renovación de un quinto de las asambleas previstas por la Constitución. En lugar del sorteo, Cambacerès sugirió que el Senado designase a los «mantenidos» en la función y a los nuevos diputados. Así, desaparecieron discretamente del Tribunado los «ideólogos»,

como destacadamente Benjamin Constant, Daunou, Jean-Baptiste Say e Isnard, y del Cuerpo Legislativo los amigos de Madame de Staël.

Una vez realizada la depuración, fue fácil obtener la aprobación del Tribunado a todos los proyectos, así como su votación por un Cuerpo Legislativo dócil. Con algunas diferencias de detalle, el conjunto de textos surgidos de los trabajos del Consejo de Estado fue aprobado por las asambleas en el año XI y a comienzos del año XII. Bonaparte había aceptado la discusión de los textos con juristas escogidos por él, porque tenía confianza en su competencia y no temía sus críticas técnicas. En cambio, cualquier oposición parlamentaria, en cuanto puramente política a sus ojos, le resultaba insoportable. Estaba fuera de cuestión ver sus proyectos legislativos obstaculizados o comprometidos por las asambleas. Las veleidades de independencia del Tribunado y la indocilidad del Cuerpo Legislativo estaban destinadas al fracaso.

El 30 ventoso del año XII (21 de marzo de 1804), fue promulgada la ley que reunía en un único cuerpo las treinta y seis leyes cuyo conjunto constituía el «Código Civil de los Franceses». Por una coincidencia conmovedora, el Código fue promulgado el mismo día de la ejecución del Duque de Enghien. Sólo en 1807 sería llamado oficialmente «Código Napoleón», pero la paternidad política era indiscutible. Esta «masa de granito», según la expresión de Napoleón, había salido ciertamente de su poderosa voluntad.

Obra de compromiso, se dice con gusto del Código Civil. Hacía falta llegar a un acuerdo entre los distintos puntos de vista de los participantes en la obra, entre culturas diferentes, alimentadas de costumbres entre los juristas del norte y del centro, y de derecho escrito, heredero del derecho romano, entre los del sur. Ello se percibe bien cuando se trata de fijar, justo al final de los trabajos, un régimen matrimonial supletorio. A falta de convención matrimonial, «para el pueblo interesado de nuestros campos y nuestros talleres» el Código elige el régimen consuetudinario de la comunidad de muebles y de adquisiciones, administrado sólo por el marido. Pero el régimen dotal, caro a los prácticos del derecho escrito, sobrevivía y podía ser convencionalmente adoptado por los cónyuges en toda Francia. Igualmente, la larga discusión en el seno del Consejo de Estado a propósito del divorcio se concluyó mediante el mantenimiento del divorcio por consentimiento mutuo, pero sometiéndolo a condiciones tan restrictivas que lo

hacían casi impracticable¹³. Compromiso, asimismo, sobre el hijo natural: aun aceptando el reconocimiento voluntario del hijo natural nacido antes del matrimonio, éste tiene la condición de sucesor irregular en relación con sus parientes y, en presencia de hijos legítimos, sólo puede recibir un tercio de una porción hereditaria. Es, por lo demás, en el derecho de sucesiones donde se afirma con más fuerza la voluntad de síntesis –o el eclecticismo– de los autores del Código Civil. En caso de sucesión *ab intestato*, el Código consagra el principio de la unidad de la sucesión, suprimiendo toda distinción entre bienes nobiliarios o no, paternos o maternos, adquiridos o propios. La sucesión se atribuye a los parientes consanguíneos por el orden presunto de afección del difunto: descendientes, padres y hermanos, otros ascendientes, colaterales ordinarios hasta el duodécimo grado. El patrimonio del difunto debe permanecer en la familia. Sólo a falta de parientes consanguíneos hereda el cónyuge.

Pero la discrepancia más visible sobrevino a propósito de las disposiciones testamentarias. ¿Podía admitirse que se dispusiera por testamento de los bienes despreciando la igualdad entre los herederos? La última ley votada el 4 germinal del año VIII (25 de marzo de 1800) daba a los hijos una «legítima», reservándoles al menos tres cuartas partes de los bienes de sus padres. Maleville propuso volver a una reserva de al menos la mitad de los bienes, de conformidad con la costumbre de París. Tronchet y Portalis, por su parte, se quedaban con las disposiciones de la ley de germinal del año VIII. Cambacerès, sutil artesano de compromisos, ideó la «legítima gradual», variable según el número de hijos: la mitad de la herencia en presencia de un hijo, dos tercios con dos hijos, tres cuartos en presencia de tres hijos o más. El acuerdo se logró. El espíritu de los buenos juristas es fértil en invenciones, y Cambacerès era un gran jurista.

Cabría citar otros ejemplos. Así, por ejemplo, la patria potestad fue limitada hasta los veintiún años, en contraposición al régimen perpetuo de los países de derecho escrito. Pero, fiel a la tradición del *pater familias* del derecho romano, siguió siendo extremadamente rigurosa, ya que el padre ejercía por sí solo la autoridad sobre los hijos y podía ordenar la detención hasta de un mes del hijo menor de dieciséis años, y de hasta seis meses del adolescente de más de dieciséis años. En contra del proyecto de la comisión, Cambacerès logró del Consejo de Estado que la intervención del juez fuera requerida para ordenar el arresto del adolescente.

¹³ Hacía falta, en efecto, pedir el consentimiento de los parientes (art. 283) y abandonar la mitad de los bienes de cada uno de los cónyuges antes de tres años.

Por el contrario, tratándose de la mujer, las soluciones adoptadas se desdecían de los derechos que le habían sido reconocidos bajo la Revolución. El Código Civil consagró la tradición del antiguo derecho consuetudinario al proclamar el deber de obediencia de la esposa a su marido y la incapacidad de la mujer casada para realizar cualquier acto sin el consentimiento escrito del marido. La corriente favorable a la igualdad de los cónyuges, bajo la Revolución, se había extinguido. Los autores del Código, destacadamente Portalis y Cambacérès, eran muy poco sensibles a los derechos de la mujer. En cuanto a Bonaparte, su misoginia era sin fisuras: «Lo que no es francés», exclamó en el Consejo de Estado, «es dar autoridad a las mujeres».

El Código Civil es, sin duda, una obra de compromiso político; pero sólo en la medida en que la elección de las soluciones no ponía en cuestión la concepción de la sociedad y del Estado que animaba a Bonaparte. En la discusión en el Tribunalado, Siméon podía correctamente proclamar que es «indiferente al Estado [...] que los cónyuges pongan sus bienes en comunidad o bajo régimen dotal». Y convenía a Bonaparte, Primer Cónsul, aparecer como el hombre de la reconciliación nacional y, por tanto, de la conciliación. Pero si los juristas debían encontrar el punto de equilibrio entre tradiciones o concepciones diferentes y a veces opuestas, Bonaparte tenía del Código Civil una visión distinta de la de un compromiso apaciguador. Para él, el Código Civil era a la vez un instrumento de poder y un arma de conquista. En el interior, debía fundar, constituir el nuevo orden social; en el exterior, debía destruir la sociedad antigua y aunar los espíritus en torno al modelo francés. Así, el mismo instrumento jurídico iba a permitir a su creador ser conservador en Francia y revolucionario fuera de sus fronteras.

En el origen del Código Civil está el golpe de Estado del 18 brumario del año VIII. La proclamación de los vencedores el 24 frimario del año VIII (15 de diciembre de 1799) es inequívoca: «La Revolución está en los principios que la iniciaron. Está terminada». La intención, como corresponde a los grandes anuncios políticos, no carece de ambigüedad. ¿Dónde terminaban los inicios de la Revolución? ¿En la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789? ¿O bien en 1791, al término de la Asamblea Constituyente? Pero, en este caso, ¿cómo aceptar el divorcio o la adopción, frutos de la legislación revolucionaria? ¿O era el Terror lo que marcaba la frontera de lo inaceptable? Es

seguro, en todo caso, que el Consulado no es la Restauración. Perpetúa 1789 y no pretende restablecer el Antiguo Régimen. La respuesta brutal de Bonaparte a las ofertas halagüeñas de Luis XVIII es inequívoca: la Revolución está terminada, ciertamente, pero en beneficio del vencedor. Y éste es Bonaparte, no Borbón.

Bonaparte no tiene más legitimidad que la de la victoria. Ello será, por lo demás, la causa de su desastre final y del de Francia. Su poder no ha reposado jamás sobre la soberanía del pueblo. No ha sido elegido por los franceses; se ha impuesto a ellos. Y el dudoso plebiscito del año VIII sólo tiene valor de ratificación, no de elección. Ni soberano de derecho divino, ni salido de la soberanía del pueblo, Bonaparte no es sino un dictador. Todo su problema es asentar su poder sobre principios reconocidos. A falta de legitimidad, la legalidad proveerá a ello. La divisa de la Constituyente «La Nación, el Rey, la Ley», la de 1789, encuentra eco en 1804. Basta cambiar el nombre del soberano, y el giro está dado. El imperio de la ley, magnificado e idealizado por los hombres de 1789, por la Revolución en sus inicios... he ahí lo que asegura la legalidad de un régimen salido de un golpe de Estado militar. De ahí la importancia decisiva del Código Civil, anunciado ya el 19 brumario. Bonaparte será el guardián de la ley y el orden.

Magnífico programa después de tantos años de convulsiones revolucionarias: la paz interior, fundada sobre el respeto de la ley, una e indivisible como la propia República. ¡Admirable proyecto político que se inscribe en filigrana en el proyecto legislativo! 1789 es consolidado por el Código Civil, y el respeto del Código está asegurado por la omnipotencia de su autor. Las dos constituciones –la del año VIII, que engendrará el Consulado vitalicio y luego el Imperio, y el Código Civil del año XII, que se transformará en la constitución civil de Francia– son así indisociables en el espíritu de su creador. Pero la constitución política, que sólo aspiraba a asegurar el poder de un militar victorioso, desaparecerá con su derrota; y, por el contrario, la constitución civil, el Código, precisamente porque asegura a la sociedad francesa un orden legal fundado sobre principios que ella reconoce como suyos, va a permanecer inalterada durante casi un siglo. Esta constitución civil sobrevivirá hasta nuestros días transformándose profundamente, como la sociedad misma. Devenido Napoleón, Bonaparte no se equivocó cuando decía en el acantilado de Santa Elena: «Waterloo borraré el recuerdo de tantas victorias. Lo que vivirá eternamente es mi Código Civil».

¿De dónde viene este éxito? ¿Por qué el Bonaparte legislador triunfó de forma duradera mientras que el Napoleón emperador

estuvo destinado, de conquista en conquista, a hundirse ante la Europa coaligada dejando a Francia en suelo como una montura agotada? La distinción entre constituciones buenas y malas surge enseguida. ¿Y si el Código Civil de los Franceses de 1804 fuera para Francia en el orden civil lo que la Constitución de 1787 es para los Estados Unidos en el orden político —una obra maestra del arte jurídico— y Bonaparte hubiera realizado el deseo de Carnot de ser el «Washington francés», pero en el orden civil, no en el terreno político? La comparación entre los dos generales victoriosos es paradójica, porque uno no pensó más que en los Estados Unidos y el otro más que en sí mismo. Pero no es ilusoria si se compara la originalidad, la fuerza y la duración de ambas obras jurídicas.

Entonces, ¿se puede hablar de obra maestra a propósito del Código Civil de 1804? Un Código tiene éxito cuando ordena una sociedad según principios que ella reconoce como fundacionales. Tal es el caso del Código de 1804. Transcribe al orden civil los principios de la Declaración de 1789. El principio de igualdad ante la ley, una única ley para todos los ciudadanos sobre todo el territorio de la República: es el fin de los privilegios y de los órdenes, la destrucción definitiva de la aristocracia, la noche del 4 de agosto transpuesta al terreno civil. El espíritu de libertad, herencia de las Luces, inspira disposiciones esenciales del Código y anima todo el ámbito de los contratos. El célebre artículo 1134 —«Las convenciones legalmente formadas tienen fuerza de ley para quienes las han celebrado»— da a cada ciudadano la condición de legislador en sus relaciones de interés con los demás. La libertad de elección preside el matrimonio del adulto, del mismo modo que inspira la facultad de divorciarse, incluso en condiciones muy restrictivas. Y crear un vínculo de filiación mediante el contrato de adopción, ¿no es también ampliar el terreno de la libertad individual?

En cuanto a la propiedad, se transforma con el Código Civil en la piedra angular del nuevo orden social. El derecho de propiedad es definido, con más amplitud que en los textos preexistentes, como «el derecho de disfrutar y de disponer de los bienes de la manera más absoluta», incluso si esta soberanía del propietario es atemperada por la exigencia de que «no se haga de ella un uso prohibido por la ley o los reglamentos». Si el Código Civil es la expresión de la burguesía triunfante, lo es ante todo porque es un código de los propietarios y, sobre todo, de los nuevos propietarios. Porque la Revolución estuvo en el origen de la más vasta transmisión de propiedad de la historia de Francia. ¿Qué es la sociedad francesa de 1804 más que una sociedad donde los notables burgueses, y también los campesinos e incluso los artesanos,

han adquirido a buen precio, a menudo a crédito, bienes nacionales pagaderos en títulos de la deuda rápidamente devaluados por la inflación? La Revolución no destruyó solamente el orden feudal haciendo tabla rasa de los privilegios y de los derechos feudales. También transfirió a las clases ascendentes la propiedad de inmensos bienes: dominios del rey, de la Iglesia y de la nobleza emigrada. En 1804, la consagración del derecho de propiedad no era sólo expresión de la influencia del derecho romano o de las máximas de Pothier. Era, antes que nada, la garantía dada a los nuevos propietarios de que no habría marcha atrás y que su parte de bienes nacionales les había sido definitivamente transmitida, con libertad de disponer a su gusto.

Esta voluntad política de anclar la Revolución por el derecho de propiedad, de adherir al nuevo régimen el mayor número posible de propietarios, inspira también el derecho de sucesiones. Mediante el reparto igual entre los hijos del patrimonio del difunto y la limitación de la cuota disponible por testamento o donación en presencia de hijos legítimos, la propiedad en Francia debía encontrarse muy repartida en el espacio de algunas generaciones. Una Francia de ciudadanos propietarios, apegada al régimen que les garantizaba la disponibilidad de sus bienes: ésta era la visión política de Bonaparte, heredero en esto de los hombres de la Constituyente. El Código Civil debía así estabilizar la sociedad francesa con el riesgo, denunciado por Le Play, de ver implantarse en Francia el culto del hijo único, único heredero de los bienes, o de dos hijos como máximo y conducir a su debilidad militar frente a una Alemania de demografía triunfante. El Código Civil como fuente del declive demográfico francés: el tema se repetirá tras la derrota de 1870. Ya en 1814, en el Congreso de Viena, el ministro inglés Lord Castlereagh decía: «Inútil destruir Francia, el Código Civil se encargará de ello». En el lado opuesto, Napoleón veía en él el medio más seguro de destruir la antigua sociedad aristocrática. A su hermano José, rey de Nápoles, le confiaba en 1806 que gracias al Código Civil «todo aquello que no os es afecto va a destruirse en pocos años».

Sin duda, lo más innovador del Código Civil era su laicidad. Como subraya el decano Carbonnier, ninguna proclamación de principio, sino «un silencio total [...] Las confesiones están ausentes del Código, mientras que no lo están en absoluto en la sociedad. El derecho se ha separado de la religión, y permanecen separados»¹⁴.

¹⁴ Jean CARBONNIER, «Le Code civil», *op. cit.*, pp. 293-315, cita en p. 311.

El estado civil escapaba definitivamente de la Iglesia y el matrimonio dependía sólo de la ley civil. Esta secularización del derecho iba de la mano con la firma del Concordato. Se lograba al fin la paz religiosa, y el Primer Cónsul nombra a los obispos a los que el Papa otorga la investidura canónica. Prestarán, como los curas, juramento de fidelidad al gobierno. La sumisión de la Iglesia de Francia a la autoridad del Estado —es decir, al Primer Cónsul— parece lograda. La laicidad del Código Civil, a la que estaban apegados el Consejo de Estado y el Tribunado, hace de contrapeso al Concordato de 1802. Estaba en el orden de las cosas que Portalis, católico convencido y uno de los autores del Código Civil, fuera nombrado Ministro de Cultos por Bonaparte en julio de 1804.

El Código Civil de los Franceses —preferentemente propietarios, casados, padres de familia— también estaba marcado por el principio de autoridad que inspiraba la Constitución del año VIII. Autoridad del padre sobre los hijos menores hasta los veintiún años, a menos que el muchacho de dieciocho años se alistara en el ejército, escapando así del poder del cabeza de familia para caer en el de los jefes militares. Autoridad del marido sobre la mujer, que le debe obediencia. Autoridad del señor sobre el asalariado: la palabra del patrón, en caso de desacuerdo sobre el contrato, prevalece sobre las del empleado. El Código Civil no es, ciertamente, el código del gran capitalismo —le tocará al Segundo Imperio proveer a ello— sino el de la burguesía triunfante, a la que la Revolución ha abierto el reinado.

Es precisamente por esta consagración por lo que el Código Civil era un instrumento de conquista revolucionaria. Para valorar este aspecto, hay que mirar las instituciones y las reglas del Código Civil con los ojos del comparatista... del historiador del derecho comparado. Los principios de libertad, de igualdad y de propiedad proclamados en 1789 eran revolucionarios. Eran ciertamente abstractos, como la palabra profética que anuncia los tiempos nuevos marcados por el reino de la justicia. Pero un Código de leyes que organiza hasta el detalle una sociedad nueva, o sea, que habla a la razón tanto como a la imaginación. Basta enumerar las conquistas inscritas en el Código Civil: la abolición de los derechos feudales, cuando subsistían bajo formas diversas en la mayor parte de los reinos y principados de Europa; el fin de los privilegios de la nobleza y la igualdad de los ciudadanos ante la ley común; el derecho de propiedad liberado de las servidumbres de un pasado «gótico»; los hijos que escapan de la patria potestad a los veintiún años; herencias muy repartidas en virtud de una división igualitaria, es decir, el fin del derecho de primogenitura; el matrimonio seculari-

zado, el divorcio aceptado y la adopción legalizada; la religión desterrada totalmente de un derecho devenido laico; y la libertad del ciudadano de contratar con fuerza de ley en sus asuntos privados, como la del soberano en el terreno público. ¿En qué reino, en qué legislación de Europa, estaban así establecidos la igualdad ante la ley, la libertad contractual, la secularización del derecho?

No era sólo orgullo de autor lo que guiaba a Napoleón cuando impuso su Código en todo el Imperio y en los reinos satélites. Sabía que era un formidable instrumento político de liberación, de destrucción del antiguo orden al que los pueblos estaban sujetos en Europa. «He sembrado la libertad a manos llenas, por todas partes he implantado mi Código Civil», dirá en Santa Elena¹⁵.

De ahí la brutalidad con que reprendía a sus satélites coronados cuando pretendían tocar el Código. Al saber que Murat dudaba si introducir el divorcio en el reino de Nápoles, escribió en 1808: «Preferiría que Nápoles fuera al antiguo rey de Sicilia antes que dejar castrar el Código Napoleón»¹⁶. Y a su hermano Luis, rey de Holanda, que hizo redactar para su reino una versión modificada del Código Civil como miramiento hacia las susceptibilidades locales, Napoleón le impuso sin miramientos el Código original a comienzos de 1808. Lo mismo valdrá para Jerónimo, rey de Westfalia, cuando introdujo el Código Napoleón en versión alemana.

Ciertamente, el injerto fue objeto de numerosos rechazos; hasta tal punto estaba ligada la obra a su autor, tan profundamente detestado en las naciones sometidas a los beneficios del Código Napoleón. Pero tal era su calidad jurídica que fue conservado por mucho tiempo en Estados muy próximos a la lengua francesa –Bélgica o el cantón de Ginebra– y sirvió de modelo en el siglo XIX a códigos que se querían modernos, en Italia, en los Estados alemanes, en la Polonia gobernada por el zar, en Rumanía y en algunos Estados de América del Sur llegados a la independencia¹⁷.

Sin duda, el arte de la composición y la claridad de expresión no son extraños al éxito del Código Civil. Stendhal escribió a Balzac en 1840 que, cuando escribía *La cartuja de Parma*, leía cada mañana algunas páginas del Código a fin de coger el «tono justo». ¡Que Fabricio y la Sanseverina se expresaran en la lengua de Portalis: eso es lo que embelesa todavía al jurista amante del buen estilo! Y no lo hay más puro que el del Código Civil original. En el seno de la Constituyente y luego en las sucesivas asambleas, hubo juristas del máximo talento. Su obra maestra colectiva sigue siendo el

¹⁵ Jean CARBONNIER, «Le Code civil», *op. cit.*, p. 299.

¹⁶ *Ibid.*, p. 297.

¹⁷ Cfr. Jean-Louis HALPERIN, *Le Code civil*, 2.ª ed., Dalloz, París, 2003, pp. 127-137.

Código Civil, en la medida en que es expresión de una comunidad jurídica cuya lengua era la de fines del siglo XVIII, el más hermoso momento de la lengua francesa. Por añadidura, los redactores del Código, por respeto a la tradición jurídica, integraron en la obra reglas procedentes del antiguo derecho sin modificar su formulación: Así, el célebre artículo 2279: «*En fait de meubles, possession vaut titre*». El artículo 552: «*Tous les biens sont meubles ou immeubles*», obra maestra de concisión jurídica que define toda una cosa en siete palabras¹⁸. Por lo demás, en la medida en que el *Tratado de obligaciones* de Pothier, publicado en 1761, fue ampliamente retomado por los autores del Código Civil y este tratado era ya una compilación, en muchos artículos del Código nos habla aún hoy la lengua del antiguo derecho. El historiador del derecho, o su antropólogo, halla aquí un campo privilegiado de investigación. El amante del buen lenguaje jurídico encuentra sus delicias... a la medida, ¡ay!, de la exasperación que produce la lectura, en la versión actual del Código, de tantos preceptos contemporáneos que perjudican la armonía del conjunto.

La cuestión que se plantea, entonces, es: ¿hay que proceder a una recomposición del Código Civil, que lo libere de las escorias, e introducir en libros anexos las adiciones sucesivas que no encuentran allí su sitio?

O, por el contrario, ¿el legislador contemporáneo no debe emprender la gran obra de un «Nuevo Código Civil»? Yo me inclino por esta audacia. Pero sólo podría prosperar a condición que los artesanos del nuevo código mediten sobre la lección de sus predecesores y sobre las exigencias del arte de la codificación que aquéllos practicaron con tanta fortuna.

Tillard, diciembre de 2003.

Agradecimientos:

Agradezco a Isabel Fichet-Boyle, Catherine Beauvois y Geneviève Fialeix su amigable ayuda.

Expreso mi reconocimiento al presidente Bruno Genevois y al profesor Jean-Louis Halperin por sus preciosos consejos.

¹⁸ Gérard CORNU, *La Lettre du Code à l'épreuve du temps. Mélanges offerts à René Savatier*, LGDJ, París, 1965, pp. 170 y 171.

La autonomía del Derecho

JUAN MIQUEL (UPF)

Este tema procede de una feliz idea de Juan Vallet de Goytisolo¹, que testimonia, una vez más, su amplia cultura jurídica y su visión de que el Derecho es, en primer lugar, producto histórico y que el pensamiento jurídico no puede, por tanto, prescindir de la Historia.

Esta visión contrasta notablemente con la del moderno arbitrista, que cree que él, desde su genialidad, puede construir el Derecho

¹ Cfr. su espléndida *Metodología de la determinación del Derecho* (Madrid, 1994). Cfr., especialmente, pp. 42, 411, 536, 614, 624, 1238, 1261.

La lección inaugural del curso 1994-1995 del profesor Alejandro Fernández-Barreiro lleva por el título «La autonomía del Derecho en el modelo occidental de ordenación de la Sociedad», Universidade da Coruña. El hecho de que en este trabajo se analicen aspectos diferentes de los tratados, aquí nos impide entrar a juzgar las tesis defendidas por el autor. En todo caso, esta monografía viene a confirmar que la autonomía del Derecho se puede enfocar desde diversas perspectivas. Cfr. George, Robert P. (ed), *The Autonomy of Law*. «Oxford» 1996. Sobre el «deconstruccionismo» americano, que, a zaga de la huella de J. Derrida, niega la autonomía del Derecho, *vid.*, por todos, DOUZINAS, Costas; WARRINGTON, Ronnie; MCVEIGT, Shaun, «Postmodern Jurisprudence», *The Law of Text in the Texts of Law*, London and New York, 1991.

La importancia del tema queda de manifiesto a la hora de estructurar «Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos». Así, aunque la sistemática de un comparativista excelso René David (I. La familia romano-germánica. II. El Derecho de los países socialistas. III. *Common Law*. IV. Otras concepciones del orden social y del Derecho) haya llegado hasta nuestros días (permutando, claro es, los epígrafes II y III), resulta evidente que en el decurso más de medio siglo nuestro planeta ha cambiado mucho. Así pienso que el criterio de la independencia del Derecho debe de ser el criterio para una nueva sistemática, que contemple tanto el mundo del Islam como el de países como China o India. En este sentido me pareció fascinante comparar el legado de Roma (la autonomía del Derecho) con el de China (la ética del Confucianismo) o en un trabajo de próxima aparición aproximarme al mundo del Islam (donde Religión y Derecho aparecen fundidos en la *sharia*) Cfr., «Retórica y Derecho: Una reflexión a la luz del legado de China» en *Quintiliano: Historia y Actualidad de la Retórica*, I (1998) 43-72. Actas de un Congreso internacional celebrado en al UAM en 1995. Sobre el Islam, cfr. mi artículo de próxima publicación «Bagdad: Al-Hwarizmi y la “Casa de la Sabiduría”». Así, tras la vinculación entre «Matemáticas y Derecho sucesorio» (Al-Hwarizmi explica que él escribe, estimulado por el califa Al-Mammun, para los que tienen problemas de cálculo en particiones de herencia, legados, etc.) se esconden un formidable problema teológico: ¿Es *El Corán* un libro revelado por Dios o, simplemente, una obra humana? Al Califa le preocupaba tanto el problema que instituye una especie «inquisición», para castigar a los que defiendan la segunda alternativa.

de espaldas a la Historia. Este arbitrista, que continuamente cree darse de bruces con la Verdad, y al que, por ejemplo, con frecuencia, encontramos ahora ocupado en la elaboración de nuevos planes de estudio de la carrera de Derecho, es un representante típico de nuestra época, una época que, desgraciadamente, ha perdido la memoria histórica. A nuestro tiempo se le podría aplicar la acerada crítica que Savigny hacía a la época de la Ilustración, «que había perdido el sentido para comprender tanto la grandeza y particularismo de otras épocas, como la evolución natural de los pueblos y Estados; es decir, todo lo que puede salvar y fecundar la Historia». «En su lugar» –sigue el fundador de la Escuela histórica– «se había impuesto una esperanza ilimitada de la época presente que se creía llamada, nada menos, que a realizar una auténtica síntesis de la perfección más absoluta»².

Por otra parte, plantear el tema de la autonomía del Derecho como fenómeno de la vida social, o, más concretamente, de la ciencia del Derecho, ofrece una riqueza de perspectivas tal que resulta, según veremos, prácticamente inabarcable, en tanto que resulta mucho más sencillo comenzar con una visión exclusivamente romanística.

En efecto, a lo largo de más de un siglo, tres grandes juristas se han ocupado de la autonomía de la ciencia del Derecho en Roma: Rudolf von Jhering, Fritz Schulz y, recientemente, Franz Wieacker. La terminología resulta ya interesante, más por las coincidencias que por las discrepancias: Jhering habla de independencia, autarquía y autonomía del sistema jurídico, así como de aislamiento y separación de la materia jurídica; a Fritz Schulz se debe la difusión del término «*Isolierung*» o «*isolation*», es decir, «aislamiento», término, que ha hecho fortuna entre los romanistas modernos, que ya lo utilizan con unas connotaciones muy precisas. Finalmente, Wieacker vuelve al término autarquía, independencia o, de una manera muy precisa, habla de la delimitación, aislamiento de la materia jurídica o de la delimitación de la *quaestio iuris*.

El tema de la autarquía ha sido y sigue siendo de una actualidad tan palpitante que en cada uno de estos grandes juristas no sólo hay que tener en cuenta los condicionamientos de su época, sino su propia vivencia científica o, incluso, estrictamente personal. Comenzaremos por este último punto de vista.

Jhering, a lo largo de su dilatada vida científica, pasa por dos fases bien definidas: en la primera, sirve a la jurisprudencia de conceptos, en la segunda pasa a ver en el interés el motor del Derecho,

² SAVIGNY, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (1814), pp. 3 ss.

convirtiéndose así en el precursor de la llamada jurisprudencia de intereses. Esta constatación bien conocida es muy importante para nuestro tema, ya que hay una conexión funcional entre el estricto principio de la división de poderes, propio del Estado liberal y burgués de Derecho, por una parte, y, por otra, el concepto de un sistema, tan abstracto y autónomo, que resulta alejado de la vida social, en tanto que un acercamiento a la realidad social, por fuerza ha de llevar a una crítica de tales concepciones. Así, el problema estriba en determinar en qué momento de su vida científica se encuentra Jhering cuando habla de la independencia del sistema jurídico. Este problema no ofrece, a primera vista, una solución simple: la obra más importante de Jhering *El espíritu del Derecho romano en las diversas fases de su evolución*, donde trata de nuestro tema, es tan extensa, ocupa un lapso de tiempo de su vida tan dilatado que, aun limitándonos a las últimas ediciones de la obra, constatamos que entre los primeros y los últimos tomos se abre un abismo marcado por la fiebre constructivista de la primera época y el escepticismo subsiguiente, fruto del acercamiento cada vez mayor a la realidad social, que dimana de las influencias del naturalismo jurídico. Por eso, no basta con leer las brillantes páginas al comienzo del segundo tomo de *El espíritu del Derecho romano*, donde habla de la independencia del Derecho y celebra expresamente el aislamiento extremo de la ciencia del Derecho (según veremos más adelante), sino que es también muy importante releer el tomo tercero (III, 13.^a ed. pp. 309 ss.), donde expresamente hace una crítica de la jurisprudencia dialéctica, que trata de revestir el Derecho con el ropaje de la lógica, para fortalecer al máximo la autonomía del pensamiento jurídico y elevar el Derecho positivo hasta que alcance las más altas cotas de verdad lógico-jurídica».

En Schulz resulta decisiva la vivencia personal; así su obra *Prinzipien des römischen Rechts*, escrita en 1934, en plena época de Hitler, debe de ser también entendida como una crítica larvada al desprecio del poder político por el Derecho y así esa crítica resultaría a la postre casi una premonición del forzado exilio que había de sufrir Schulz como judío.

Finalmente, Franz Wieacker, en su espléndido discurso sobre «Fundamentos de la formación del sistema en la jurisprudencia romana» —desde su privilegiada atalaya de romanista excelso, que ha asistido a la evolución de los métodos de su ciencia en las diversas fases de su dilatada vida científica—, arrancando de la relatividad del concepto de sistema, ser capaz de ofrecernos un común denominador de las preocupaciones metodológicas de la moderna romanística referentes al hábito intelectual de los juristas romanos.

Por encima de todas estas diferencias resalta una coincidencia fundamental: la idea de que el genio jurídico romano brilla, ya en una época muy temprana, con la separación del Derecho de otros ámbitos de la vida social. Existe también coincidencia en señalar que en la época de las XII Tablas, es decir, a mediados del siglo v a. J. esta separación se había consumado. En cambio, hay discrepancia en señalar las causas: mientras Jhering preponderantemente la encontraba en las XII Tablas, Wieacker la centra en la labor de los pontífices. Lo más probable, empero, es que una explicación monocausalista resulte insuficiente.

Hechos estos prenotandos, conviene ya descender a la exposición de las interpretaciones de los tres grandes romanistas, por la riqueza de perspectivas, que nos ofrecen.

A) Jhering trata del tema al principio del tomo segundo de su obra *El espíritu del Derecho romano en las diversas fases de su evolución*. Resulta interesante señalar la *sedes materiae*: «El sistema jurídico específicamente romano»³. Allí, hablando de la fuerza que impulsa al Derecho a buscar su independencia trata de la independencia del Derecho en sus aspectos formal y material. El estilo de Jhering es tan brillante como plástico y su intuición jurídica y fantasía creadora resplandece en el planteamiento del problema. En realidad, su enfoque del tema procede todavía de su primera época de la construcción jurídica, aunque algunas de sus intuiciones preludien ya un mayor acercamiento a la realidad, propio de la segunda época. El tema de la independencia se abre con unas reflexiones filosóficas, que para nosotros tienen un interés muy inmediato: «Reconocemos independencia a una persona», comienza Jhering, «siempre que posee la virtualidad de tomar determinaciones y rechazar influencias ajenas, en tanto en cuanto no respondan a sus propias convicciones y finalidades». Luego, concreta así: «Si trasladamos el concepto de independencia al Derecho, lo que expresamos con ello es que toma decisiones conforme a las miras y fines, que le son propios, cerrándose, en cambio, a las influencias extrañas». ¿Cómo se logra esta finalidad? «El medio apropiado», explica Jhering «es la creación de un aparato que se destine exclusivamente a la finalidad de realización del Derecho, y que ya a través de su separación y contraposición frente a las demás instituciones en las que el Estado despliegue su actividad, marque la frontera entre esta tarea y las demás funciones de la

³ JHERING, *Geist des römischen Rechts aus den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung* 2,1, (reimpr. de la 9 ed. Aalen, 1968, Scientia), pp. 19 ss. La traducción española, siguiendo la francesa, no traduce «Selbständigkeit» por «autonomía» o «independencia, sino por «espontaneidad». Por eso prefiero citar la edición alemana directamente.

Comunidad, haciendo así imposible cualquier inmisión del poder estatal en el campo del Derecho; si no imposible de facto, si al menos como una contradicción en sí misma, dejando patente que se trata de un acto de fuerza y dificultándolo así, cuanto menos, moral y políticamente». La sentencia que sigue tiene el vigor de un principio de sabiduría político-jurídica: «En tanto no se produce esa separación del poder dedicado especialmente a la realización del Derecho, del conjunto del poder del Estado, en tanto este último como único e indiviso poder estatal asume indistintamente todas las tareas de la Comunidad, le falta al Derecho la primera condición para su independencia».

Luego, extrae con rigor las consecuencias de este principio: «El primer paso para la independencia del Derecho lo constituye, por tanto, la separación de la administración de Justicia de las demás ramas de la Administración por medio de la instauración de autoridades, a las que el Estado encomienda la profesión y la obligación de decir Derecho, esto es, a los Tribunales. La figura del juez es la encarnación personal del principio reconocido por el Estado de la autarquía e independencia del Derecho».

Todavía el primer paso, consistente en la separación descrita, no es suficiente: «¿Qué habremos ganado?», se pregunta Jhering, «si se repite con el juez el peligro —ya señalado, dentro del marco de un poder estatal totalmente indiviso—, peligro que queríamos evitar: el de abuso del poder para finalidades ajenas al Derecho. Lo que habremos hecho es cambiar el instrumento de arbitrariedad. De ahí la pregunta que sigue: ¿Cómo podemos impedir que los jueces, al dictar sentencia, se lleven por otras consideraciones que no sean las propias del Derecho?».

La respuesta es la siguiente: mediante la fijación legal de un procedimiento y la fijación de la Ley. Jueces, organización del proceso y fijación legal de las normas legales a aplicar se convierten así en las instituciones que, al garantizar al Derecho un campo externamente delimitado y una configuración fija y tangible, un mecanismo, le proporcionan con ello las condiciones externas para poder realizar de manera uniforme y segura el contenido que deben asumir. Jhering llama independencia formal a la faceta de la independencia del Derecho que tiene por objeto únicamente la cuestión de la realización del mismo, prescindiendo, en cambio, totalmente de su contenido. La independencia formal encuentra tan sólo su medida y finalidad en que lo que es Derecho como tal llegue a aplicarse inexcusablemente; y el medio con que esta finalidad se alcanza es la forma, es decir, la fijación, acuñación de la fluida sustancia jurídica en una figura fija, pero justamente por

ello limitada. «En la forma», sentencia Jhering, «radica la fortaleza, pero a la vez, la debilidad del Derecho». Frente a la independencia formal o practica del Derecho surge la independencia interna o material. «Esta se basa en la idea de que el Derecho no es mera forma, susceptible de asumir cualquier contenido, sino que sólo determinadas finalidades tienen la pretensión a ser realizadas en el seno de esta forma; en suma, ella postula para el Derecho sólo aquel contenido que es conforme a su idea.» Por supuesto, Jhering no deja de subrayar que la idea del Derecho representa uno de los problemas más difíciles que existen en la ciencia del Derecho.

Estas ideas las aplica Jhering a la antigua Roma, subrayando la autarquía de su Derecho, ya en la época arcaica. «En Roma se encuentra tajantemente formulada la contraposición entre Derecho y Moral, y la razón no es que los romanos estimaran los preceptos de esta última menos que otros pueblos, sino porque ellos sentían de manera más clara que otros que el hombre libre desea hacer el Bien por el Bien mismo y no porque otros le fueren a ello. El viejo pueblo romano se encuentra aquí, como expone Jhering, en una clara contraposición, no sólo con China, que nunca llegó a separar Derecho y Moral⁴, sino también con pueblos europeos, que sólo con esfuerzo llegaron a esa separación.

Con referencia al Derecho romano arcaico estudia Jhering el problema desde cuatro puntos de vista distintos:

1) La elevación del Derecho a la forma que le es propia. En este sentido Jhering hace un canto al Derecho escrito frente al con-

⁴ JHERING, *op. cit.* p. 31. La comparación que hace Jhering con China es realmente sugestiva: «La idea de la libertad personal es, a su vez, extraña a un pueblo como el chino, petrificado en la fase previa a la pubertad, y que con toda su cultura no ha logrado salir nunca de la concepción de la vida de nene sabihondo y así no ha logrado penetrar en la distinción entre naturaleza y contenido del Derecho y de la Moral; la leyes de China y del bambú acompañan a los habitantes del Celeste Imperio en todo lo que hace y emprende en casa y fuera de ella». Hoy podríamos decir que no sólo «las leyes del bambú», sino también, mucho antes, «las leyes de la seda». En efecto, el sensacional descubrimiento arqueológico en diciembre de 1973 cerca de Hunan (antiguo estado de Chu; provincia actual: Hunan) de los llamados «manuscritos de seda de Huang-Lao» resulta decisivo para plantear con más datos la relación entre Derecho y Moral en una época anterior a Confucio. Sobre el tema, *vid.* el fascinante libro de R. P. PEERENBOOM, *Law and Morality in ancient China*, State University of New York Press, Albany, 1993. El autor que habla de la filosofía social y política de Huang-Lao no deja de comparar sus concepciones con la filosofía jurídica contemporánea occidental (iusnaturalismo moderno, Hardt, Dworkin, por citar sólo las corrientes más aludidas en la obra) (cfr. *passi*, especialmente, pp. 263 ss.). En qué manera sigue influyendo hoy día la no separación de Derecho y Moral, lo expone el autor con las siguientes palabras: «No doubt the influence of Confucianism on the legal culture of China has been great. As remarked, people continue to turn to morality rather than the law for guidance in interpersonal interactions». «The negative affects of China's traditional legal culture and attitudes about law are manifold» (p. 267). Más adelante añade: «... moral principles continue to be given pride of place over laws. Many will not press for legal entitlements if doing so conflicts with ethical beliefs».

suetudinario, subrayando la importancia que la temprana codificación de las XII Tablas hubo de tener para la independencia del Derecho. En este punto, hay una reflexión especialmente característica. Es a propósito de la contraposición entre la Ley y el Derecho consuetudinario.

Con referencia a este último dice poéticamente Jhering: «Aquí el Derecho se funde con el sujeto –late en su pecho como sentimiento jurídico o como convicción jurídica (la llamada *opinio necessitatis*); se hace uno con la vida misma– y no situándose frente a él como exigencia externa, como hace la Ley, sino que le es inmanente, es su propio orden, el que se ha creado para sí mismo; es uno con el tiempo –sigue creciendo con él y que queda como la Ley detrás de él. Y, finalmente, es uno, es el todo de la concepción jurídica; No hay contradicción de leyes. La decisión no se toma de un único párrafo, sino desde la plenitud de la cosmovisión jurídica».

La conclusión que saca Jhering de esta unidad es sorprendente: «Pero esta unidad, que todo lo abarca, esta concatenación pacífica es el signo de la imperfección». Y viene luego una idea, que para nosotros tiene una importancia capital, pues lo resume todo, y para Jhering es tan decisiva que las palabras correspondientes van espaciadas. A la pregunta «¿A qué se debe, pues, el que esa seductora unidad del Derecho consuetudinario, tan brillantemente expuesta, sea signo de imperfección?», responde: «Precisamente esa continua unidad, esa pacífica coexistencia, es señal de imperfección, pues el progreso del Derecho consiste en destruir esa conexión natural en una ininterrumpida separación y aislamiento».

Este pasaje es importante, a mi juicio, desde un doble punto de vista: 1) ya que es el punto de partida del concepto de «*Isolierung*», con el que, a partir de Schulz, opera la romanística moderna, y 2) revela un hábito mental de Jhering, que es el propio de su época (y de la primera fase de su producción científica) y, lo que es mucho más importante, que de una manera u otra, con más o menos extensión, sigue influyendo en las concepciones modernas.

2) Para un romanista moderno son importantes las consideraciones que hace Jhering sobre la independencia interna del Derecho, ya que trata aquí de temas tan importantes, como la temprana separación de *fas* e *ius*, es decir, de las esferas de lo religioso y de lo jurídico; de la separación del ámbito de la Moral y del Derecho, que permitió la creación de la institución de la censura, así como de la exclusión –del ámbito del Derecho– de consideraciones políticas y económicas.

3) La autoconservación y el impulso a la expansión del Derecho escrito es otro de los apartados que un romanista moderno lee con fruición, sobre todo el modo tan plástico como describe que la Ley de las XII Tablas no llevó al estancamiento del Derecho, sino que siguió evolucionando gracias a la *interpretatio* y las funciones de asistencia a las partes en controversias judiciales, o en la redacción de formularios negociales. Lástima que Jhering no se refiera más expresamente al papel que en este punto jugaron los pontífices.

4) La seguridad e independencia en la realización del Derecho escrito trata de temas tan interesantes como el principio de la inviolabilidad de los derechos adquiridos o de la independencia interna y externa de la Judicatura.

Al enjuiciar el valor actual de la aportación de Jhering hay que tener en cuenta dos perspectivas muy diferentes, aunque, por supuesto, relacionadas entre sí: 1) la del romanista moderno y 2) la del jurista actual.

1) El romanista moderno lo primero que debe hacer es reconocer la importancia hermenéutica, que tiene el concepto de «*Isolierung*», comenzando por la separación entre lo jurídico y lo no jurídico. Luego, la ubicación temporal de este concepto en la época de las XII Tablas. Después calibrar el significado que tiene el hecho de que esta Ley no contenga más que normas jurídicas. Finalmente, hay que admirar el engarce de la célebre Ley con la vida merced a la labor de la *interpretatio* y la elaboración de formularios negociales y procesales. En definitiva, una aportación impresionante e imperecedera de Jhering.

Luego, ya puede hacerse la inevitable reflexión de la distancia que hay entre Jhering y la moderna romanística tanto en método como en intenciones: para el romanista de hoy, el Derecho romano ya no es el Derecho romano como *ratio scripta*, sino que lo decisivo es el conocimiento histórico.

2) A partir de ahí deber situar a Jhering dentro de su propio contexto histórico y no extrañarse demasiado de la mezcla de concepciones filosófico-jurídicas y datos históricos con pretensiones de una aplicación inmediata, o, al menos, con valor de modelo. Debe comprender la polémica larvada con la Escuela histórica, que había elevado el Derecho consuetudinario a la categoría de mito y, desde el prisma de esa polémica, podrá comprender mejor la generalidad de afirmaciones, que no encajan, por ejemplo, en el valor que el uso negocial tiene frente al Derecho mercantil, ni en la evolución del Derecho romano con la labor del pretor.

Pero más importante que éstas y otras reflexiones que pueda hacerse un romanista es el encuadre de estas concepciones dentro del positivismo científico y dentro del marco del Estado liberal burgués de Derecho. En su *Historia del Derecho privado en la Edad Moderna*, el profesor Wieacker ha descrito con acierto los rasgos de esta orientación⁵. Así con referencia al método constructivo de la segunda mitad del siglo XIX, que celebra sus mejores triunfos con Gerber y Laband en el Derecho público y con Jhering en el Derecho privado, escribe el eminente romanista: «Consustancial a esta ciencia jurídica es la concepción jurídica del positivismo científico, que deriva las normas jurídicas y su aplicación exclusivamente del sistema, conceptos y principios de la ciencia jurídica sin conceder virtualidad jurídica, creadora o modificadora, a las valoraciones y finalidades metajurídicas, como puedan ser las religiosas, sociales o científicas». Oportunamente cita aquí a Windscheid, una de las grandes figuras del positivismo científico con la afirmación de que: «Reflexiones éticas, políticas o de economía política no son asunto del jurista como tal».

Las consecuencias más importantes que se derivan de ello las resume Wieacker en dos corolarios: «1) un sistema jurídico dado es siempre un sistema cerrado de instituciones y normas jurídicas, y, más concretamente, independiente de la realidad social de las relaciones de la vida, reguladas por las instituciones y normas jurídicas», y 2) el sistema del positivismo científico jurídico es un sistema cerrado; su propio concepto postula la ausencia de lagunas». Como bien señala el propio Wieacker, «La vinculación del juez a la doctrina científica corresponde al ideal de formación científica del positivismo jurídico». Para una crítica, eso sí, mucho más cáustica, baste aquí una simple remisión al libro de Dieter Simon sobre «La independencia del juez» (traducción española: Ariel Barcelona, 1985).

B) En sus *Prinzipien des römischen Rechts*, aparecidos en 1934 y traducidos ya dos años después al inglés⁶, Fritz Schulz dedica un capítulo entero a la «Isolierung» o «aislamiento». Aunque no pueda negarse la influencia de Jhering y, por supuesto,

⁵ WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* (2.ª ed., 1969, pp. 431 ss.). Por razones obvias utilizo aquí el original alemán y no la traducción española de Fernández Jardón.

⁶ SCHULZ, *Prinzipien des römischen Rechts* (1934). Hay traducción española de Manuel Abellán: *Principios de Derecho romano*, Civitas, Madrid, 1990, pp. 39 ss., hecha sobre la edición italiana de Arangio Ruiz, que, a su vez, tuvo a la vista la edición inglesa de Marguerite Wolf, publicada en 1936 bajo la supervisión del autor con el título *Principles of Roman Law*. Cfr. la nota de Abellán que precede la traducción (pp. 19 ss.). Aunque para comodidad del lector sigo la traducción española, me aparto de ella al hablar de «extrajurídico» en vez de «extralegal».

Schulz no la oculte, la perspectiva es muy diferente. Schulz hace un enfoque exquisitamente histórico, pero con una continua comparación con el Derecho moderno.

Schulz comienza con la constatación de que la ciencia del Derecho es el arte del análisis. Luego, señala la distinción romana entre Derecho y temas extrajurídicos, destacando diversas facetas que permiten marcar las diferencias con el Derecho alemán moderno: así, la contención del Derecho en Roma para no invadir determinadas relaciones de la vida social, frente a lo que nosotros llamaríamos hoy día «juridificación». Aquí las tesis de Schulz podrían dar ya lugar a una amplia discusión. En el mismo orden de ideas, señala Schulz⁷ que los romanos no mencionan restricciones extrajurídicas (más bien hablaríamos hoy de instrumentos de control social), tales como la *pietas*, la *fides*, la *reverentia* (en una palabra, del *officium*, subrayando también la indiferencia con respecto a las condiciones sociales, políticas y económicas). Otra manifestación de la «Isolierung» es la estricta separación entre Derecho sacro y profano, o la también rigurosa separación entre Derecho público y privado. La tesis de Schulz es que la jurisprudencia romana es fundamentalmente la ciencia del Derecho privado de la Ciudad de Roma. Schulz termina su sugestiva exposición, en la que razones de tiempo nos impiden detenernos más, con una comparación del principio de aislamiento en Roma y en la ciencia jurídica alemana del siglo XIX. También aquí es de aplaudir su enfoque crítico.

C) El profesor Wieacker –que en el Cielo esté– fue investido *Doctor honoris causa* en el Paraninfo de la Universidad de Barcelona el día 31 de marzo de 1991. El discurso de investidura del eximio profesor versa sobre «Fundamentos de la formación del sistema en la jurisprudencia romana»⁸. En este discurso trata también del tema de la autarquía de la ciencia del Derecho.

Wieacker plantea el tema con las siguientes palabras: «Si es cierto que los sistemas son estructuras de elementos cerradas hacia fuera y coherentes hacia dentro (así, en el caso de los sistemas jurídicos, los conceptos fundamentales, instituciones y decisiones); entonces el “verdadero” sistema de los juristas romanos es el conjunto de las operaciones mentales con el que constataban la autarquía de estas estructuras y aseguraban la coherencia de los elementos de su campo de saber, y lo construían de tal manera que se

⁷ SCHULZ, *Principien*, cit. pp. 39 ss.

⁸ WIEACKER, *Fundamentos de la formación del sistema en la jurisprudencia romana*. Solemne investidura de *Doctor honoris causa*, Discurs de Presentació pel Professor Juan Miquel González, 15 de marzo de 1991. Publicacions Universitat de Barcelona (traducción de José Luis Linares Pineda).

consolidaba progresivamente como una conexión consistente de saberes. A continuación trataré de demostrar esto».

Aunque, por mi parte, esté de acuerdo con las tesis de Wieacker, quiero también rendirle homenaje con una crítica a algunas formulaciones, que no me parecen afortunadas. Por supuesto, se puede estar de acuerdo con la premisa de que los sistemas son estructuras de elementos cerradas hacia afuera, y coherentes hacia adentro, lo que hay que poner en tela de juicio es ya el enorme grado de abstracción que supone hablar «del conjunto de operaciones mentales con el que constataban la autarquía...» y, sobre todo, con el hecho de que la investigación de un conjunto de operaciones mentales nos sumerge de lleno en el ámbito de la psicología. Es seguro que el moderno pensamiento jurídico de la Europa continental, o los métodos del «Legal Reasoning» de la jurisprudencia anglo-americana, a las que Wieacker se refiere también expresamente, no tienen por objeto el estudio de «operaciones mentales». Las operaciones mentales son, por así decirlo, una *black box*. Por eso, parece que, en todo caso, hubiera sido mejor hablar, por ejemplo, simplemente, de procedimientos (a los que quizá se podría añadir el calificativo de heurísticos).

En cambio, hay que destacar la certera intuición, la profundidad y acierto en la formulación de la tesis que sigue: «Si los sistemas, en este sentido lato» –prosigue el sabio profesor–, «deben ser hacia afuera estructuras cerradas, autárquicas, el primer presupuesto del trabajo de los juristas era la delimitación y aislamiento de su objeto».

Y, efectivamente, por oposición a todas las culturas jurídicas precedentes, la romana hizo un tema de su objeto como *quaestio iuris*, como problema jurídico, con precisión única, excluyente, y, al mismo tiempo, aisló rigurosamente los conflictos jurídicos frente a implicaciones ajenas al sistema, como las morales, sociales o económicas. Luego, resalta el papel que tuvieron los pontífices en esa formidable tarea: «Los presupuestos de esa especialización y aislamiento descansan indudablemente en los orígenes pontificales de la jurisprudencia científica. Monopolistas asimismo del saber jurídico profano, y, por ello, expertos en el *ius civile*, los pontífices tomaron de su ámbito de competencia sacra la idea de que las causas y efectos de los fenómenos y situaciones tienen lugar en una esfera autónoma, que es independiente del nexa causa-efecto en el mundo natural o de la relación de medio a fin en el universo social».

Insistiendo en las tareas de *agere*, *cavere* y *respondere* de los pontífices y que, luego, pasarían a los juristas, explica Wieacker:

«En cada uno de estos tres cometidos yacía el germen de un análisis más preciso del problema jurídico y el de su aprovechamiento ulterior para el Derecho». Luego detalla la relevancia de cada una de estas funciones para el aislamiento del problema jurídico: a) «El *agere* reclamaba de los juristas más antiguos la subsunción prospectiva del asunto controvertido en la relación jurídica señalada en las palabras solemnes –un *dare oportere* o un *meum esse ex iure Quiritium*–, exigiendo así despejar los rasgos conceptuales, jurídicamente relevantes, ocultos en el asunto controvertido». Con gran finura observa el profesor de Gotinga: «A pesar de lo trivial que parece esta operación intelectual, implica ya un juicio cognoscitivo sobre el encaje de los hechos controvertidos, en ideas tan abstractas como la de *obligatio dare oportere*, o, diversos *iura in re* (*meum esse ex iure Quiritium*). b) «Lo mismo vale» –sigue Wieacker– para el *cavere*. También el asesoramiento al concluir un negocio exigía la correcta apreciación de los fines e intenciones de las partes contratantes, como asimismo la previsión del *ius* aplicable a un eventual litigio futuro.» c) «Este proceder» –insiste el jurista alemán– «destaca al máximo en la actividad dictaminadora (*respondere*) sobre la decisión de una *quaestio iuris* contenciosa»⁹.

Por todo lo cuál, Wieacker llega a la siguiente conclusión: «En esencia, puede llamarse, por ello, al tesoro de experiencia de los viejos juristas un saber de *rationes decidendi*. Porque no sólo para el *responsum*, sino también para cada una de las tres actividades, también para *cavere* y *agere* es característica la obtención del Derecho, a través del juicio de analogía resultante de la comparación de casos»¹⁰.

La detallada exposición de las fulgurantes tesis de Wieacker nos permite constatar: a) la relación que existe entre el «sistema» y el tema del «aislamiento»; b) la tendencia de la doctrina germana a enfocar el tema desde el punto de vista de la «ciencia del Derecho», punto de vista al que Wieacker está, en cierto modo, legitimado, por referirse a los pontífices, que ostentaban un monopolio en la ciencia del Derecho; c) la relatividad y subjetividad del concepto de sistema, que en Wieacker alcanza también las máximas cotas de abstracción.

¿Cómo se plantea, desde la perspectiva del Derecho vigente, el problema de la autonomía, autarquía o aislamiento del Derecho? O, con un planteamiento algo diverso: ¿El problema de la autonomía de la moderna ciencia del Derecho? La respuesta no es fácil, y aquí más que dar soluciones, lo que haremos será esbozar un enfoque, que resalte las dificultades del tema.

⁹ *Id.*, *ibid.*

¹⁰ *Id.*, *ibid.*

Ya al comienzo nos encontramos con una paradoja:

1) Por una parte, se dice, con razón, que sectores tales como la Administración, la Política o la Economía invaden el mundo del Derecho: pensemos, por ejemplo, en la «burocratización del Derecho», en la «politización del Derecho», o en la solución de problemas jurídicos con criterios exclusivamente económicos.

2) Pero, por otra parte, es innegable el fenómeno de la «juridificación» (traduzco así al castellano el término «Verrechtlichung», tan en boga ahora en Alemania)¹¹. Juridificación quiere decir que cada vez sectores más amplios de la vida social se convierten en problemas jurídicos.

Es evidente que ambos fenómenos son complementarios y que se oponen, desde extremos opuestos, a la autarquía del Derecho. Para comprenderlos cabalmente se puede partir del concepto de sistema. Aquí todavía puede ser útil la distinción de Heck entre sistema externo y sistema interno. Hemos visto cómo esta distinción estaba implícita en Wieacker, que, acertadamente, destacaba la mayor importancia del sistema interno.

En efecto, la adecuada ordenación de las materias, el sistema externo, o, si se quiere, la sistemática es interesante a efectos expositivos y ni las leyes, ni la investigación jurídica, ni la docencia pueden prescindir de ella. Pero lo decisivo es el sistema interno, es decir, el conjunto de principios coherentes, que permiten que una materia se constituya como un todo unitario, bien acotado frente a otras manifestaciones de la vida social. Y como el Derecho es una ciencia, que se orienta fundamentalmente a la práctica, conviene subrayar la importancia que tienen en este aspecto. Nadie puede negar la importancia práctica que los principios jurídicos tienen en materias tales como el Derecho hipotecario, el Derecho procesal, el Derecho financiero, el Derecho administrativo o el Derecho constitucional. En su día fueron el vehículo para la recepción de la doctrina jurídica extranjera (alemana preponderantemente), luego permitieron la organización científica de estas, pero, además, han cristalizado en leyes y se aplican día a día por los Tribunales. Obviamente, no me puedo extender aquí sobre el concepto de sistema. En cambio, resulta muy adecuada una referencia a la obra de Claus-Wilhelm Canaris, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz* (2.^a edición, 1983). Es una obra escrita en un lenguaje claro, no exenta de un cierto sincretismo metódico,

¹¹ Vide el volumen conjunto «Verrechtlichung. Analysen zu Funktion und Wirkung von Parlamentarisierung, Bürokratisierung und Justizialisierung sozialer, politischer und ökonomischer Prozesse, editado por (Rüdinger) Voigt (Königstein/Taunus 1980 Athen u. Verlag).

pero, justamente por ello y, además, por estar muy bien documentada, refleja adecuadamente el estado de la doctrina. Es, por decirlo claramente, una obra muy convencional: el jurista en su torre de marfil. Y es que Canaris, el problema de la relación del Derecho (o, si se quiere, del sistema del Derecho) con otros ámbitos de la vida social ni siquiera lo menciona. La respuesta a esta objeción es, por supuesto, clara: como indica el propio título de la obra, «Pensamiento sistemático y concepto de sistema en la Jurisprudencia», no hay razón para que la referencia a otros campos sea necesaria. A nosotros tal respuesta nos parecería adecuada, por incidir en la necesidad de separar el tema del aislamiento Derecho como fenómeno de la vida social, del tema del aislamiento de la ciencia del Derecho. Dos constataciones parecen, pues, claras: 1) no hay en Canaris (a diferencia, por ejemplo, de Wieacker) un planteamiento del tema del «aislamiento», es decir, ni siquiera referido a la ciencia del Derecho, y 2) el jurista de hoy no se puede contentar, dado el contexto social en que vive, con este planteamiento tradicional.

De sistema hablan también los sociólogos del Derecho, pero en un sentido muy diferente, es decir, justamente confrontándolo con otros sistemas de la vida social. Así lo expresa Luhmann, que concibe el Derecho como «un sistema estructurado de procesos decisorios». Las normas jurídicas son normas sociales y son así «expectativas reguladas de conducta». Aunque el control social se realice a diversos niveles, las normas jurídicas se suelen caracterizar por el hecho de que su formalización y sanción en caso de incumplimiento está regulada por el Derecho. En este orden de ideas se suele decir –y así lo expresa Luhmann– que «el Derecho es un sistema relativamente aislado».

A mi entender, esta idea se podría concretar utilizando un modelo procedente de la Biología: el de sistema homeostático¹². El sistema homeostático posee dos características fundamentales: 1) cons-

¹² GUYTON, Arthur, *Tratado de fisiología médica*, Madrid *et aliis locis*, 7.^a ed., 1988, p. 3, al hablar de la «Organización funcional del cuerpo humano y control del “medio interno”» y de los «Mecanismos “homeostáticos”» de los principales sistemas funcionales explica: «El término homeostasis lo emplean los fisiólogos para significar persistencia de condiciones estáticas o constantes en el medio interno. Esencialmente todos los órganos y tejidos de la economía llevan a cabo funciones que ayudan a mantener estas condiciones constantes. Por ejemplo, los pulmones brindan nuevo oxígeno al líquido extracelular para tener continuamente el que es usado por las células, los riñones mantienen constantes las concentraciones de iones y el tubo digestivo proporciona elementos nutritivos». Y añade: «Gran parte de esta obra se destina a estudiar la forma en la cual cada órgano o tejido contribuye a la homeostasis. Para empezar la exposición, vamos a resumir brevemente los diferentes sistemas funcionales del cuerpo y sus mecanismos homeostáticos; luego estudiaremos la teoría básica de los sistemas de control que hacen que las estructuras funcionales operen en armonía».

tancia del medio interno, y 2) independencia frente al medio externo. Ambas se encuentran en una relación causal: la independencia frente al medio externo es una consecuencia de la constancia del medio interno. Esa constancia del medio interno no es inmovilismo. Al contrario, hay una movilidad continua, enderezada a lograr un equilibrio, que no es, por tanto, estático, sino dinámico, y supone así un proceso continuo de adaptación a las nuevas circunstancias de la vida. Por poner un ejemplo trivial: la temperatura del cuerpo humano se regula por un mecanismo homeostático. La constancia del medio interno es lo que le proporciona una independencia frente al medio externo (frío o calor), independencia de la que carece un animal de sangre fría, que está obligado a la hibernación. Queda, pues, claro que mantener la constancia del medio interno obliga a un continuo proceso de adaptación.

Y, siguiendo con modelos biológicos: del mismo modo que la membrana de la célula la separa del medio que la circunda, pero que justamente la pone en contacto con el medio exterior, a través de un intercambio continuo; y, justamente, la polarización de la membrana es expresión de la vida misma, del mismo modo no resulta adecuado hablar de «aislamiento» del Derecho. Es mucho mejor hablar de autonomía y autarquía, pero, planteando, desde luego, el tema de su interrelación con los demás fenómenos de la vida social.

«Qualcosa che somiglia all'ammirazione»-Ecos de la Civilística italiana en España

CARLOS PETIT
Universidad de Huelva

No basta la cercanía lingüística, la comunidad de fe y religión, la compartida raíz cultural latina, para que Italia y España, Pisanelli, su Código y los juristas españoles estrecharan contactos intelectuales hacia 1865. Tampoco basta la «italianización» profunda de la vida jurídica española, lo que tiene lugar sin duda desde los años treinta del recién pasado siglo, para suponer que hace algo más de cien años el *Codice civile* italiano interesara en la España del tardío, «inexistente», Código civil.

La historia que me concierne parte en efecto de una comprobación negativa: poco podemos decir del ilustre Giuseppe Pisanelli y de su obra legal desde el horizonte de la cultura jurídica de la España isabelina¹. La probada intuición de Cristina Vano, con el prudente título que me encarga («Echi della Civilistica italiana in Spagna»), me evita así tener que dejar más claro que mi presencia en este encuentro se debe a la estrecha amistad que me une a sus organizadores; los afectos personales más que las conexiones materiales estarían detrás de la intervención que así inicia.

Quisiera de todas formas obtener alguna lección metodológica de la anterior constatación. Nuestro sentido común de juristas italianos y españoles a caballo entre los siglos XX y XXI, colegas acostumbrados a trabajar codo con codo desde hace años, llevaría a suponer que nuestras amistades presentes tendrían su parangón en

¹ Tampoco ayuda la literatura sobre las relaciones italo-españolas en el período: Fernando GARCÍA SANZ, *Historia de las relaciones entre España e Italia. Imágenes, Comercio y Política Exterior (1890-1914)*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1994. Aclaro inmediatamente que estas páginas tienen origen en la ponencia, inédita, presentada al coloquio sobre Pisanelli, convocado en Lecce (primavera de 1999) por la amiga y colega Cristina Vano.

los tiempos de nuestros abuelos, al ser tanto lo que une, al fin y al cabo, a España con Italia. Ahora bien, que la historia no discurrió así, que ese sentido común válido para nosotros en absoluto —o muy poco— nos sirve para comprender a los abuelos, sería la manifestación particular de una dificultad de alcance general que lastra la historia del pensamiento jurídico moderno. Me refiero a las dificultades de lectura que encierran hoy unos textos jurídicos producidos ayer, aparentemente comprensibles por utilizar un determinado lenguaje (Código civil, Estado, pena de muerte...) en el que sin más complicaciones todos nos reconocemos. Pero las cosas, claro está, no resultan tan sencillas. Precavidos contra el riesgo de banalizar el mensaje de los textos, en el estado actual de nuestros conocimientos (muy embrionario: frente a Italia, no existe aún en España un catálogo de revistas jurídicas, un índice de los libros del Ochocientos, un diccionario biográfico de los españoles, un censo completo de traducciones de obras jurídicas en español) es innegable que la presencia española de la cultura italiana, Pisanelli y su código incluidos, con anterioridad a la década de 1880 ha sido reducidísima.

Me baso en dos rápidas comprobaciones, tan rápidas y tan limitadas como los instrumentos que me permiten expresarlas. Una primera pasa por el examen de las traducciones de materiales jurídicos italianos ². Así, antes del *Codice civile* apenas aparece algo más que: i) unos pocos pero grandes nombres ilustrados, inevitables en los tiempos de Carlos III (Beccaria, publicado por el voluntarismo del conde de Campomanes en 1774; Genovesi, 1785; Filangieri, 1787-1789); ii) obras de filosofía política elaboradas en ese momento que, sin embargo, se difunden más tarde al calor de la experiencia gaditana (Palmieri, 1821); y, finalmente, iii) unos títulos de teología moral y de derecho canónico, por lo común vertidos del latín, que haríamos muy bien en excluir del recuento, pues antes que testimonios de cultura jurídica *italiana*, responden más bien a la vocación *universal* de la Iglesia, desde luego tan palpitante en Italia (Marco Mastroffini, 1859; Domenico Cavalario, 1831, 1835, 1837, 1838, 1841, 1846-1847, etc.; Giulio Lorenzo Selvaggio, 1846); en este mismo registro me parece notabilísima la fortuna de iusnaturalistas italianos, cuyos textos dominan el panorama del pensamiento «neocatólico» nacional con repetidas y citadísimas ediciones (Luigi Taparelli d'Azeglio, 1866-1867, 1867-1868, 1871, 1884, 1887; Giuseppe Prisco, 1866, 1879, 1884, 1886, 1887, 1891). Si nos interesara observar el tráfico de traducciones en sentido inverso, el cua-

² Phanor J. EDER, *Law Books in Spanish Translation. A Tentative Bibliography*, University of Florida Press, Gainesville (Flo.), 1966.

dro poco o nada cambiaría, pues de España llegaron a Italia algunos iluministas (Jovellanos, 1815; Juan Antonio Llorente, 1865) y más pensamiento católico (en particular Jaime Balmes, 1848, 1849, 1850, 1851, 1855, 1860)³.

Pudiéramos suponer que la vecindad lingüística del italiano y el español hacía innecesarias las traducciones. Sin embargo, existen otros argumentos para remontar esta plausible objeción, que debo al menos insinuar antes de considerar una segunda, más limitada todavía, fuente de informaciones. Que sean frecuentísimas las traducciones de obras italianas desde finales de 1880, en un flujo ya no interrumpido a lo largo del siglo xx, indica que el paso de traducir encierra mucho más que un estímulo a la lectura mediante versiones en la lengua propia. Traducir no supone sólo, a veces ni siquiera principalmente, eliminar la barrera del idioma; supone sobre todo abastecer con un producto literario exótico el mercado nacional y recrear, gracias a frecuentes añadidos, paratextuales (prólogo del traductor o de un ilustre maestro local, notas de legislación española, etc.) o no, el texto originario: conocemos versiones tan creativas que constituyen, en rigor, por decirlo en las palabras de uno de los protagonistas de nuestros intercambios en la condición de editor, «más que una traducción rigurosa una adaptación, un plagio como si digéramos (aunque poniéndose el nombre del autor, claro está), algo como lo que haría uno que se propusiera copiar un Derecho penal sin que se conociese. Tomando del autor alemán lo que sea común con nuestro derecho. Yo no quiero un Derecho alemán traducido, sino un Derecho español siguiendo el método del autor alemán, y utilizando todo lo que de su pensamiento, de sus palabras, etc., se pueda utilizar. No sé si lograré explicar bien mi pensamiento. Lo primero que quiero es que no se cite ningún artículo del Código alemán, porque esto confunde mucho»⁴.

De hecho, las reflexiones publicadas en España sobre la cuestión de las lenguas modernas en los ámbitos —conexos— del Derecho y la política consideraron los casos del francés y del inglés respecto de la recia lenga nacional, pero eso ahora no nos interesa⁵. Hemos

³ Cfr., María Teresa NAPOLI, *La cultura giuridica europea in Italia. Repertorio delle opere tradotte nel secolo XIX*, I-III, Jovene, Napoli, 1987.

⁴ José Lázaro Galdiano (dueño de la revista y sello editorial *La España Moderna*) a Pedro Dorado Montero (catedrático de Derecho Penal, Salamanca), Madrid, 24 de octubre de 1894, en Archivo Universitario de Salamanca, *Fondo Dorado* IV, 13 (31). Cfr., también, *ibid.*, 24 de julio de 1894, IV, 13 (38), precisamente en relación a la traducción española de una obra italiana (i.e. Escipión SIGHELE, *La teoría positiva de la complicidad*, trad. de Pedro Dorado, 1894, a partir de la 2.ª ed.; cfr. Eder cit. núm. 2, p. 133): «más que traducción ha de ser adaptación».

⁵ Cfr., Antonio SERRANO GONZÁLEZ, «Lectura romántica de la Constitución de Inglaterra», en Andrea Romano (cur.), *Il modello costituzionale inglese e la sua recezione nell'area mediterranea tra la fine del '700 e la prima metà dell'800*, Giuffrè, Milano, 1998, pp. 325-374.

de tomar ahora la segunda fuente de datos que nos permite obtener estas rápidas impresiones, vale decir, los catálogos de las bibliotecas. Si consultamos con tal objetivo el *Catálogo, por orden alfabético de autores, de las obras existentes en la biblioteca del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid* (Madrid, 1860), resulta que los libros de los abogados de la Corte española en el momento de la unidad italiana: i) no tienen mucho que ver, al menos por estimaciones cuantitativas, con el Derecho, ii) no están escritos mayormente en español, y iii) desde luego los jurídicos casi siempre son obras francesas. En este panorama extraño la presencia de libros italianos es reducidísima (falta hasta la literatura clásica del *mos italicus*); de cruzar ese dato negativo con cuanto sabemos en relación a otras bibliotecas contemporáneas (tengo presente las cifras de obras consultadas en la Universidad Central de Madrid, según las memorias anuales de su secretaría general para los años finales del siglo), la conclusión indica que ni se traducen obras italianas ni tampoco resulta que tales obras —cuando existieron— hayan sido utilizadas en su lengua original ⁶.

Un análisis menos aproximativo que el actual exigiría pasar revista a la publicística de los estados italianos en las décadas anteriores a la Unidad, pues su modesto desarrollo —frente al auge de la literatura postunitaria— privaría de objeto a una cualquiera recepción española ⁷, mas quisiera destacar que lo poco o lo mucho que pudiese circular de Italia simplemente no lo hizo en España. Por lo que conozco, los cambios sólo comienzan a notarse unos quince años después del *Codice civile*, con dos excepciones, parciales pero muy apreciables, al panorama casi desértico que presentan estos momentos. Ambas excepciones nos interesan.

Tenemos, por una parte, el caso de *La Escuela del Derecho*, un título periódico absolutamente excepcional (en su empeño científico y, por ende, en su vocación internacional) en el horizonte literario español, publicado entre 1863 y 1865 por jóvenes abogados casi desconocidos; una agilísima revista que supo reunir lo mejor del foro nacional (Joaquín Francisco Pacheco, el Marqués de Gero-

⁶ Tampoco veo nada en las bibliotecas particulares: Jesús A. MARTÍNEZ MARTÍN, «Cultura y formación intelectual en la revolución liberal burguesa. La biblioteca de Joaquín María López», en *Estudios históricos. Homenaje a los Profesores José M.^a Jover Zamora y Vicente Palacio Atard*, II, Universidad Complutense, Madrid, 1990, pp. 651-679, p. 675, con dos traducciones de Tasso. Del mismo, en general, *Lectura y lectores en el Madrid del siglo XIX*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1991, apéndice de pp. 358-360 (expolio de las bibliotecas de «magistrados, abogados y notarios»): veinte títulos italianos (frente a quince en inglés y 553 en francés), de los que seis corresponden a obras jurídicas; también, pp. 391-393 («políticos y burócratas»): 84 obras italianas (173 en inglés, 1.146 en francés), con siete registros jurídicos.

⁷ Por desgracia no sé de nada similar a Paolo GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico, 1860-1950*, Giuffrè, Milano, 2000, para la primera mitad del siglo XIX.

na, Manuel Ortiz de Zúñiga, Manuel Alonso Martínez) con numerosas colaboraciones procedentes del extranjero: el alemán Mittermaier, los franceses Molinier, Lacointe, Bernard, el ruso De Brochocky..., más una verdadera escuadra de juristas italianos: Filippo Ambrosoli ⁸, Pietro Ellero ⁹, Enrico Pessina ¹⁰, Giuseppe Setti ¹¹ y sobre todo el penalista toscano, principal exponente de la escuela clásica, Francesco Carrara, autor de contribuciones (no faltan las polémicas con el director de la revista, el abogado hispanolense Cayetano de Estér ¹²) en casi todos los volúmenes ¹³; es de interés observar aún que los trabajos de Carrara aparecidos en la *Escuela* suelen ser artículos originales que encuentran en la lengua española su primer vehículo de difusión.

A la vista del elenco precedente parece fácil concluir que esa nutrida nómina de italianos en la *Escuela*... ha sido un eslabón más en la larga cadena internacional de lucha contra la pena de muerte, un movimiento abolicionista poco documentado en el caso de España aunque palpitante en el programa de la *Escuela del Derecho* y presente entre sus principales animadores ¹⁴. También por esta razón de política jurídica debo insistir de nuevo en el carácter aislado de esta rara publicación, abierta al extranjero en su infatigable compromiso «científico» como nunca lo estuvieron los otros periódicos, incluso aquéllos más prestigiosos (pienso en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* – RGLJ, nacida en 1853 y dominante por difusión, colecciones y firmas; un título importante, sobre el que enseguida volveremos). En efecto, si repasamos la prensa jurídica española obtendremos otra respuesta negativa en nuestra búsqueda de ecos, pues no sólo faltan los autores italianos coetáneos de Pisanelli (en general, extranjeros), pero tampoco se da noticia de las novedades legislativas o políticas que afectaban a

⁸ «Proyecto de reforma del método vigente en la actualidad en los tribunales del reino e Italia, para hacer constar la reincidencia de los procesados», en *La Escuela del Derecho* VI/3 (1864) pp. 230-259, 260-276.

⁹ «De la enmienda penal», *ibid.* I/3 (1863), pp. 235-267 y I/4 (1863), pp. 347-370.

¹⁰ «De las actuales condiciones de la filosofía del derecho penal en Francia», *ibid.* V/2-3 (1864), pp. 97-113, que se dice tomado de *La Nemesi* napolitana.

¹¹ «Las recomendaciones a los jueces», *ibid.* I/1 (1863), pp. 83-94.

¹² «Costas y gastos del juicio según el Código Penal español. Carta al Sr. D. Cayetano de Ester», *ibid.* IV/1 (1863), pp. 363-369; «Duelo y riña. Carta al Sr. D. Cayetano de Ester», IV/1 (1864), pp. 47-63.

¹³ «Ideas sobre Derecho penal», *ibid.* I/1 (1863), pp. 23-42; «Derecho de defensa pública y privada», III/1 (1863), pp. 18-58; «De la enmienda del reo considerada como único fundamento y fin de la pena», IV/4 (1864), pp. 318-341; «Sobre la tentativa para delinquir. Al ilustrado profesor señor Luigi Sanminatelli», V/4 (1864), pp. 334-350; «Estado de la doctrina sobre la reincidencia», VI/1-2 (1864), pp. 126-164.

¹⁴ Cf. Carlos PETIT, «La Escuela del Derecho (1863-1865). Empeño de ciencia jurídica en la España isabelina», en Antonio Merchán-Gustavo Pinard (eds.), *Libro homenaje. In memoriam Carlos Díaz Rementería*, Publicaciones de la Universidad, Huelva, 1998, pp. 533-584.

Italia (no pasa desapercibido el *Código civil* portugués de 1867, un texto legal bien conocido por los españoles en su polémica contra el código nacional y objeto de algunos comentarios). Solamente he localizado una escuálida referencia –tomada de *L'Osservatore romano*– a las reformas legislativas diseñadas por la Santa Sede... cuando los Camisas Verdes se encuentran a un paso de Roma ¹⁵. Bien poca cosa, si se considera que España carecía por entonces de código civil y sus clases jurídicas hubieran debido sentirse interesadas en un texto –me refiero al *Codice civile* del ministro Pisanelli– que podría verse muy cercano ¹⁶; al menos, estos años de silencio producen una traducción, con comentario preliminar, de la decisiva ley italiana ¹⁷.

Conviene, con todo, advertir que el código español ha sido el fruto de un dilatado proceso de gestación que tiene en el llamado anteproyecto de 1882-1888 su antecedente textual inmediato. Pues bien, un estudio de sus materiales nos revela que, no obstante la estructura general francesa y la regulación contenida en muchos de los artículos, entre las fuentes extranjeras más frecuentemente invocadas figura en cabeza el *Codice civile* del jurista que ahora celebramos ¹⁸. La rápida consulta del anteproyecto permite añadir que las citas se concentran en torno a las instituciones de la ocupación, a ciertas formas testamentarias y al régimen económico-matrimonial. Queda por precisar si la mención del *Codice* significa también la

¹⁵ Cf. «Reformas administrativas verificadas en Roma en los últimos años», en *El Faro Nacional. Revista de jurisprudencia, administración, tribunales, notariado e instrucción pública* 6 (quinta época) 1862, pp. 556-560, propaganda «con motivo de los continuos ataques que se dirigen al gobierno de Roma sobre el supuesto atraso en que se encuentra la administración pública y el estado social de aquel país» (p. 556).

¹⁶ Cf. Carlos PETIT. «Il "codice" inesistente. Per una storia concettuale della cultura giuridica nella Spagna del XIX secolo», en Raffaella Gherardi-Gustavo Gozzi (curs.), *Sapere della borghesia e storia dei concetti fra Otto e Novecento*, Il Mulino, Bologna, 1995, pp. 179-224; para la fortuna posterior del esperado texto, del mismo, «El Código inexistente (II). Por una arqueología de la Civilística española», en *Anuario de Derecho Civil*, 49, 1996, pp. 1416-1450.

¹⁷ *Colección de Códigos europeos, concordados y anotados*. Publicada por D. Alberto Aguilera y Velasco. Primer grupo, primera sección. Vol. 2: *Código civil italiano, concordado y anotado. Con una Introducción por D. Vicente Romero Girón*, Madrid, á cargo de A. Florez (Est. Tip. de la Colección de los Códigos europeos), ca. 1877, a la que no he podido ahora acceder. Supongo que se reproduce en la ulterior edición de Vicente Romero Girón-Alejo García Moreno (eds.), *Colección de las instituciones políticas y jurídicas de los pueblos modernos*, III: *Instituciones del Reino de Italia*, Madrid, Establecimiento Tipográfico de J. Góngora, 1885, texto del Código en pp. 131-338, sin introducción ni notas, aunque una «Advertencia» de p. [127], colocada por razones editoriales, considera «la codificación italiana... quizá la más completa y de las más interesantes de los pueblos modernos». Para otras traducciones y ediciones, Eder, cit. (n. 2), p. 70.

¹⁸ *El anteproyecto del Código Civil Español (1882-1888)*. Publicado con un estudio preliminar, notas y concordancias por Manuel Peña Bernaldo de Quirós, Madrid, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España (Centenario de la Ley del Notariado. Sección cuarta: fuentes y bibliografía, vol. I), 1965, cf. p. 32.

existencia de préstamos literales, o bien si no ha sido otra cosa que una mención elíptica del *Code civil*, del cual el italiano notoriamente procede; en cualquier caso el Código de Pisanelli aparece en el anteproyecto español continuamente aproximado al *Avant-projet* del exégeta belga François Laurent, interesante recorrido éste de Gante hasta Madrid sobre el que nos encontramos mejor informados ¹⁹.

Llegamos así al momento preciso, la década de 1880, en que los *ecos* de la Civilística italiana –de la ciencia jurídica elaborada en Italia, más generalmente– pasan a convertirse en verdaderas *voces*, dominando hasta la fecha el panorama del derecho español. Expresado muy sencillamente, en la España de finales de siglo se recibe con inesperada intensidad la *ciencia jurídica positiva* que nace en el ámbito penal y pronto se extiende al derecho privado ²⁰; la llamada «italianización» de la jurisprudencia española parece, pues, una recepción masiva de positivismo, mas el interés del fenómeno resulta tan notable que nos encontraríamos en los inicios de una estrecha relación, persistente sin altibajos una vez superada la moda positivista.

Antes de ofrecer los datos principales de esa relación conviene reflexionar un instante sobre el sentido de la «italianización» anunciada. Cuestión nada fácil, ya que tocamos aquí una de las paradojas de la experiencia jurídica liberal, quiere decirse, el enigma de un *derecho* que resulta a un tiempo *ordenamiento* producido –por vez primera en la historia– desde los parámetros «nacionales» del Estado, pero además *saber* de pretensiones *científicas*, dotado entonces de vocación universal. No conozco una imagen más plástica de esta encrucijada entre técnica (nacional) y ciencia (universal) del derecho que aquel viejo *dictum* de Jhering colocado en apertura del *Geist des römischen Rechts*: «die Rechtswissenschaft ist zu Landesjurisprudenz degradiert... eine demüthigende, unwürdige Form für eine Wissenschaft!» ²¹.

¹⁹ Pablo SALVADOR-JOSEP SANTDIUMENGE, «La influencia del *Avant-Projet de revision du code civil* belga de François Laurent en el Código civil español de 1889», en *Asociación de Profesores de Derecho Civil, centenario del Código civil (1889-1989)*, II, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, pp. 1927-1965.

²⁰ Un cuadro (demasiado) general en Diego NÚÑEZ RUIZ, *La mentalidad positiva en España. Desarrollo y crisis*, Túcar, Madrid, 1975. También, Manuel NÚÑEZ ENCABO, *Manuel Sales y Ferré: los orígenes de la Sociología en España*, Edicusa, Madrid, 1976.

²¹ O en el español de los posibles lectores del código de Pisanelli: «la unidad de forma de la ciencia, tal como resultaba para casi toda Europa, de la adopción común de un solo y mismo Código de leyes, esa colaboración de la jurisprudencia de los países más diversos en una materia y un mismo objeto, ha desaparecido para siempre, así como la comunidad de la forma del derecho. La ciencia del derecho ha venido á ser de jurisprudencia local: las fronteras políticas son tambien las fronteras del arte jurídico. ¡Forma desconsoladora é indigna de una verdadera ciencia!» (Rudolf VON IHERING, *El espíritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*, versión española con la autorización del autor y notas por Enrique Príncipe y Satorres, I, Carlos Bailly-Baillièere e Hijos, Madrid, 1891, p. 12).

La gran paradoja de la modernidad jurídica justifica entonces la necesidad de las traducciones –una vez perdido sin remedio el latín como instrumento moderno de expresión a uso del jurista²²– pero también favorece los intercambios y congresos y cuenta con las revistas como ágil momento de encuentro²³. Y explica en especial el fenómeno de un *derecho comparado* pujante (con figuras como Maine, Post, Bachoffen... sin olvidar al siciliano Emerico Amari) desde los tiempos de Pisanelli; un empeño iuscientífico de objeto universal, ocasión frecuente de trabajos en común, con el *Congrès international de droit comparé*, celebrado en el París de la exposición de 1900, como ejemplo más notable²⁴.

La edad de los códigos civiles ha sido –necesariamente también ha tenido que ser– la edad de los gabinetes de legislación extranjera. Ahora conviene precisar que aquella vieja *iuscomparación*, antes que una empresa de alta cultura y política jurídicas, cosa entonces de académicos o excelencia limitada a legisladores ocupados en la cantera del progreso patrio *de iure condendo*, significó, sobre todo, prestar una atención continua hacia el derecho extranjero de la que no se libraron los prácticos de cualquier clase y condición²⁵. Un público amplio de destinatarios para las traducciones, en suma, que mantenía con vida en la cultura forense –en la común pertenencia a una gran familia de jurisconsultos, extendida sin distinción de tiempos ni de fronteras– el universo de valores cívicos y referencias profesionales que cimentaban la unidad ideal del foro europeo por encima de las divergencias, consideradas en el fondo menores, del respectivo derecho nacional.

²² Y ahora sabemos de la enemiga de Savigny a continuar con el latín como lengua científica: Cristina VANO, «*Il nostro autentico Gaio*». *Strategie della Scuola Storia alle origini della romanistica moderna*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2000, p. 259. Advierto, sin embargo, que las estadísticas de lectura de las bibliotecas universitarias madrileñas a fines del siglo XIX, recogidas en las ya mencionadas *Memorias* del secretario general de la Universidad Central, revelan un uso aún intenso del latín (1890-1891: 11.055 consultas de obras castellanas en los fondos de Derecho y Teología y 1.233 consultas de obras latinas; los datos generales del curso anterior son, respectivamente, 38.789 y 2.344, lo que arroja una llamativa utilización del latín en la biblioteca de los juristas).

²³ Son cuestiones aún por estudiar; cf. al menos *Mil Neuf Cent. Revue d'histoire intellectuelle*, vol. 7 (1989), monográfico sobre «Les congrès, lieux de l'échange intellectuel, 1850-1914». Enseguida recordaré un caso atinente a nuestro asunto.

²⁴ Cf. Antonio PADOA-SCHIOPPA (cur.), *La comparazione giuridica tra Ottocento e Novecento*, Istituto Lombardo di Scienze e Lettere, Milano, 2001; Aldo MAZZACANE-REINER SCHULZE (Hrsg.), *Die Deutsche und die italienische Rechtskultur im «Zeitalter der Vergleichung»*, Berlin, Duncker & Humblot, 1995.

²⁵ Y otra vez debemos acudir a Cristina VANO, «Hypothesen zur Interpretation der «vergleichende Methoden» im Arbeitsrecht an der Wende zum 20. Jahrhundert», en Reiner Schulze (Hrsg.), *Deutsche Wissenschafts und Staatslehre im Spiegel der italienischen Rechtskultur während der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts*, Duncker & Humblot, Berlin, 1990, pp. 203-222; de la misma, «Avvocati “innanzi all'eccellentissima corte”». Una collezione ritrovata di allegazioni forensi», en Aldo MAZZACANE-CRISTINA VANO (curs.), *Università e professioni giuridiche in Europa nell'età liberale*, Jovene, Napoli, 1994, pp. 405-420.

De aceptarse la interpretación anterior podemos comprender el sentido propio de ciertos géneros literarios (las ubicuas *causas célebres*, las recetas de oratoria del foro, las colecciones de arengas, los libros de moral y espíritu profesionales) presentes en las bibliotecas de abogados ingleses, españoles, italianos ²⁶, pero también comprenderemos el largo predominio de Francia y el prestigio universal de su cultura jurídica: pues Francia representaba para cualquier abogado del siglo XIX la continuación histórica, por eso elevada ahora a la categoría de «modelo» (i.e. el caso francés como paradigma de modos y maneras del *foro moderno*), de la tradición forense de Roma. Y podía así proclamarse desde una difundidísima obra de referencia italiana que «il foro francese è un tipo a sé, continuazione e trasformazione dell'italiano antico [i.e. Roma], tronco diramatore dell'italiano moderno... nel secolo XVI... la scienza del diritto passò dall'Italia in Francia, sia pure per opera di un italiano, Andrea Alciato. Ed ivi trovò terreno proprio a sviluppare l'avvocatura» ²⁷. Desde esta perspectiva, más allá del éxito indudable de la codificación napoleónica, la abogacía francesa resultaba legítima heredera de la mítica abogacía romana (i.e. el *foro antiguo* de los tratadistas de elocuencia) y ofrecía así un cuadro de referencias donde se encontraban los colegas europeos de varia procedencia: los Dupin, Berryer, Favre... y tantos otros maestros modernos de la palabra se añadieron a los clásicos Demóstenes y Cicerón como ejemplos vivos y autores de las obras dominantes, tanto en Italia como en España, hasta la segunda mitad del siglo.

Si el desarrollo de los anteriores análisis acaso nos permita sentir mejor los ecos tan lejanos de la Italia de Pisanelli en la España isabelina (compañeros al fin españoles e italianos en la común admiración por esa Francia-Nueva Roma), también nos enseña que la erosión progresiva de la cultura forense, con el consiguiente declive del abogado ante el científico-universitario como representación del jurista perfecto ²⁸, tan apreciable a partir de los años 1870, acarrea necesariamente el declive del modelo francés... En nuestro caso español, a beneficio inmediato de la literatura jurídica italiana.

²⁶ Bege BOWERS NEEL, *Lawyers on Trial: Attitudes Towards the Lawyer's Use and Abuse of Rhetoric in Nineteenth-Century England*, Diss. The University of Tennessee, Knoxville, 1984; Robert A. FERGUSON, *Law and Letters in American Culture*, Harvard University Press, Cambridge, Mass. 1984; Pasquale BENEDEUCE, *Il corpo eloquente. Identificazione del giurista nell'Italia liberale*, Il Mulino, Bologna, 1996; Carlos PETIT, *Discurso sobre el discurso. Oralidad y escritura en la cultura jurídica de la España liberal*, Servicio de Publicaciones de la Universidad, Huelva, 2000.

²⁷ Cf. BENEDEUCE, cit. (n. 26), pp. 149 ss. de «L'archetipo dell'avvocato moderno»; pp. 151-152 con la cita recogida, procedente de la voz «Avvocati e procuratori» del *Digesto italiano*, firmada por Cavagnari y Caldera.

²⁸ PETIT, cit. (n. 26), pp. 43 ss.

Es cuanto me sugiere la consulta del catálogo de traducciones. Entre los años 1880 y 1920 veo medio centenar largo de italianos, principalmente cultivadores de los derechos penal y civil; a considerable distancia figuran el derecho internacional, con cuatro autores, y el derecho constitucional, con otros cuatro. Más precisamente, desde 1882, cuando se registra la primera traducción de Enrico Ferri, la presencia española de la *Scuola Positiva* parece incontestada: el mencionado Ferri publica en ese año y en 1887, 1889, 1890, 1893, 1895 y 1897; Raffaele Garofalo en 1893 y 1896; Cesare Lombroso ve traducidas varias obras entre 1893 y 1894 (posteriormente aparecen siete más); Scipio Sighele sale en 1894 y 1895; Aristo Mortara en 1895 y 1896... Una notabilísima personalidad de ese momento, la novelista Emilia Pardo Bazán, podía con razón escribir que «el nombre de César Lombroso va siendo bastante conocido en España. Se le lee algo, se le cita más, se le empieza a traducir, y aunque no se tradujese, las versiones francesas de sus obras, le habrían puesto ya al alcance de todos»²⁹. Debo sólo apostillar que algunos títulos extranjeros, omnipresentes en la cultura sociológica y jurídica del fin de siglo, se difundieron en España gracias al italiano: no conozco mejor ejemplo que el famoso Albert E. Schäffle, cuyo admiradísimo tratado *Bau und Leben des sozialen Körpers* (1875-1878) se conoció por aquí en la versión (1881) de Ludovico Eusebio³⁰. El italiano jurídico llega por entonces a ser lengua de los clásicos modernos –una lengua tan accesible a los españoles cultivados que cercena, y fácilmente como vemos, el terreno de siempre reconocido al francés.

A la punta de lanza ofrecida por el derecho penal y la criminología se añade inmediatamente una consistente literatura procesal (Pietro Ellero, 1896; Carlo Lessona, 1898; Francesco Ricci, 1894) e internacionalística (así Pasquale Fiore, traducido en 1888, 1889-1901, 1896), más una cumplida biblioteca de los que Grossi ha bautizado como privatistas y filósofos «neotéricos» (y demás compañía): los Giuseppe Carle (1889, 1891), Giuseppe D'Aguzzo (1893, 1894), Ferdinando Puglia (1894), Davide Supino (1895),

²⁹ Emilia Pardo Bazán, «La nueva cuestión palpitante», en *Los Lunes del Imparcial* (Madrid), 28 de mayo de 1894. Cf. en general, Lúfs Maristany, *El gabinete del doctor Lombroso. Delincuencia y fin de siglo en España*, Barcelona, Anagrama, 1973, pp. 30-31, de donde tomo por comodidad el pasaje.

³⁰ Cf. Francisco Giner, «La teoría de la persona social en los juristas y sociólogos de nuestro tiempo», RGLJ 76 (1890), 5-31 y 144-164; 77 (1890), 532-549, cf. p. 533 y núm. 1; también, del mismo, «Un nuevo libro de Schäffle», *ibid.* 84 (1894), 5-29, p. 6, núm. 1: «en nuestro país, este libro es más especialmente conocido por la traducción italiana... dos grandes tomos de la Biblioteca Economista». En relación a la traducción en cuestión, Paolo Grossi, «*La Scienza del diritto privato*». *Una rivista-progetto nella Firenze di fine secolo, 1893-1896*, Milano, Giuffrè, 1988, p. 18 y n. 2.

Cesare Vivante (1884, 1895, 1896), Valerio Campogrande (1896), Agostino Ramella (1897), Gian Pietro Chironi (1898), Luigi Miraglia (1900). Muchos nombres y títulos que ahora se difunden en el mercado español. Ha favorecido la producción de estas traducciones el despegue de una potente industria editorial en el cambio de siglo ³¹, con figuras tan relevantes como el filántropo y editor madrileño, antes citado, José Lázaro, o el librero asturiano Victoriano Suárez, siempre dispuesto a secundar las aventuras de la dinámica Universidad de Oviedo ³². Más determinante todavía considero la presencia del profesor universitario en la publicística jurídica, consecuencia de un nuevo modo de ejercer como jurista que hace por fin posible, en la España que conoce la codificación civil y así comienza resolver la definición de su ordenamiento, dedicar los esfuerzos colectivos a cosa mejor que aviar leyes y decretos o compensar los defectos de un Estado debilísimo, incapaz de poner todos los días un ejemplar de la *Gaceta* sobre la mesa de los jueces ³³. No se trata ahora de reprochar a nuestros mayores una discreción culpable que simplemente ocultaría incultura o apatía, sino de apreciar, por el contrario, la vitalidad que conservaba en la España pre-positivista el viejo modelo corporativo del «jurista elocuente», en la expresión afortunada del amigo Pasquale Beneduce: ese hombre de leyes que elevó la elocuencia a la condición de virtud profesional y así tuvo en el discurso forense o parlamentario y en la lección declamada sus mejores momentos de comunicación ³⁴. Si antes de los años 1870 los profesores españoles sólo salen de su agrafia para difundir algún discreto manual o para pronunciar una oración de apertura, en la España de la Restauración canovista (1876) resultan muy apreciables las iniciativas editoriales de los juristas académicos y frecuente la publicación de sus libros y artículos.

La señalada novedad supone bastante más que el drástico giro de aquella publicística. Los jóvenes catedráticos de Derecho no desplazan solamente a los abogados, notarios y jueces desde el momento en que se deciden a publicar. Aparte la subsistencia de

³¹ C. SERRANO-S. SALAUN (eds.), *1900 en Espagne*, Bourdeaux, Presses Universitaires, 1988.

³² Para Lázaro, su revista y casa de ediciones, cf. Luis SÁNCHEZ GRANJEL, «Biografía de *La España Moderna*», en *Cuadernos Hispanoamericanos*, 233 (1969), pp. 275-288; Raquel Asún, «El europeísmo de *La España Moderna*», en J. L. García Delgado (ed.), *La España de la Restauración. Política, economía, legislación y cultura*, Madrid, Siglo XXI, 1985, pp. 469-487; sobre Suárez, cf. Adolfo POSADA, *Fragmentos de mis memorias*, Oviedo, Universidad [1983], pp. 275 ss., que son además testimonio de un empedernido traductor.

³³ Cf. Marta LORENTE, *La voz del Estado. La publicación de las normas (1810-1889)*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

³⁴ Cf. BENEDUCE, cit. (n. 26); PETIT, cit. (n. 26).

vías editoriales aún abiertas a los prácticos –¿cuando sabremos alguna cosa de esa inexplorada *Revista de Tribunales y de Legislación Universal* que encarnó la cultura de la baja justicia en el cambio de siglo?– lo nuevo ha consistido en el empeño *científico* del escritor jurídico, instalado además en las universidades. Y surgen revistas de facultad o animadas por universitarios, como el título fugaz, aunque dotado de un fuerte sabor de época, *La Nueva Ciencia Jurídica. Antropología. Sociología* (1892): dirigido por el iuspublicista y sociólogo Adolfo Posada (Oviedo) y por el penalista Pedro Dorado Montero (Salamanca) esta interesante publicación –ruina de Lázaro Galdiano– contó con la plana mayor de los italianos positivistas (D’Aguanno, Carnevale, Ferri, Lombroso...) junto a sus interlocutores y traductores españoles (Félix Pío Aramburu, Isidro Pérez Oliva, el mismo Pedro Dorado, Manuel Torres Campos, Jerónimo Vida), todos comprometidos en una *ciencia* del derecho que, con su apertura al positivismo socio-filosófico aprendido de Italia, pero también por la mera enunciación de un programa *científico* en España, desde luego resultaba cosa *nueva*. Es el programa y son los mismos nombres (D’Aguanno, Nitti) de un segundo, también fracasado ensayo editorial: la *Revista de Derecho y Sociología* (1895), asimismo impulsada por Posada³⁵. No es casual que las tortuosas y siempre parciales medidas legislativas en reforma de la universidad definan por primera vez en esos años el logro de la *ciencia* y el *avance científico* como objetivos institucionales irrenunciables³⁶.

Ahora bien, el talante de los juristas-profesores y sus experimentos con las revistas, continuamente asistidos por colegas italianos como vemos, ha sido la vertiente o la componente jurídica de un movimiento intelectual más amplio. Pues, en efecto, en la España de fin de siglo que recibe el positivismo italiano se declara una verdadera «fiebre de traducciones» según la dura expresión usada por Miguel de Unamuno (1912), quien tiene ya puesta su crítica mirada en Benedetto Croce (por cierto: un reconocido amigo de España, visitante de nuestro país –apenas un mozalbete– en el año del Código civil)³⁷.

³⁵ Cf. Gerardo SÁNCHEZ-GRANJEL SANTANDER, *Dorado Montero y la «Revista de Derecho y Sociología»*, Salamanca, 1985, que reconstruye los preparativos, marcha y muerte de este título gracias a las cartas de Posada a Dorado Montero.

³⁶ Carlos Petit, «L’Amministrazione e il Dottorato. Centralità di Madrid (1845-1943)», en Gian Paolo BRIZZI-JACQUES VERGER, *Le Università minori in Europa (secoli xv-xix)*, Soveria Mannelli (Catanzaro), Rubbettino, 1998, 595-618.

³⁷ Cf. Benedetto CROCE, *En la Península Ibérica. Cuaderno de viaje (1889)*, traducción, presentación y notas por Félix Fernández Murga; advertencia y apéndice por Fausto Nicolini. Sevilla, Secretariado de Publicaciones de la Universidad, 1993. En tren hacia Sagunto el joven napolitano encuentra a un dicharachero viejecito que le aconseja sobre la visita; se trataba de... Eduardo Pérez Pujol, antiguo rector de Valencia, titular de cátedra civilística y principalísimo jurista de esos tiempos.

«Últimamente se han traducido a nuestra lengua no pocas obras italianas, mas hay que confesar que no siempre, ni mucho menos, fueron bien acogidas. Cayeron sobre nosotros en ese período del furor traduccionista, en lamentables bibliotecas de avulgamiento, sociólogos de última fila, como Ferri y como Sergi, verbigracia; toda laya de positivistas, sobre todo criminólogos, que no podían darnos idea del más serio movimiento filosófico italiano, de la honda y seria filosofía italiana, continuadora de los grandes pensadores clásicos de Italia». «Pero eso parece que está pasando», apostillaba el publicista vasco, aunque sus resonantes palabras, compuestas paradójicamente en prólogo a otra traducción ³⁸, en el terreno jurídico encontraban un rápido desmentido: «en más de una ocasión lo hemos manifestado, y hoy volvemos á repetirlo, que en Italia el movimiento jurídico alcanza una importancia grandísima y que de continuo se publican obras en las que es preciso estudiar y aprender mucho. En este número de la *Revista* [i.e. la mencionada *General de Legislación y Jurisprudencia*] tenemos que hacer una reseña bastante larga de obras recibidas, todas ellas de Italia, y seguiremos en un todo nuestro método de indicar las cuestiones que cada una comprende y desarrolla» (y, ciertamente, en las páginas bibliográficas del tomo correspondiente a 1890, donde se deslizan estos comentarios, quince de las dieciséis obras extranjeras comentadas pertenecen a la literatura jurídica italiana) ³⁹.

La mención anterior nos aconseja completar la información del catálogo de traducciones, ahora muy drásticamente resumida, con una lectura algo más reposada de esta importantísima *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*; un repaso inexcusable porque, en primer lugar, algunas de las obras difundidas mediante traducción fueron originalmente artículos aparecidos en la revista, cuya empresa sacaba una «Biblioteca Jurídica de Autores Españoles y Extranjeros» donde las traducciones tenían también acogida en forma de libro; y en segundo lugar, porque la *Revista General* ha reunido en su elenco de colaboradores –presentes indistintamente como autores, traductores, revisores– a la primera generación de juristas hispanos que fraguó con Italia el vínculo sólido que todavía existe entre nosotros. Si tenemos en cuenta, además, la publicación de numerosos artículos que difundieron en España nombres italianos famosos y sus principales doctrinas, disponemos de la tercera razón a favor de una consulta que ya no debe demorarse.

³⁸ Miguel de UNAMUNO, «Prólogo» a Richard Dagot, *Los italianos de hoy*, 1913; consultado en M.d.U., *Obras Completas*, VII: *Prólogos, conferencias, discursos*, ed. Manuel García Blanco, Madrid, Afrosio Aguado, 1958, pp. 265-274, p. 266.

³⁹ Cf. RGLJ 77 (1890), p. 578.

A comienzos del período considerado, con el propietario Emilio Reus como responsable de la sección bibliográfica, no faltan reseñas de obras italianas, si bien la literatura jurídica francesa conserva por unos años el papel protagonista. Así, en el volumen 58, correspondiente a 1881, de diez y seis libros extranjeros de que da cuenta la sección tan sólo cinco son obras italianas, y en los años sucesivos el peso de esta doctrina se mantiene o disminuye (vol. 63, 1883, tres títulos italianos de diecinueve reseñados; vol. 64, 1884, uno sobre veintiuno; vol. 65, 1884, uno de diez), si es que una acusada discreción en punto a bibliografía no llega al sacrificio total del extremo que nos interesa (cf. vol. 61, 1882; vol. 62, 1883). Temáticamente, el derecho penal (Ferri, De Cola Proto), el internacional (Esperson, Fiore, Macri, Pieramonti, Vittorio Rossi), el privado (Amar, Majorana, Vidari) y la historia jurídica (Chiapelli, Landucci) son las materias que llaman más la atención.

Esa tímida tendencia pronto cambia. Tras una apreciable reordenación editorial de la sección bibliográfica aparecen nuevos colaboradores (Pedro Dorado, Jerónimo Vida, Constancio Bernaldo de Quirós, Rafael de Ureña), muchos entre ellos emprendedores profesores universitarios, y se activa una sección de revista de revistas (P. Pastor Díaz, Enrique Aguilera, J. Vida, P. Dorado) donde se ofrece crónica especial italiana⁴⁰. Con los cambios aumentan (estamos en 1885) las informaciones literarias del país vecino, que llegan a ser en la década de 1890 absolutamente predominantes: se diría que el libro jurídico extranjero disponible en el mercado jurídico español procede casi siempre de Italia⁴¹. Se hace también frecuente extractar artículos de *Il Diritto Commerciale* (Pisa), la *Rivista Penale* (Bologna), el *Archivio Giuridico* (Pisa), la *Rassegna di Diritto Commerciale* (Turín), el *Circolo giuridico* (Palermo) o *Il Filangieri* (Nápoles – Milán), con anuncio de contribuciones originales a la revista española de lo que son, en rigor, versiones resumidas (no pocas veces bastante generosas en páginas) de artículos publicados en esas otras sedes: en este concepto de semi-autoría, a un paso de la reseña pero sin llegar a la completa traducción, desfilan por la *Revista General* un Achille Loria, que escribe sobre socialismo jurídico en *La scienza del diritto privato* [RGLJ 84 (1894) 519-527], un Vittorio E. Orlando, cuyo trabajo sobre el fundamento jurídico de la responsabilidad

⁴⁰ Vincenzo Mangano (Palermo), «Revista de la prensa jurídica italiana», en RGLJ 72 (1888), pp. 702-708; cf. «Publicaciones jurídicas en Italia», *ibid.* pp. 125-127; «Revista de la prensa jurídica italiana», *ibid.* 76 (1890), pp. 683-698.

⁴¹ Valga como ejemplo RGLJ 82 (1893): Pedro Dorado nutre la sección de «Literatura y bibliografía jurídicas» con once reseñas de obras italianas; Posada añade otra.

política se toma de la *Revue de Droit Public*... [RGLJ 84 (1894) 203-213], un Ippolito Santangelo Spoto, autor de «El fideicomiso democrático» en el *Archivio Giuridico*, adaptado de inmediato para consumo del público nacional [RGLJ 87 (1895), 652-661], etc. Y las revistas comienzan a dialogar entre sí, con puntualísimo acuse de recibo de las tendencias que se registran en Italia: por ejemplo, tras publicarse en Florencia *La Scienza del diritto privato* (1893) se sabe al momento en Madrid –gracias a la diligencia de Pedro Dorado, cuyo nombre anunciaba el redactor de ese periódico italiano en el elenco de sus colaboradores⁴²– que esta «revista... ha nacido con el propósito de aplicar al derecho privado los nuevos métodos de investigación y los resultados últimos de las ciencias experimentales» [RGLJ 82 (1893), 473]. Con el conocimiento y la lectura cruzada surge, cuando conviene, la controversia: un apetecible resultado científico de los intercambios profesionales⁴³. Cosas de *ciencia*, en fin, que documentan también las traducciones⁴⁴.

La acusada «italianización» de la *Revista General* se ve aún incrementada por la presencia creciente de italianos en la sección principal de artículos. Nombres mayores y menores –Emilio Brusa⁴⁵, Moisé

⁴² Cf. GROSSI, cit. (n. 30), p. 9, pero no parece que publicara en *La Scienza*... En todo caso, Dorado seguía con atención esta renovadora publicación y los esfuerzos de su director, Alfredo Tortori, con quien mantenía fluida correspondencia; *vid.* aún Alfredo Tortori, *Sociologia e diritto commerciale* (1895), en RGLJ 88 (1896), pp. 402-403 (Pedro Dorado), con su aplauso a los colegas italianos responsables de impulsar «el movimiento de renovación sociológica» en los estudios de derecho civil y mercantil.

⁴³ Cf. Luigi LUCCHINI-JERÓNIMO VIDA, «El derecho penal y las nuevas teorías», carta del primero al segundo (Bolonía, 6 de mayo de 1892) y la pertinente respuesta (Antequera, Málaga, 6 de junio de 1892), entre las «Noticias bibliográficas» de RGLJ 81 (1892), pp. 202-211.

⁴⁴ Muy interesante la fortuna española de Enrico FERRI, *Los nuevos horizontes del derecho y del procedimiento penal. Segunda edición corregida y aumentada con una Tabla gráfica de la criminalidad en Italia y un prólogo del autor escrito expresamente para la edición española*. Versión castellana de don Isidro Pérez OLIVA, abogado del Estado. Madrid, Centro Editorial de Góngora (Nueva Biblioteca Universal-Biblioteca Jurídica, XXI), 1887. La «Introducción a la traducción española» (pp. v-xx) se dirige a contestar las críticas formuladas a Ferri por el penalista español Felix P. de ARAMBURU Y ZULOAGA, *La nueva ciencia penal*, Madrid, 1887 (como vemos un libro coetáneo, mas estudiado de inmediato por el italiano quien acredita, en general, un buen conocimiento de cosas españolas); en esas páginas Ferri recuerda a Aramburu la vigorosa presencia en España de las corrientes positivas (cf. p. xix, con mención del nombre del traductor, más los de Morote, Gil Osorio, Pérez Caballero y Concepción Arenal). Más abajo volveré sobre este texto importante.

⁴⁵ Emilio BRUSA (Turín), «Los caracteres de la escuela criminalista italiana, especialmente respecto a algunas modernas cuestiones teóricas y prácticas sobre la pena», en RGLJ, 59 (1881), pp. 418-500 y 60 (1882), 58-90 y 210-230, todavía más cerca de Carrara que de los incipientes positivistas; «Instituto de Derecho Internacional», *ibid.* 63 (1883), pp. 409-453; «Asociación para la reforma y codificación del derecho internacional (sección 11.ª, Milán 1884)», *ibid.* 64 (1884), pp. 5-20; «Congreso internacional de Amsterdam para la legislación comercial e industrial», *ibid.* pp. 20-44 y 201-215; «El Instituto de Derecho internacional en Venecia», *ibid.* 90 (1887), pp. 307-322.

Vitali⁴⁶, Valerio Campogrande⁴⁷, Carlo Lessona⁴⁸, Aristo Mortara⁴⁹, Riccardo Bacchi⁵⁰— se convierten en referencias familiares a los lectores de la *Revista*, que, según antes adelanté, difunde por entregas algunos títulos incluidos en la «Biblioteca Jurídica de Autores Españoles y Extranjeros» de su misma casa editorial⁵¹. Entre tantos, el caso de Pasquale Fiore presenta interés particular: conocido en 1879, cuando comienza a publicarse, apenas fresca la tinta de la edición italiana, la versión española del *Trattato di diritto internazionale pubblico*, difundida y comentada su obra entre los sectores más renovadores de la edición jurídica y del pensamiento internacionalístico españoles, Fiore figura desde los años ochenta como uno de los colaboradores principales (quiero decir: no sólo entre los italianos, ni siquiera entre el resto de extranjeros) con que cuenta en absoluto la *Revista General*, que no duda en confiar al ilustre profesor napolitano toda la responsabilidad de nutrir con sus trabajos la sección fija de «Derecho internacional, público y privado»⁵².

Me interesa subrayar la apreciable coincidencia cronológica existente entre la apertura internacional de la *Revista General de*

⁴⁶ Moisés VITALI (Turín), «Los actos de comercio en el nuevo Código italiano», en *RGLJ* 66 (1885), pp. 558-589; «La separación entre el Derecho mercantil y el civil», *ibid.* 72 (1888), pp. 458-467.

⁴⁷ Valerio CAMPOGRANDE, «Los derechos sobre la propia persona», en *RGLJ*, 88 (1896), pp. 514-545 y 89 (1897), pp. 18-34; «El aborto en relación con el *ius in se ipsum*», *ibid.* 90 (1897), pp. 273-288, con primera nota que remite a su obra *Los derechos sobre la persona propia* (1896), trad. de Constanancio Bernaldo de Quirós, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1896; «El adulterio en el derecho civil», *ibid.* 92 (1898), pp. 455-463; «Renuncia a la herencia y gastos de funeral», *ibid.* 93 (1898), pp. 248-256.

⁴⁸ Carlos LESSONA (Pisa y Roma), «Génesis histórica del art. 737 del Código civil español», en *RGLJ*, 87 (1895), pp. 465-505 y 88 (1896), pp. 72-91 y 245-271; «La institución de los hombres buenos», *ibid.* 89 (1896), pp. 362-368; «Los deberes sociales del derecho procesal civil», *ibid.* 91 (1897), pp. 466-494 y 92 (1898), pp. 26-48 y 209-224.

⁴⁹ Aristo MORTARA, «La conmutación de las penas, estudiada en el derecho y en las legislaciones», en *RGLJ*, 88 (1896), pp. 468-503, 89 (1896), pp. 322-351, 90 (1897), pp. 418-428 y 593-602 y 91 (1897), pp. 5 ss. y 306 ss.

⁵⁰ Ricardo BACCHI [sic] (Vincenza), «El nuevo desarrollo de la administración municipal en Inglaterra», en *RGLJ*, 96 (1900), pp. 84-92 y 476-485 y 99 (1901), pp. 27-43.

⁵¹ Por ejemplo, Pasquale FIORE, *De la irretroactividad e interpretación de las leyes*, trad. Enrique Aguilera de Paz, Madrid, Reus, 1893 (nuevas eds. en 1900 y 1927), en relación a la serie «De la irretroactividad de las leyes» en *RGLJ*, numerosas entregas entre 1886 y 1890.

⁵² Pasquale FIORE, «Consideraciones sobre el movimiento jurídico internacional moderno», en *RGLJ*, 61 (1882), pp. 337-350; «De la competencia de los tribunales de los Estados respecto de los soberanos de los gobiernos extranjeros», *ibid.* 64 (1884), pp. 489-514; «El buque mercante en sus relaciones con el derecho internacional. Necesidad de un derecho uniforme», *ibid.* 66 (1885), pp. 281-301; «De la personalidad jurídica de los entes morales y de la personalidad jurídica del Estado en el interior y en el exterior», *ibid.* 84 (1894), pp. 446-461, 85 (1894), pp. 17-33 y 86 (1895), pp. 163-174 y 401-421; «Contrabando de guerra», *ibid.* 88 (1896), pp. 201-228 y 417-449; «La compraventa en el derecho internacional», *ibid.* 89 (1896), pp. 417-430, 90 (1897), pp. 451-464 y 681-689, 91 (1897), pp. 385-392 y 92 (1898), pp. 49-59 y 348-360; «Consideraciones acerca de la Nota del Emperador de Rusia para la conferencia» *ibid.* 94 (1898), pp. 79-95; «De la ley que, según los principios del Derecho internacional, debe regular las obligaciones que nacen sin contrato», *ibid.* 96 (1900), pp. 324-331 y 97 (1900), pp. 39-44.

Legislación y Jurisprudencia (una apertura que mira sobre todo hacia el oriente mediterráneo), colocada precisamente en la década de 1880, y el auge de los *novi* juristas italianos; como se sabe, a partir de dos famosos discursos del penalista Enrico Ferri (1880) y del civilista Enrico Cimbali (1881) se ha iniciado en tierras de Pisanelli un período fertilísimo «fatto insieme di sicurezza di sé, di insofferenza verso l'immediato passato e il presente, di tensione a disegnare un futuro veramente futuro»; época casi mágica para la ciencia jurídica, que ahora se dota de «un nuovo breviario metodologico: si aveva precisa coscienza che il diritto era ben oltre il testo spesso mortificante e risecchito della legge, che il suo volto autentico andava cercato e trovato al di là dell'universo giuridico formale, in quella natura delle cose che le scienze novissime avevano finalmente cominciato a separare e a distinguere con successo dalle metafisicherie e dagli artifici del passato». A la eficaz descripción de Paolo Grossi⁵³ sólo cabe añadir desde óptica española que los fermentos metodológicos situados detrás del movimiento «neotérico» (evolucionismo, biologismo, organicismo, positivismo, en una palabra: la cultura variopinta de las modernas *ciencias sociales*) se encontraban dispersos, aunque muy presentes, en las bibliotecas y las aulas de España a la espera de una formulación coherente por parte de la publicística jurídica⁵⁴. Desde la misma óptica añádase aún que la década de 1880 conoce las dudas, las inseguridades, las frustraciones conexas con la elaboración y entrada en vigor del Código civil, palpitantes en la decisiva reordenación de la enseñanza del Derecho (1883-1884), en los congresos jurídicos nacionales (1881, 1886, 1888), en la marcha pública, en fin, de una envolvente «cuestión social» (Comisión de Reformas Sociales, 1883, creada «con objeto de estudiar todas las cuestiones que directamente interesan a la mejora o bienestar de las clases obreras», R. D. de 5 de diciembre). Y una respuesta a tales dudas, así como más de una afortunada formulación jurídica de las tesis *positivas*, encontraron los españoles en la incesante producción de sus colegas italianos.

Así comprenderemos mejor la «fiebre de traducciones» y la marea de reseñas y anuncios bibliográficos, que no estuvieron limitados, por cierto, a la prensa profesional⁵⁵. Además, alguna de

⁵³ Cf. GROSSI (n. 7), p. 14.

⁵⁴ Juan José GIL CREMADES, *El reformismo español. Krausismo, escuela histórica, neotomismo*, Ariel, Esplugues de Llobregat (Barcelona), 1969, pp. 183 ss. de «Organicismo y positivismo (1877-1917)».

⁵⁵ Tengo presente el caso de la importante revista de cultura, antes citada (n. 32), *La España Moderna*. Cf. Ramón GÓMEZ VILLAFRANCA, *Índice de materias y de autores... (1889-1910)*, La España Moderna, Madrid, ca. 1910, en particular pp. 75-83, con las referencias a las notas de literatura jurídica extranjera: cuento hasta 73 obras italianas por 19 francesas, cuatro inglesas, tres alemanas y dos portuguesa (Adolfo Posada y Pedro Dora-

esas reseñas nos ofrece nuevas pistas para comprender las razones de esta intensísima difusión. Pues la amargada España del fin de siglo, esa vieja gran nación que nadie se toma en serio, que pierde los últimos restos de su imperio colonial en lucha desigual con los Estados Unidos (1898) y da mucho que pensar (italianos incluidos) sobre el destino trágico de la raza latina⁵⁶, esa misma y pobre España observa con interés el despegue de una admirable doctrina nacida precisamente en Italia, un joven Estado que demostraría a las claras la estrecha relación existente entre el desarrollo de un ilusionante proyecto nacional y el desarrollo de un moderno proyecto científico. «Italia, la nación de ayer, es la maestra de la nueva ciencia; ¡cuándo despertará España, y aunque sea detrás de todos, emprenderá el camino de la investigación antropológica!», podía leer el público de la *Revista General* en 1886, al darse noticia del primer congreso de antropología criminal; y más generalmente todavía nuestro título llamaba la atención sobre el «grandioso renacimiento científico operado en Italia a impulsos de sus nobles y levantados esfuerzos para la reconstrucción de su nacionalidad»⁵⁷. Explosiones de admiración (recojo alguna muestra entre las muchas posibles) que explican parcialmente y en cualquier caso acompañan la receptividad española hacia teorías provenientes de Italia. Los mencionados Vida (Granada) y Ureña (Madrid), su colega Manuel Torres Campos (Granada) y sobre todo Adolfo Posada (Oviedo-Madrid) y Pedro Dorado Montero (Salamanca), a los que de inmediato se suman, en el cambio de siglo, Calixto Valverde

do eran los animadores de la sección bibliográfica); si cruzamos estos datos relativos al Derecho con las entradas (pp. 241-242) de «literatura italiana» (diez registros) y «literatura francesa» (20 registros) y de «historia por países» (pp. 289-301), donde hay sólo cuatro artículos dedicados a Italia frente a los 23 de Francia, los diez del Japón, los ocho de Alemania, los cinco de Polonia, etc., concluimos sobre el carácter marcadamente jurídico de la atención española hacia las cosas de Italia, confirmándose así el contraste ya conocido entre las censuras antipositivistas de Unamuno y los entusiasmos proitalianos de los juristas. En *La España Moderna*, por otra parte, se publicaron (1893) trabajos de Lombroso y Ferri.

⁵⁶ Para información de lectores no hispanos, me remito a Ivan MUSICANT, *Empire by Default. The Spanish-American War and the Dawn of the American Century*, New York, H. Holt, 1998. Añado simplemente que la pérdida del imperio español estuvo tan cargada de *Zeitgeist* que no pasó desapercibida a los contemporáneos: se encontraba en juego la decadencia de la gloriosa «raza latina» (esto es: lenguas romances, literatura, emoción, catolicismo) ante la pujanza de aquella otra «raza germánica» (esto es: anglosajona, industrial, racional, protestante) que había despedazado el solar de Francia en Sédán y ahora quitaba a España en Cavite (Filipinas) y Santiago (Cuba) los restos de un pasado grandioso; la crónica del sentimiento fue obra de un italiano: Giuseppe Sergi, *La decadenza delle nazioni latine*, Fratelli Bocca, Torino, 1900, inmediatamente disponible entre los directos afectados (trad. española, 1901).

⁵⁷ Luís MOROTE, «El primer congreso internacional de antropología criminal», en RGLJ 68 (1886), pp. 278-300, p. 300, en rigor una versión castellana del discurso pronunciado por Ferri ante el pleno del congreso; Rafael de UREÑA, reseña a Domenico DE PILLA, *Reati contro la sicurezza interna dello Stato* (1888), *ibid.* 74 (1889), pp.98-102, p. 98.

(Valladolid) y Federico Castejón (Sevilla), son los autores que en las décadas sucesivas difunden (y no siempre aplauden) las doctrinas positivas, con creciente atención por el derecho privado ⁵⁸.

Un momento culminante en el juego de influencias ha sido la aparición en 1885 de la famosa obra de Enrico Cimbali, *La nuova fase del Diritto civile nei rapporti economici e sociali, con proposte di riforma della legislazione civile vigente* ⁵⁹. Manifiesto de publicación oportunísima, pues su crítica a la codificación individualista de cuño napoleónico, con el horizonte alternativo de un «código privado social», cae como fruta madura en la España que discute las bases para la redacción del propio Código civil (1885; texto final de 1888-1889). El libro de Cimbali llama de inmediato la atención de un ilustre civilista madrileño, Augusto Comas y Arqués (1834-1900), quien, miembro por entonces del Senado a elección de la Universidad de Valencia, acaba de adoptar una posición demoledora frente al ministro Manuel Alonso Martínez en los debates sobre las bases del código. Apoyado en sus lecturas profesionales, en el espíritu de la época y en un ligerísimo examen del proyecto gubernamental, Comas presenta una redacción alternativa, sin éxito parlamentario mas con notable resonancia cultural. Publicada junto a sus discursos en la cámara, prologada por el mismo Eduardo Pérez Pujol que guió las visitas turísticas del joven Croce en Valencia, desarrollada más tarde con una ambiciosa propuesta (*La revisión del Código civil español*, I-VI, 1895-1902, obra plagada de motivos cimbalianos), la enmienda-libro de Comas fue referencia obligada para sus colegas españoles y consagró entre ellos la fortuna del malogrado jurista de Catania ⁶⁰. Desde entonces –lo comprobaremos enseguida– Augusto Comas y Enrico Cimbali marchan emparejados en la mente y en las plumas de los juristas españoles –pero también en Italia sucedería algo parecido: al menos, a los ojos de un visitante ocasional, el joven economista siciliano y miembro de otra conocida dinastía académica, Giuseppe Majorana ⁶¹, el anciano colega de Madrid («davvero

⁵⁸ Pudiera ponerse un punto final con el folleto de Quintiliano SALDAÑA, *La última fase del positivismo en Italia*, Reus, Madrid, 1935, sobre la generación de los Cesarini Sforza, Gemelli, Del Vecchio...

⁵⁹ Sobre Cimbali (vástago de una familia de catedráticos de Derecho, bien conocidos todos en España) es muy útil cuanto escribe B. Busacca en el *Dizionario biografico degli italiani*, XXV, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1981, pp. 556-558. Cf. p. 557, con la precisión del momento de la obra que nos interesa: «publicata a Torino nel novembre 1884». También, Adolfo di MAJO, «Enrico Cimbali e le idee del socialismo giuridico», en *Quaderni fiorentini* 3-4 (1974-1975), pp. 383-429.

⁶⁰ Agosto COMAS, *Proyecto de Código civil. Enmienda presentada en el Senado... Con un prólogo del Excmo. Sr. D. Eduardo Pérez Pujol*, Madrid, Ricardo Fe, 1885. Sobre todo esto, PETIT, cit. (n. 16), pp. 1426 ss.

⁶¹ Giuseppe a Angelo MAJORANA, Madrid, 13 de abril de 1890, en Giuseppe MAJORANA, *Il Grand tour. Lettere alla famiglia, 1890*, a cura di Anna M. Palazzolo, introduzione di Giuseppe Giarrizzo, Selserio, Palermo, 2000, p. 197.

una persona eminente») resultaba en 1890 «un vecchio molto rispettabile... il senatore Comas... quello del povero Cimbali», uniendo estos dos nombres de manera casi natural ⁶².

Comas y su generación –de inmediato documentaré algunos casos– conjuran, con el libro de Cimbali a la mano, las críticas y las esperanzas provocadas por el Código civil (1888-1889). Un libro como digo oportuno, cuyo simple título sonaba muy seductor ⁶³. Si el momento actual del derecho privado –en sus manifestaciones tanto legislativas como doctrinales– constituye una *fase* se debe, en primer lugar, a la toma de conciencia del jurista ante las rápidas transformaciones de la sociedad que le circunda, pero también al triunfo de un difuso evolucionismo que otorga espesor histórico al turbulento *fin de siècle* y así le permite al mismo jurista identificar en sus análisis y pronósticos unos antecedentes (paleo-liberales) y unos consecuentes (socializantes) ⁶⁴. La *novedad* de la *fase* moderna responde además a una «cuestión social» que –como

⁶² Cf. *ibid.* pp. 200-202, otra carta del mismo día, con una vivísima descripción del *lunch* de tres horas (con piano, señoras y niños) que le fue ofrecido en casa de Comas, durante el cual «regnò la più schietta “entente” e buon umore. Si parlavano tutte le lingue. Nessuno... conosceva l’italiano, ma le signore, alcune almeno, lo intendevano abbastanza bene, e poi lo cantavano. Perciò dalla conversazione francese si passò subito alla italiana spagnuola... Ad ogni momento il Comas sciamava: “los italianos mucho simpaticos”... Prima di passare nella sala delle signore e a tavola, col Comas avevo avuto una lunga conversazione di cose scientifiche. Mi diede il suo progetto di riforma del Código civil, e vi scrisse sopra “al Dottissimo” professore, ecc... Il Comas è davvero una persona eminente... Francamente, io sono rimasto stupito dall’accoglienza che questi professori di Università mi hanno fatto... Credevo che tali belle accoglienze fossero una prerogativa della Germania... Ma qui ho trovato anche qualcosa che somiglia all’ammirazione che si prodiga per le cose grandi. Del resto qui hanno una idea molto elevata del valore degli italiani nell’economia e nel diritto». Conviene añadir que Majorana visitó España en viaje oficial (y aquí giró por varias facultades de Derecho, conociendo a sus colegas e intercambiando publicaciones) espoleado por españoles (entre ellos, el famoso iuspublicista Vicente Santamaría de Paredes), con quienes había coincidido en una conferencia internacional en Berlín.

⁶³ Sobre la oportunidad de la obra de Cimbali y la sensibilidad española a sus principales argumentos, basta tener en cuenta el programa oficial de los dos congresos jurídicos nacionales de 1886 (Madrid) y 1888 (Barcelona): cuestiones de sistema (así, Madrid, tema 1.º: «Estructura más apropiada para un Código civil español») y fuentes (Barcelona, tema 1.º: «¿Qué condiciones debe reunir la jurisprudencia para disfrutar de la autoridad de la doctrina legal?»), pero también de sujetos no individuales (Madrid, tema 9.º: «Personas sociales bajo el punto de vista del Derecho civil.–Su nacimiento y registro.–Su capacidad jurídica.–Formas varias de personas sociales y modo de regularlas») y de «nuova fase» (Madrid, tema 10.º: «Modificaciones que reclaman en el Derecho civil las nuevas condiciones de la vida económica»). Cf. Felipe SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil...* Madrid, Establecimiento tipográfico Sucesores de Rivadeneyra, 21889-1910, I, p. 545; *vid.* también la nota de G. Vadalà-Papale publicada al frente de la edición de *Opere Complete di Enrico Cimbali, I: La nuova fase...*, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1907, pp. XVIII-XIX, con mención de los congresos y sus argumentos «cimbalianos».

⁶⁴ En este sentido, tuvo importancia otra traducción del italiano, presentada ante el público español en una perfecta convergencia del motivo evolucionista con la crítica feroz al propio Código: Pedro COGLIOLO, *Estudios acerca de la evolución del Derecho privado*. Con un prólogo y notas de Rafael de Ureña y Smenjaud, Catedrático numerario de Literatura y Bibliografía jurídicas en la Universidad Central. Hijos de Reus, Madrid, 1898. La obra fue publicada originalmente también en ese año fértil de 1885.

poco— ha enseñado a los expertos que el *derecho civil*, lejos de ser resultado de una cualquiera razón especulativa, mantiene con el «medio» estrechas *relaciones económicas y sociales*⁶⁵. Y finalmente: la conciencia de la novedad histórica y la conexión de las instituciones jurídicas con la economía y la sociedad desembocan de manera natural en un arsenal de *propuestas de reforma de la legislación civil vigente*, lo que podía ser obvio pero desde luego no era poco.

No era poco, contemplado sobre todo desde la perspectiva española. Dentro del coro de voces que reclaman la reforma legislativa—explicable perfectamente por el divorcio abierto entre el «sistema de la ciencia» y el «sistema del código», por expresarlo en términos de Cimbali— en unos finales de siglo donde sólo parece discutirse de leyes en términos *de iure condendo*, las voces que se alzan en España ofrecen un diminuto, mas significativo *Sonderfall*. Aquí, lo mismo que en Italia (o Francia), regía un Código civil de convencional estructura «gayana», cuando los civilistas habían abrazado con decisión la sistemática *científica* de los pandectistas⁶⁶; mas el caso español era aún peor que el de sus vecinos latinos, pues la vetusta opción del legislador, realizada de espaldas al Parlamento y sin buscar siquiera la complicidad de las clases profesionales, coincidía exactamente con la difusión del «primer proyecto» del futuro BGB, lo que acentuaba el contraste⁶⁷. La enemiga doctrinal al Código neonato no se reducía, desde luego, a diferencias vivísimas en torno al *sistema* («es una cuestión desfavorablemente juzgada con rara unanimidad, que apenas ha encontrado tímidas excusas para disculparlo... refleja la opinión científica y legislativa más anticuada,

⁶⁵ Y por aquí entra la compleja problemática de la ciencia jurídica en el seno de las ciencias sociales. Por recoger otro título de época que responde a la colaboración de españoles e italianos, menciono de nuevo la interesante y fracasada *Revista de Derecho y Sociología*, 1895, cit. (n. 35).

⁶⁶ La figura central para la difusión del sistema pandectístico en España fue el citado civilista de Madrid Felipe SÁNCHEZ ROMÁN, autor de la obra más ambiciosa de estudio y crítica del nuevo Código, cit. (n. 63); cf. Cirilo PALOMO Y MONTALVO, *Plan y programa de Derecho Civil Español, Común y Foral*, Impta. de la sucesora de M. Minuesa de los Ríos, Madrid, 1903, pp. 10 ss.; como veremos dentro de un instante, Sánchez Román, colega de cátedra y de facultad de Augusto Comas, fue el prologuista de la traducción española de la *Nuova fase* (1893). Desde luego, no todos estaban de acuerdo: vid. Lorenzo de PRADA Y FERNÁNDEZ, *Principios generales del Derecho o Introducción al estudio del Derecho civil español...*, Vda. de Cuesta e Hijos, Valladolid, 1894, pp. 40 ss. con críticas a Sánchez Román por apartarse del sistema de Gayo; una voz perfectamente aislada y aun contraria, en su posición católica rabiosa, al fenómeno mismo de la codificación (cf. p. 340).

⁶⁷ Cf. Bienvenido OLIVER Y ESTALLER, «Breve sumario del proyecto de Código civil de Alemania y del proyecto de ley para su planteamiento». Trabajo publicado en la *Revista de Derecho Internacional*, J. Góngora y Álvarez, Madrid, 1889. Oliver, conocido historiador del derecho y reputado hipotecarista, destacaba el sabio proceder del codificador alemán al hacer circular el *Erster Entwurf* y comprometer de tal modo a juristas prácticos y teóricos en la suerte de la ley futura.

errónea e imperfecta»⁶⁸); la fracasada unificación territorial, el legalismo inconcluso en las fuentes, la subsistencia bajo ley autónoma de la disciplina de la propiedad inmobiliaria, las secretas componendas del Gobierno con la Santa Iglesia Católica a propósito del sistema matrimonial... sobre todo, la falta de respeto a las mejores tradiciones jurídicas españolas se esgrimían continuamente contra las soluciones legales de un Código que sólo muchos años más tarde logró encontrar sus defensores⁶⁹.

Y en este contexto tan negativo se lee a Enrico Cimbali, con particular y mayor atención a la parte final –un completo discurso *de lege ferenda*– que remataba la obra del civilista italiano. En efecto, la «rara unanimidad» de los españoles en contra de la ley civil nacional, constatada por el codificador en su paso breve por el parlamento, explica la compunción algo hipócrita que expresa la base 27.^a de la ley para la redacción del Código finalmente aprobada (11 de mayo de 1888), esto es, la disposición adicional tercera del texto promulgado y revisado, válvula abierta a su revisión periódica: las audiencias informarían sobre la aplicación del Código –ordenaba y ordena esa regla– y «en vista de estos datos, de los progresos realizados en otros países que sean utilizables en el nuestro y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la Comisión de Codificación formulará y elevará al Gobierno cada diez años las reformas que convenga introducir». Los hechos demuestran que la cláusula legal de revisión –uno de tantos preceptos vigentes, sin embargo perfectamente inútiles, del Código español– no desembocó en reforma alguna, pero al menos tuvo la virtud de entretener a dos generaciones de juristas en continuas reflexiones *de lege ferenda*. Y fue así que las exigencias reformatorias propias de la *nueva fase* se convirtieron en España en una exigencia del mismo derecho codificado; una reforma *a droit constant*, diríamos ahora, que no dejó de admirar a los colegas extranjeros – otra vez italianos incluidos⁷⁰.

Dispongo de un buen ejemplo que documenta la gran ilusión de los privatistas españoles con el motivo de la reforma legislativa. Son las actas del concurso a plazas de auxiliares de Universidad

⁶⁸ SÁNCHEZ ROMÁN, cit. (n. 63), I, p. 575; el Código se contrapone «a la poderosa corriente científica innovadora en cuanto al sentido de la evolución y nueva organización y ensanche de las instituciones civiles que ofrecen en sus trabajos los más ilustres juristas y civilistas contemporáneos», lo que se precisa en p. 576 mediante una larga nota (5) con varios alemanes (Schaeffle, Schmoller, Brentano...), un belga (Laveleye) y una legión de italianos (Cimbali, Punzi, Todaro, Mancini, Pisanelli, Lampertico).

⁶⁹ Antonio HERNÁNDEZ GIL, «En defensa del Código civil», en *Revista de Derecho Privado*, 32, 1948, pp. 776-783.

⁷⁰ Cf. Emilio Bianchi, *Studio analitico sul nuovo Codice civile spagnuolo (14 luglio 1889) in relazione al codice civile italiano*, Firenze, Giuseppe Pellas Editore, 1891, pp. 5 ss.; Alexandre ÁLVAREZ, *Une nouvelle conception des études juridiques et de la codification du Droit civil*, LGDJ, Paris, 1904, pp. 199 ss.

(2.º grupo de materias, entre ellas el derecho civil), convocado para cubrir unas vacantes en Valladolid, Santiago y Zaragoza (1912)⁷¹. Muchas actuaciones son orales y así hoy perdidas (cf. R.D. de 8 de abril de 1910, sobre oposiciones a cátedras), pero el primer ejercicio, consistente en la respuesta escrita (e improvisada) de los candidatos a dos temas de una previa lista fijada por el tribunal, nos permite observar la inclusión de nuestra *vexata quaestio* de «La Revisión del Código civil» (tema 5.º) entre los argumentos que los juristas universitarios entendían más relevantes; nos deja calibrar sobre todo –pues ese tema quinto tocó por sorteo– las contestaciones de un puñado de aspirantes a la enseñanza superior. Hay que advertir aún, antes de considerarlas brevemente, que el otro tema sorteado (núm. 102) se refería a «La fe pública. Su fundamento. Su necesidad. Su origen»; digamos velozmente que los opositores, otra vez con «rara unanimidad», apenas se entretienen en la aburridísima fe pública llevados de sus entusiasmos por la reforma del derecho codificado. Se suscribe por supuesto la crítica general del Código, que veinte años después de su entrada en vigor parece que no cala todavía en los gustos de los universitarios. La crítica se dirige además contra la pereza oficial, anclados los gobiernos en el incumplimiento reiterado de la disposición adicional tercera. Y lo malo es que «no respondió ni responde nuestro Código», escribe un Rafael Acosta, candidato victorioso que fue a Valladolid⁷², «a las esperanzas que hizo concebir, pues defectuoso en cuanto a su plan, diferente en cuanto a su contenido, insuficiente en cuanto a su extensión, procedente de necesidades pasadas e incapaz de satisfacer las que el constante progreso de la vida y las nuevas necesidades que la civilización va engendrando, no puede bastar a cumplir los fines para que se hizo, y se impone a todo trance su reforma»; sigue un largo razonamiento de Acosta sobre la falta de sistema científico y los defectos cometidos dentro del plan adoptado (derecho de familia en los contratos, los censos en las obligaciones, etc.), se señala «la falta de consideración del aspecto social que las instituciones jurídicas revisten por el avance poderoso de los nuevos principios de la sociabilidad», se pasa revista a Comas («su famosa obra que lleva el mismo título del tema») y se proponen, en fin, numerosas intervenciones de reforma (mayor atención a la propiedad colectiva, supresión de la enfiteusis a pesar de «la ley italiana de 1904», adición de una parte general...) que acusan lógica-

⁷¹ Archivo General de la Administración, Alcalá de Henares (Madrid), Sección de Educación y Ciencia, legajo 5354-9.

⁷² Cf. Archivo de la Universidad Complutense (Madrid), Tesis doctorales (Derecho), signatura 677, correspondiente a Rafael ACOSTA INGLOTT, *La forma en el Derecho*, 1910 (81 hojas mss).

mente la lectura del BGB y que hubieran exigido, en una improbableísima puesta en práctica, iniciar desde cero otro proceso codificatorio ⁷³. Interesante ejercicio este de Acosta, ciertamente, aunque tal vez sea preferible el compuesto por su colega Gabriel Bonilla: se comienza por Augusto Comas, cuyos escritos son alabados no obstante la timidez del autor ante la cuestión social, para tratar enseguida de «esta nueva escuela que quiere introducir trascendentales reformas en el texto y espíritu de los Códigos civiles», una escuela ya en 1912 todo menos nueva, donde figurarían «Cimbali, D'Aguzzo, Gabba, Cavagnari, Filomusi Guelfi, Fioveti, Cosentini, Menger y otros muchos».

Los expertos en *scienza giuridica italiana* tendrían mucho que opinar sobre esas improvisadas asociaciones ⁷⁴, pero me interesa subrayar, nada más, la conversión de ciertas autoridades y tópicos (Cimbali, «la formación de un Código de Derecho privado social, como dice Cimbali» que decía a su vez Bonilla, la inevitable revisión legislativa) en una *littera vulgata* de limpia traza italiana, omnipresente entre los españoles que frecuentan la universidad y escriben o hablan de derecho; desde esta perspectiva, el análisis reposado de la doctrina y la búsqueda del matiz contaba mucho menos que la repetición ritual de una famosa letanía (Cimbali/Gabba/Filomusi-Guelfi/Menger, por repetir un ejemplo que, en efecto, circuló, y aun lo hizo con éxito: Bonilla fue propuesto unánimemente para la auxiliaría de Zaragoza).

Son los nombres y los motivos que documentamos también mediante una sencilla consulta de las memorias doctorales contemporáneas, de donde procede un segundo ejemplo particularmente llamativo. No todas las tesis se publican, pero los fondos custodiados en la Universidad de Madrid (para estos tiempos, aun en tiempos posteriores, Universidad *Central* de España: única institución facultada para conceder el grado de Doctor que permitía el acceso a la docencia universitaria ⁷⁵) enseñan que los estudios de derecho privado emprendidos para lograr ese grado respondían por completo al panorama «científico» diseñado por Cimbali – un autor,

⁷³ En un ejercicio práctico, consistente en el comentario (sin materiales bibliográficos) del art. 1579 del Código civil, relativo al contrato agrario de aparcería, Acosta ataca con ferocidad el régimen jurídico en vigor, tan deficiente en la ubicación sistemática de la figura (el absurdo de incluirla en sede de arrendamiento, remitiéndose la ley a las reglas de la sociedad) o en la limitada, estatulista previsión legal de las cosas que pueden ser objeto de este contrato.

⁷⁴ Pienso, claro es, en GROSSI, cit. (n. 7); cf. también GROSSI (n. 30), pp. 43 ss. sobre la posición personalísima de Francesco Filomusi Guelfi. *Vid.* aún, pues hablamos de sistema y reformas, Aldo MAZZACANE (cur.), *L'esperienza giuridica di Emanuele Gianturco*, Liguori, Napoli, 1987.

⁷⁵ Cf. PETIT, cit. (n. 36).

sabían ahora todos, cuyo «ideal era concertar la ley civil con la ciencia jurídico-civil, y ésta con la verdad sociológica... el norte de su aspiración, fue la *reforma del Derecho civil italiano*, siempre mediante el procedimiento riguroso de su *reconstrucción sistemática*, bajo el molde y previa *constitución de la ciencia jurídico-civil*, en armonía con los dictados de la actual sociología», según las expresiones eficaces de Sánchez Román al frente de la traducción española de Cimbali ⁷⁶. Por una parte, los reproches de los «neotéricos» italianos (en elegante expresión de Paolo Grossi) a un «derecho romano» que desprestigiarían los propios códigos de cuño latino parecen encontrarse entre las razones (creo que hay varias más: fue casi inexistente la tradición española en esta rama de estudios) que justifican el número ridículo de tesis de contenido romanístico (apenas veinticinco entre unas 1.250, en el período comprendido entre el Código civil y la Guerra civil ⁷⁷). Por otra, el rechazo del «método exegético» característico de la *nueva fase* (tan bien expresado por Cimbali, quien comienza su libro, como se sabe, con una insultante censura de François Laurent y no deja de atacar el *Avant-Projet de Revision* belga de 1882-1883: una de las fuentes principales del Código español, también sabemos) aconseja ahora que los universitarios no se detengan apenas en comentar la importante ley recién estrenada: en este sentido, una tesis altamente representativa es la de Ramón Coll y Rodés, *De la sucesión legítima e intestada* (1907), dotada de «I. Parte filosófica» (pp. 1-16), «II. Parte histórica» (pp. 17-90) y finalmente «III. Parte positiva comparada» (pp. 91 ss), donde el Código español sólo

⁷⁶ Enrique CIMBALI, *La nueva fase del Derecho civil en sus relaciones económicas y sociales*. Traducida de la 2.ª edición italiana por D. Francisco Esteban García, Dr. en Derecho, Juez de primera instancia por oposición. Con un prólogo de Don Felipe Sánchez Román, Catedrático de la Universidad Central. Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1893, IX-XXIII y 286 pp. Se recoge en el prólogo (pp. x-xi, a partir de la «prolusion» de Mesina, *Della capacità di contrattare...*, Torino, 1887) la carta de Comas a Cimbali (5 de enero de 1886), donde el civilista español le expresaba su entusiasmo ante la lectura de una obra perfectamente simpática con las propias ideas (esa carta también figura en *Opere complete di Enrico Cimbali*, VI. *Epistolario, con in appendice lettere di illustri italiani e stranieri a lui*, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1912, 439-440). Por su parte, el prólogo de Sánchez Román fue traducido y publicado («Enrico Cimbali e la nuova fase del diritto civile. Saggio biografico-critico tradotto dallo spagnuolo dall'Avv. Giuseppe Bartocci Fontana») en la *Rassegna di scienze sociali e politiche*, 11 (1893), de donde pasó («Enrico Cimbali in Ispagna») a *La vite e le opere di Enrico Cimbali nella critica italiana e straniera e nei ricordi di amici e discepoli. Con appendice di scritti vari di lui*, *ibid.* 1916, 27-42.

⁷⁷ Cf. GROSSI (n. 30), pp. 171 ss. sobre «La guerra al diritto romano». Las pocas tesis romanísticas son más históricas que dogmáticas; no veo inquietud alguna por la crítica de fuentes (nadie caza ni cazó en España *emblemata Triboniani*) ni por la vida y obra de los jurisconsultos de Roma. Algunos nombres y títulos: Luis ESPAÑA LOSADA, *Evolución histórica de los derechos de la mujer en Roma*, 1912, en ARCHIVO, cit. (n. 72), signatura 51125; Pascual CRUZ NAVARRO, *Origen del derecho romano*, 1908, *ibid.* signatura 4866; R. Esmandaia BOYER, *Estudio sobre el Código de Alarico*, 1913, *ibid.* signatura 3399.

comparece rodeado de «los principales códigos extranjeros (Francia, Bélgica, Austria, Italia, Portugal, Guatemala y Méjico)»⁷⁸; por lo demás, algunos trabajos similares a la memoria doctoral de Felipe Sánchez-Roman (1914), hijo (y sucesor en la cátedra) del civilista homónimo, podían resultar rabiosamente exegéticos por su título (*Sobre las dos últimas palabras del art. 1901 del Código civil*), mas no lo eran en absoluto por el contenido⁷⁹. Y en fin, el imparable espíritu de reforma —esas sugestivas propuestas tan bien razonadas por Cimbali en Italia y al alcance de la mano en España por las previsiones finales del criticado Código— recorre de arriba a abajo las tesis madrileñas que consultamos: en absoluto era infrecuente que los nuevos doctores terminasen sus disertaciones con la propuesta, a modo de conclusiones del escrito científico, de un verdadero proyecto de ley de revisión, dividido en títulos y artículos⁸⁰.

No me resisto a poner un tercer ejemplo donde la presencia ideal de Cimbali (y de Comas) se corona con el inevitable proyecto doctrinal para la reforma legislativa. Estamos a comienzos de siglo, mas las circunstancias siguen siendo las mismas que en 1885-1886, cuando se produjo el breve contacto del profesor de Madrid con el civilista de Sicilia. Tras la muerte de Comas, los colegas deciden convocar un premio que honre su memoria (6 de diciembre de 1900)⁸¹. El argu-

⁷⁸ Ramón COLL Y RODÉS, *De la sucesión legítima e intestada*, Tipografía de Clemente Oliveró, Barcelona, 1908.

⁷⁹ Cf. Archivo, cit. (n. 72), signatura 2806; esas dos palabras son, ni más ni menos, que «justa causa», y a su propósito el joven Felipe realiza un interesante tratamiento de una figura residual en el derecho codificado, cual la obligación natural. También, Jesús FERNÁNDEZ-NOVOA, *¿Debe reformarse el art. 776 del Código civil?*, Tipografía Galaica, Santiago, 1910, con inmediata respuesta positiva (el precepto se refiere a la sustitución ejemplar).

⁸⁰ Los ejemplos son casi tantos como tesis civilísticas, particularmente si se trata de alguna institución laboral (cf. Valentín GÓMEZ UGALDE, *Contribución a la reforma del Código civil vigente español. Título X. De el Contrato del Trabajo*, 1909, en Archivo, cit. (n. 72), signatura 3003, cuyas pp. 67 ss. contienen ese hipotético título X, perfectamente desarrollado en 61 artículos). De gran interés parece Salustiano ALONSO Y GONZÁLEZ, *El contrato de aparcería en sí, y en las legislaciones vigentes*, Taller tipográfico del Diario de Huelva, Huelva, 1909, pues se relaciona a la perfección el alcance de las instituciones agrarias desde el punto de vista de la cuestión social (pp. 4 ss., a vueltas con la terrible huelga que asoló la campaña de Jerez en 1903), los problemas de *sistema* (p. 6: el denostado sistema del Código, al incluir la *complantatio* entre los arrendamientos «le aparta del fin que le hizo surgir y sin el cual no tiene razón de ser») y la reforma del Código (pp. 68-69, sobre el deseable, nuevo título «Del contrato de aparcería» donde la regulación quedaría confiada a la voluntad de las partes y a la costumbre).

⁸¹ Archivo cit. (n. 72), caja D/11167: podían presentar sus trabajos los que en Valencia o Madrid hubieran sido alumnos oficiales de Comas, con exclusión de catedráticos y auxiliares de la propia facultad madrileña; el premio consistía en mil pesetas en efectivo, diploma y entrega de 750 ejemplares (de una tirada de mil, costeados por el hijo Augusto Comas Blanco, auxiliar de la facultad de Derecho); pero se concedió además un accésit (gastos de edición; fue la distinción de Enrique García Herreros, pues el premio lo obtuvo José CASTILLEJO DUARTE, *La forma contractual en el derecho de sucesiones*, Hijos de M. G. Hernández, Madrid 1902). Hubo otro concurso para escribir una biografía del respetado

mento escogido —«¿Es aplicable la forma jurídica del contrato á todas las instituciones de la sucesión mortis causa?»— es muy aleccionador, pues si trataba de explorar las posibilidades de una institución radicalmente (y contradictoriamente) prohibida en el nuevo Código (cf. art. 1271, vetando los pactos sobre la herencia futura), también tributaba homenaje, mediante Comas, a Enrico Cimbali, autor como se sabe de un trabajo de contenido (y aun formulación) afín al asunto del concurso y, por supuesto, declarado partidario en la *Nuova fase* de los pactos sucesorios⁸². Tal fue la posición adoptada por el laureado Enrique García Herreros, quien finalizaba su monografía para el concurso madrileño con la inevitable propuesta en artículos (añadidos y nuevas redacciones de preceptos existentes) de reforma del Código en vigor⁸³.

A la espera de una reforma que nunca llega⁸⁴, los españoles saben bien que la consigna Nueva Fase otorga también sentido —en cuanto propuesta metodológica— al pujante derecho penal⁸⁵, pero aquí nos interesa con preferencia dar cuenta de la literatura privativística. Ya vemos que los materiales no faltan: cualquier texto atinente a la cuestión social o dedicado a trazar el panorama del derecho civil aparecido en España entre uno y otro siglo se las ve con nuestro Cimbali, «aquél pensador... [que] era... entre los novadores

jurista: Manuel LEZÓN, *D. Augusto Comas como legislador, catedrático y jurisconsulto*, Hijos de M. G. Hernández, Madrid, 1903, cuyo prólogo termina, aplicando a Comas, con unas líneas tomadas del prólogo de Sánchez Román en elogio a Cimbali.

⁸² Cf. Enrico CIMBALI, «Il testamento è contratto?» (1884), en sus *Studi di dottrina e giurisprudenza civile*, Carebba, Lanciano, 1889, pp. 103-118; del mismo, *La nuova fase cit.* (n. 76), pp. 226 ss.

⁸³ Enrique GARCÍA HERREROS, *La sucesión contractual. Obra premiada por la Universidad Central... en el concurso abierto para honrar la memoria del que fue su catedrático D. Augusto Comas*. Prólogo de Rafael de Ureña, catedrático de Literatura y Bibliografía jurídicas en la Universidad Central. Hijos de M. G. Hernández, Madrid, VII-XXIII (Prólogo), XXV-XXIX, 150 pp.

⁸⁴ Para adelantar algo sobre otro personaje que nos interesa, el civilista de Valladolid Calixto Valverde, que dirige y anima esta rara publicación pinciana, cf. *Revista Jurídica*, 1, 1899, pp. 154-157 («Proyecto de reformas legislativas»), p. 160 («Noticias»: «en la última sesión de la Academia Matritense del Notariado ha continuado la discusión de las modificaciones que pudieran introducirse en varios artículos del Código civil»); *vid.* aún 75-78 (un artículo, hipercrítico contra el art. 14 del Código, de Valentín de la VARGA, «La teoría de los estatutos en los conflictos interregionales») y pp. 337-350 (Dr. Nicolás López R. Gómez, «Incongruencias del Código Civil con otros ramos de la legislación española en lo concerniente al estado civil de las personas»). Noticia y textos de intentos oficiales de reforma del Código, con presencia activa de Sánchez Román, en la publicación (tardía) de «Un anteproyecto de Código civil español» en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1 (1925), pp. 103-113, 279-284, 372-376, 446-450, 518-523, 624-626 y 799-804; 2 (1926), pp. 145-150 y 603-612.

⁸⁵ Me permito llamar otra vez la atención sobre la traducción de los *Orizzonti* de FERRI cit. (n. 44), p. 4, donde el autor, tomando distancias de Lombroso y de la «simpatía alianza entre el derecho penal y la antropología criminal», precisa que la nueva escuela «es algo más, tiene un mayor valor científico y práctico... es la aplicación del método experimental al estudio de los delitos y de las penas... representa verdaderamente una nueva fase en la evolución de la ciencia criminal».

del Derecho civil, de los que con mayor elevación y más claro sentido han comprendido y expuesto la evolución de esta rama del saber jurídico en nuestro tiempo», la dicha cuestión social, precisamente, «problema en cuya laboriosa indagación trabajan principalmente los juristas italianos, plantándole en términos tan sugestivos como los de *nueva fase del Derecho civil en sus relaciones económicas y sociales* que usó el malogrado profesor Enrique Cimballi»⁸⁶. Con afirmaciones tan laudatorias como éstas, la dificultad reside, por el contrario, en la necesidad de escoger información en un verdadero aluvión de referencias⁸⁷.

Dejo aparte intencionadamente –salvo dos palabras dirigidas a información del posible lector italiano– la que pudiéramos considerar referencia inaugural, pues se trata de la única figura jurídica que ha sido algo estudiada⁸⁸. Me refiero a Pedro [García] Dorado Montero (1861-1919), un nombre que nos ha salido al paso como asiduo crítico literario de la *Revista General*, catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Salamanca y principal estudioso y traductor de libros italianos en España. La relación de Dorado con Italia, siempre intensa, nace de su estancia en el Colegio de San Clemente de los Españoles en Bolonia⁸⁹ (1885-1887), a donde acude Dorado

⁸⁶ Raimundo FERNANDEZ DE VILLAVERDE, «La cuestión social y el derecho civil», en *RGLJ*, 97 (1900), 635-388, *ibid.* 98 (1901), 131-144 (se discute particularmente con Achille Loria) y 361-385 (sobre Anton Menger), *ibid.* 99 (1901), 78-119; mis citas en p. 366, pp. 383-384. Se publicaba así el discurso inaugural de las actividades de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación para el curso 1900-1901 (pronunciado el 17 de noviembre de 1900), presidida por Villaverde; en ocasión similar, aunque con un océano por medio, Pablo DESVERNINE, «Nuevas tendencias del derecho civil», en *RGLJ*, 84 (1894), pp. 67-95, 331-350 y 544-564, discurso ante el Círculo de Abogados de La Habana, 30 de mayo de 1893.

⁸⁷ Sigue sin estudiar apenas la corriente del socialismo jurídico español, para lo que estas rápidas notas mías ofrecen sin duda noticias y materiales. Una primera, excelente presentación de Bartolomé Clavero no ha tenido continuidad: B. Clavero, «Estudio preliminar», pp. 9-44, al frente de su edición de la traducción española (1906) de otro clásico italiano: Giuseppe SALVIOLI, *El Derecho civil y el proletariado*, Universidad, Sevilla, 1979.

⁸⁸ De todas formas, habrá que volver sobre el personaje a la luz de las cartas de su archivo, conservadas y ahora disponibles en el de la Universidad de Salamanca (cf. Luis SÁNCHEZ GRANJEL y GERARDO SÁNCHEZ-GRANJEL SANTANDER, *Cartas a Dorado Montero*, Europa Artes Gráficas, Salamanca, 1985). Vid. Francisco JAVIER VALLS, «La filosofía del Derecho de Pedro Dorado Montero (1861-1919)», en *Anales de la Cátedra Francisco de Suárez*, 11/2 (1971), 193-280; Juan Andrés BLANCO RODRÍGUEZ, *El pensamiento socio-político de Dorado Montero*, CSIC (Centro de Estudios Salmantinos), Salamanca, 1982; Vicente RODRÍGUEZ HERNÁNDEZ, *La insumisión en Dorado Montero. El tema iusnaturalista en la encrucijada ideológica de la Restauración*, Hespérides, Salamanca, 1993.

⁸⁹ Cf. Antonio PÉREZ MARTÍN, *Proles Aegidiana. 4. Los colegiales desde 1801 a 1977*, Bolonia, Real Colegio de España, 1979, pp. 1832-1833. El bienio anterior está en el Colegio Isidro Pérez y Oliva (cf. pp. 1830-1831), a quien conocemos como traductor de Enrico Ferri. De todas formas, el papel del Colegio de San Clemente en los procesos de difusión española de doctrina italiana no comienza a ser preponderante hasta las décadas de 1920 y 1930 (con los civilistas Alfonso García Valdecasas, 1923-1925; Miguel Royo, 1929-1930; José Beltrán de Heredia, 1934-1936; Diego Espín Cánovas, 1934-1935), esto es, a partir de la progresiva presencia de colegiales que, a su regreso a España, emprenden la profesión universitaria.

tras doctorarse con el iusfilósofo Francisco Giner en Madrid (1885). «Allí, sobre la base de amplitud y tolerancia adquirida por el influjo del señor Giner», escribe nuestro autor a Federico Urales en 1900, «empecé a leer todos los libros y otras publicaciones que podía (de Spencer, de Ardigó, de Richet, de los criminalistas antropólogos que empezaban entonces a meter ruido, etc.) Sus doctrinas, enteramente nuevas para mí, pues –salvo en la clase del señor Giner– nunca había oído ni siquiera mencionarlas durante mi carrera, me interesaron cada vez más, y acabé por dejar de ser católico»⁹⁰. Sea como fuera (Dorado protagonizó una sonada polémica con el obispo local, quien prohibió la asistencia a su herético curso a raíz de la acusación presentada por estudiantes quejosos de unas explicaciones «no sólo... positivistas... sino lo que es más, materialistas»⁹¹), nos interesa precisar que las lecturas del joven Dorado en una Italia recorrida por el positivismo se convierten de inmediato en numerosos escritos, que dan cuenta por aquí de las nuevas corrientes⁹². Además de sus incansables reseñas, dos importantes volúmenes sobre *La Antropología criminal en Italia* (1890) y, particularmente, *El Positivismo en la Ciencia Jurídica y Social Italiana* (en rigor, una colosal antología en castellano de las plumas más relevantes de la academia italiana), donde no falta un informado capítulo sobre el derecho civil⁹³, jugaron un papel decisivo en la difusión española de los *novi*, abriendo el camino a las siguientes traducciones.

Menos estudiados son otros dos profesores, el civilista Calixto Valverde (Valladolid) y el penalista Federico Castejón (Sevilla), autores ambos de obras de conjunto sobre la civilística moderna que debemos presentar aquí, antes de poner punto a este ya demasiado largo relato⁹⁴.

Valverde (n. 1870) es un iusnaturalista católico, un conservador absolutamente convencional («aparte de las teorías de Darwin y sus secuaces acerca del origen babuino del hombre, creemos en la Biblia y partimos del supuesto de que el hombre fue creado por Dios a su imagen y semejanza», dirá en un programa de oposicio-

⁹⁰ VALLS, cit. (n. 88), pp. 93-94.

⁹¹ Ignacio BERDUGO-BENIGNO HERNÁNDEZ MONTES, *Enfrentamiento del P. Cámara con Dorado Montero*, Diputación Provincial, Salamanca, 1984.

⁹² Pedro DORADO MONTERO, «Sobre el estado de la ciencia jurídica italiana en los momentos presentes», en *Boletín de la Institución Libre de Enseñanza*, 10 (1886), pp. 137-139; del mismo, «Pietro Siciliani, profesor y filósofo», *ibid.* pp. 185-186, 225-227 y 280-282.

⁹³ *El Positivismo...* Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1891, Segunda parte, pp. 264-302, pp. 275-281 sobre Cimbali. De naturaleza diversa, sin información bibliográfica de italianos, Pedro DORADO MONTERO, «Hacia un nuevo Derecho civil», en *RGLJ*, 108 (1906), pp. 497-522.

⁹⁴ Cf. Manuel MEDINA DE LEMUS, *Don Calixto Valverde. Una vocación universitaria*, [Madrid], Seminario Jerónimo González-Centro de Estudios Registrales... 1998, desgraciadamente, según uso de la colección en que se inserta, con muy limitado interés.

nes a cátedra de «Elementos de Derecho Natural») ⁹⁵ pero este autor, que obtiene en 1903 cátedra de «Derecho Civil» (Granada) ⁹⁶, es también un hombre de su tiempo y en 1899 se encara con *Las modernas direcciones del Derecho civil* ⁹⁷. Como podrá advertir el lector a juzgar solamente por el título, no se promete aquí ninguna rendición de cuentas con la literatura jurídica italiana, mas por eso creo más interesante que sea tal literatura (desde luego Cimbali, pero también los Vadalà-Papale, Cogliolo, Gabba, Puglia, Gianturco, D'Aguanno, Filomusi Guelfi, Lampertico) casi en exclusiva (pues son excepciones los Maine, Menger o algún autor francés) la biblioteca dominante en Valverde. En efecto, la ecuación *modernismo – civilística italiana* funciona al completo en una obra de índice deficiente, carente de conclusiones y bastante farragosa (sin otra pretensión, se diría, que acreditar la suficiente preparación del aspirante en un momento decisivo de su carrera); un relato de novedades –después del libro de Dorado ya lo eran menos; falta además la simpatía de Dorado con su objeto– donde el eje de autoridades Cimbali-D'Aguanno-Menger siempre orienta la exposición. Por ese orden, esto es, con Enrico Cimbali en cabeza: pues «se inicia el movimiento reformista de esta rama del Derecho con Enrique Cimbali, autor... de... *La nuova fase del Diritto civile*, en la que demuestra una grandísima erudición y un conocimiento profundo del Derecho civil extranjero, pero muy especialmente del Francés e Italiano» (p. 27). Y a Cimbali se sigue al exponer la cuestión del método (pp. 31 ss.), momento en que aparecen respetados neoescolásticos –tanto laicos (Enrique Gil y Robles) como eclesiásticos (Ceferino González, P. Urraburu)– para condenar el evolucionismo (pp. 33 ss.). Y a Cimbali se vuelve como autoridad inaugural en el capítulo (V, pp. 57 ss.) sobre «Formas de las relacio-

⁹⁵ Archivo, cit. (n. 71), caja 16882, expediente personal de Valverde.

⁹⁶ Advierto al hipotético biógrafo de Valverde que ha de cruzar la información conservada sobre la cátedra de Granada (Archivo, cit. [n. 71], legajo 5346-4), con la que contiene el expediente personal del legajo 9574-6, pues aquí figuran materiales importantes de sus oposiciones. Me refiero al «trabajo de firma» sobre un tema tan del momento como *El feminismo y la autoridad marital*, pero también a la lista de obras solicitadas para el ejercicio de la lección; en su caso, la núm. 57, de «Clasificación de las obligaciones (continuación)», para lo que tuvo acceso, entre otros, a los libros de GIORGI (*Teoria delle obbligazioni*), POLACCO (*Le obbligazioni nel diritto civile italiano*), CHIRONI (*Questioni di diritto civile*) y la versión de Serafini del *Tratato delle Pandette* de Arndts. Un panorama literario muy diferente al que presenta su intento previo y fracasado a la cátedra civilística de Salamanca (legajo 5345-3), pues allí expuso una laección (núm. 90: «Contratos accesorios») con uso de literatura española.

⁹⁷ CALIXTO VALVERDE Y VALVERDE, *Las modernas direcciones del Derecho civil. (Estudios de filosofía jurídica)*, Tipografía de J. Manuel de la Cueva, Valladolid, 1899, 259 pp. Como era habitual, comienza a difundirse en artículos de su *Revista Jurídica*, cit. (n. 84), I (1899), pp. 2-8, 44-53 y 97-108 («continuará»); no sé si lo hizo: sólo he podido acceder a ese volumen de la rara *Revista*, que está entre los papeles de su expediente cit. (n. 95).

nes jurídicas en el orden privado». No hace falta multiplicar los ejemplos, pues esas presencias saltan a la lectura de cada página. A caballo entre la (preponderante) exposición de la opinión ajena, que se sabe difundida en España, y la crítica algo tímida en función de la propia posición (cf. pp. 168-169, con impugnación de las modernas teorías en materia de propiedad; p. 238, entendiendo contra Cimbali que la intervención estatal en el ámbito laboral ocasiona reformas que «no son en su mayor parte propias del Derecho civil»), Valverde documenta con sus *Modernas direcciones* la difusión de motivos iusocialistas, la crítica al Código español y la urgencia de unas reformas (nueva ocasión de acudir a Cimbali, por ejemplo en pp. 210-212 sobre la sucesión contractual; pp. 248 ss. sobre contrato de trabajo) en un catálogo de tópicos que no puede sorprendernos.

Nuestro segundo y último personaje, Federico Castejón y Martínez de Arizala (núm. 1888), catedrático de Derecho Penal en Sevilla (1913) y magistrado franquista del Tribunal Supremo (1938) toda una vida, tiene para nosotros el mérito de haber sido uno de los primeros españoles en aprovecharse de las pensiones concedidas por el Estado mediante la Junta para la Ampliación de Estudios: una convocatoria con tema determinado, a la que concursa y en la que vence beca para realizar precisamente el número «7.º Estudio, en Italia, de las nuevas direcciones del Derecho civil». Estamos en 1909, aunque en esta España que no alcanza aún la suspirada revisión del Código y todavía tardará varios años en disponer de una ley sobre el contrato de trabajo, Cimbali y los otros siguen constituyendo *dirección nueva* ⁹⁸.

En contacto con *novatores* y *iussocialistas* italianos, el joven cordobés parece sentirse en gratísima compañía. Más a gusto y con más éxito que en una hipotética reunión con «las nuevas tendencias en Francia en cuanto a la interpretación de las leyes», otro argumento convocado por la Junta el año anterior y abocetado en su instancia con «memoria sobre los estudios a realizar» por un Castejón que no obtiene entonces la beca ⁹⁹ –algo objetivamente

⁹⁸ Cfr. Junta para la Ampliación de Estudios e Investigaciones Científicas, *Memoria correspondiente a los años 1908 y 1909*, Establecimiento Tipográfico Hijos de M. Tello, Madrid, 1910, p. 23 sobre el tema, p. 26 sobre la concesión de la ayuda a Federico Castejón (Real Orden de 8 de septiembre de 1909).

⁹⁹ Cfr. Federico CASTEJÓN Y MARTÍNEZ DE ARIZALA, *Memoria... Estudio en Francia de los nuevas tendencias en cuanto á la interpretación de las leyes por los Tribunales y los jurisconsultos*, Córdoba, 5 de septiembre de 1908, medio centenar de folios manuscritos que obran en el Archivo de la Junta de Ampliación de Estudios (Residencia de Estudiantes, Madrid), signatura C-94. Algo lastrado en el uso de vieja literatura española, se ocupa desde luego de Saleilles y Gény, pero deriva hacia la equidad (tomando largos párrafos de los *Prolegómenos* de Pedro GÓMEZ DE LA SERNA, 1845) y finaliza con un excurso extemporáneo sobre «la interpretación de las leyes según los preceptos del dere-

más *moderno* hacia 1910. A 15 de junio de ese mismo año, en su tesis doctoral sobre *El fundamento de la legislación social*, Castejón ha demostrado su buen nivel de información de literatura italiana, otra vez el material exclusivo de consulta al abasto de un novel investigador español; por ejemplo, en el debate acerca de la equidad como «justicia relativizada» o directamente «justicia social» (desde Fulvio Cazzaniga a Marletta, Ravelletti, Cogliolo... y sobre todo Giuseppe Salvioli; una discusión que empalma con la reforma del Código, pues «en sus dos aspectos de total –a la materia jurídico-privada– y sucesiva –cada diez o veinte años– restringiría el papel de la equidad a su verdadero puesto de interpretadora benigna de la ley», pp. 30 y 31) o en aquel otro sobre «El Estado y su acción», donde alega «el trabajo legislativo de los países cultos» para demostrar la penetración analítica de Cimbali (p. 69), de la misma manera que la autoridad de Chironi (*L'individualismo e la funzione sociale del diritto*, 1898) sirve para buscar un difícil equilibrio entre la necesaria intervención pública y la también necesaria autonomía que evite la absorción del individuo por el Estado (pp. 80 ss.)¹⁰⁰.

Una de tantas tesis madrileñas, en suma, acaso ésta más cercana de Salvioli que de Cimbali, donde la noticia de la obra ajena predomina sobre la investigación propia –si bien nos resulta muy útil, en su cúmulo de citas y lecturas, para exhibir la trama, no siempre evidente, donde tejen otros muchos doctorandos sus estudios sobre emergentes institutos jurídico-laborales (contrato, salario, huelga, previsión)–. Muy útil también para acreditar los efectos de la *italienische Reise* de Castejón subvencionada por el Estado y emprendida a fines de 1909. El fruto de su viaje se duplica así en la tesis doctoral (junio 1910) y en el *Estudio de las nuevas direcciones...* (septiembre de 1910) que publica el anuario de la Junta, con un cruce inevitable en los índices de ambos trabajos¹⁰¹, pero la memo-

cho histórico español»; no parece conocerse el caso flamante y llamativo de la codificación suiza. Nuevas solicitudes de bolsas de viaje y estancia (en 1912, para «ampliar estudios de sociología jurídica en Francia, con los profesores Saleilles, Géný y Duguit; en Bélgica con los profesores Prins y Picard; y en Italia con los profesores Loria, Alimena, Vaccaro, Gropali y Salvioli»; en 1915, para ir a Alemania; en 1916, para dos semestres de estancia en Suiza, invertida en estudios de derecho penal... en fin, aún en 1934, para estudiar en Inglaterra «régimen y organización de prisiones»), junto a otra documentación, en el expediente de Castejón en ese mismo Archivo, signatura 33-369.

¹⁰⁰ Federico CASTEJÓN, *El fundamento de la legislación social. Contributo a la teoría*, Madrid 15 de junio de 1910, 112 cuartillas manuscritas, en Archivo cit. (núm. 72), tesis doctorales (Derecho), signatura 3512, preferible a la versión impresa, resumida: *El fundamento de la legislación social*, Fortanet, Madrid, 1911, 34 pp.

¹⁰¹ Federico CASTEJÓN Y MARTÍNEZ DE ARIZALA, «Estudio de las nuevas direcciones del Derecho civil en Italia», en *Anales de la Junta para ampliación de estudios e investigaciones científicas*, 6 (1911), pp. 91-344 (también 1-256, pues la monografía circuló en edición exenta), particularmente la segunda parte de «La legislación social», pp. 63 ss.

ria oficial publicada, más extensa y más rica ¹⁰², contiene alguna información del proceder práctico seguido por el español en sus estudios por Italia (Roma), esto es, la cuestión menor o anecdótica que sin embargo más interesa a nuestra audición de *ecos*. Dicho muy resumidamente: el estudiante de la doctrina italiana nacida del auge positivista y de la aplicación al Derecho de métodos experimentales y sociológicos aplica de inmediato esa misma receta para la ejecución de sus trabajos («las entrevistas con los profesores y estudiosos de sociología, han sido la fuente de datos más seguros y preciosos para mi objeto», p. 96; y ello con preferencia a seguir los cursos de lecciones, lo que hizo al amparo de la práctica liberal de los ordinarios italianos, pero sin demasiado provecho, «teniendo en cuenta que los estudios que yo debía realizar no son la materia corriente de explicación en las Universidades, si se exceptúa algún que otro curso aislado —como el del profesor Ravà, en la Universidad de Bolonia, en el año académico 1901-1902, que se ocupó de legislación social—»).

El celo del becario de ayer quiso que obren hoy en el archivo de la Junta unas cuartillas manuscritas, apenas un borrador de «memoria de viaje y estancia. Roma 1910» que viene a ser la crónica asombrada de un jovencísimo español, nacido en Córdoba, licenciado en Sevilla y trasladado, por ensalmo administrativo, hasta una grandiosa capital de tradición jurídica —que lo es, no sólo del Reino de Italia ¹⁰³. «20 [noviembre de 1909]. Adjunto los certificados del cónsul... he traído a casa otro libro, *Genesi ed evoluzione delle leggi penali*, de que es autor el Profesor del Ateneo romano Michel Angelo Vaccaro... Ayer 19 estudié en la Alessandrina Sergi, *Antropologia*; y traje a casa el libro de Vaccaro. Hoy he ido a la Biblioteca Vittorio Emmanuele, donde he estudiado Sergi, *Fatti e Pensieri*... 22 noviembre. Hasta el día de hoy he consultado las siguientes obras, en la R. Biblioteca Alessandrina: C. Gabba, *Nouvi questioni di diritto civile*; F. Filomusi Guelfi, *Introduzione alle*

¹⁰² Así, por ejemplo, la parte tercera de esa memoria, sobre «Competencia respectiva del derecho civil y del administrativo en las innovaciones de carácter social reclamadas por los autores», pp. 106 ss., pues por aquí va abriéndose un abismo admirable entre derecho civil (efectivamente *privado*; no se olvide que está a punto de nacer en Madrid un importante periódico jurídico dedicado a esa, algo más que, especialidad) y derecho del trabajo (antes apuntado en Valverde), tan apartado del ánimo «privada» del ordenamiento como cercano entonces al derecho administrativo, según aquella, original *Fachkombination* académica que cuajó en España hasta la aparición de cátedras autónomas de derecho laboral, con figuras relevantes como Carlos García Oviedo (Sevilla). Pero también merecen una lectura las partes quinta y sexta de la memoria, respectivamente, sobre «Reformas que se pretenden en el Derecho civil» (pp. 127 ss.) y «Factibilidad de realizar las reformas propuestas como normas legislativas» (pp. 243 ss.).

¹⁰³ Archivo cit. (núm. 99), C-93. En mi transcripción respeto, por su sabor, la vacilante ortografía de Castejón.

scienze giuridiche ed istituzioni di diritto civile; M. A. Vaccaro, *lezioni di filosofia del diritto*; E. Cimbali, *Due questioni vigenti: Opere complete* con un total de nueve volúmenes. Continúo el estudio de la obra de Enrico Cimbali “La nuova fase del Diritto Civile nei rapporti economici e sociali, con proposte di riforma della legislazione civile vigente...”. Este estudio es, sin duda, el más ameno de cuantos haga. La forma brillante, concisa, muchas veces práctica, pero siempre eminentemente didáctica, la manera de exponer las cuestiones y de encauzar la discusión, así como el método y la dirección de las investigaciones, encantan sobremanera. Su muerte fue una pérdida inmensa para la legislación social teórica. Nadie como él ha sistematizado (en lo que cabe sistematizar una parte del derecho que no ha hecho más que nacer) los estudios de derecho civil influidos del aspecto social moderno, que tiende a la especialización y organización de todas las funciones de la vida colectiva... 4 diciembre. Esta tarde la Biblioteca está cerrada, por celebrarse en sus salones el Congreso de la Paz. En vista de ello, y para aprovechar el tiempo, decidí asistir a la cátedra de filosofía del derecho, que explica el Prof. M. A. Vaccaro, en la Scuola VI de la R. Università degli Studi, de 5 á 6 de la tarde; pero hoy no ha asistido el catedrático... 17 [diciembre]. He asistido a la clase del Prof. Romano Broglio d’Ajola, que explica Economía Política... Sólo ha tenido 5 oyentes. Le he hablado, rogándole su opinión sobre la legislación social, y me ha ofrecido ayuda. Este profesor ha hecho, según me ha dicho, todos sus estudios en Alemania... 20 [diciembre]. He perdido la tarde en la Universidad, esperando que llegasen los Profesores Cesare Facelli (de Derecho Civil) y Vaccaro y la profesora Teresa Labriola (de filosofía del derecho). Ninguno ha aparecido. Según me han dicho no tienen costumbre de ir... 24 [enero, 1910]. Devuelvo el libro de Vaccaro. No he podido obtener otro porque la Universidad ha sido cerrada nuevamente a consecuencia de los desórdenes de los estudiantes; y en el piso principal de esta se encuentran las obras que se prestan... 31. Se abre la Universidad nuevamente. Voy a la Emeroteca, donde sólo existe el último número de las revistas. Es una magnífica sala. Después voy a la Universidad para ver al Prof. Broglio d’Ajano, pero según me dice el conserje, hasta pasado carnaval no vuelve... 1 febrero. Voy a la Universidad a las clases de Enrico Ferri, Prof. de Diritto e procedura penale; Francesco Filomusi Guelfi, de Diritto Civile, e Giuseppe Cimbali, libero docente di Fil. del Diritto. El 1.º no ha ido, el 2.º, festejado por los estudiantes a causa de su nombramiento de Senador, no ha explicado nada, y el 3.º me ha prometido que me ayudará y dará su opinión. Debo verlo en la librería de los Fratelli

Bocca, corso Umberto I, 219, de las 6 de la tarde en adelante. Ayer estuve oyendo a la Profesora Teresa Labriola, que me ha ofrecido darme su opinión sobre la legislación social, el viernes próximo. Es libero docente de Filosofía del Derecho y jefe de las sufragistas italianas... 31 [marzo] Bibl. V. E. Chironi, Cogliolo... 19 [abril]. Universidad. Veo a Ferri: que no tiene más que decir, fuera de lo que dice en su obra *Los nuevos horizontes...*— que questo indirizzo, dopo morto il Cimbali, no ha rappresentanti in Italia...»

No termina con este apunte de una frustrante entrevista con el afamado Ferri la peculiarísima crónica del joven becario que persigue tenazmente a sus profesores italianos, que copia —entre aburrido y curioso— en sus apuntes la tarjeta expedida para acceder a las bibliotecas, que da cuenta de la subida del precio del tranvía como motivo cierto de la huelga de los estudiantes de Medicina, que se maravilla, en fin, de la belleza arquitectónica de las salas donde trabaja. No termina siquiera Castejón con Roma, pues llegada la primavera (mayo y junio de 1910), casi con un pie en el estribo del tren que le devuelve a España, saca tiempo para conocer en Génova a Cogliolo, para asistir en Nápoles a una lección del criminólogo Salvatore Ottolenghi, para acudir a Pisa, donde Torriolo «en dos entrevistas, me habló de la revisión del código civil inspirado en conceptos sociales. La claridad y método que empleó en la exposición de sus ideas me han aprovechado mucho». Ya digo que no acaba esta narración descompuesta, medio íntima y medio científica, en esos apuntes vivísimos. Pero la entrevista con Torriolo sobre la reforma del Código, lo mismo que la precedente romana, donde Ferri lamentaba la muerte de Cimbali (Enrico) al dar por perdida cualquier sensata «proposta di riforma della legislazione civile vigente» (y para quitarse de encima a un *borsista* extranjero algo pesado, todo hay que decirlo), nos devuelven a los motivos españolísimos que apoyaron la difusión ibérica de la doctrina privatística italiana.

«Qualcosa che somiglia alla ammirazione che si prodiga per le cose grandi. Del resto qui hanno una idea molto elevata del valore degli italiani nell'economia e nel diritto», sabemos escribía Giuseppe a Angelo Majorana sobre la actitud entregada de los colegas españoles que encuentra en su *Grand tour* cuando pasó por Madrid (1890). Tan franca admiración, tan elevada idea había del valor de los italianos en la economía y en el derecho que pareció inevitable —amparados todos en la rara experiencia temporal donde viven sus fantasías las facultades de Derecho— ir a buscar en la misma tierra de origen la voz poderosa de Cimbali de la que se percibían en España sólo ecos —un cuarto de siglo después de su inesperado fallecimiento.

APÉNDICE DOCUMENTAL

I. *Antología de las cartas españolas de Giuseppe Majorana, 1890*

En 2000 la casa palermitana *Sellerio* publicó el interesante epistolario cruzado entre Giuseppe Majorana (1863-1940), catedrático de Estadística y de Economía Política en Messina y Catania, y su padre y valedor académico, Salvatore Majorana Calatabiano (1825-1897), hombre político y catedrático de Economía y de Ciencia de las Finanzas, y el hermano Angelo (1865-1910), catedrático de Derecho Constitucional, siempre en Catania (y allí decano de Derecho: 1894-1897, rector: 1895-1896). Las cartas, cerca de ciento cincuenta, fueron escritas de marzo a mayo de 1890, en el curso de los viajes de Giuseppe a Berlín y Madrid como delegado italiano a sendas conferencias internacionales ¹⁰⁴.

Los textos no tienen desperdicio como crónica de la vida cotidiana de los académicos del fin de siglo. El lector asiste así a los movimientos de padre y hermano para conseguir una cátedra local a favor del ausente Giuseppe; admira la velocidad de los intercambios postales y la complicadísima, pero eficaz, red de ferrocarriles que consentía tanta velocidad y la notable movilidad del joven economista siciliano por España (Madrid, Toledo, Córdoba, Sevilla, Huelva, Cádiz, Granada, Salamanca...), donde permaneció casi todo el mes de abril de 1890. Pero también el lector curioso de estas cartas –repetitivas: Giuseppe solía realizar una doble versión destinada al padre (senador en Roma) y al hermano (profesor en Catania)– conoce aún la vitalidad y amplitud de poderes de un viejo *pater familias* que cuenta y recuenta el dinero gastado por el hijo (¡ya catedrático de universidad!), o le reprocha el dejar pasar un día sin escribir el relato exacto de avatares, encuentros e impresiones de la jornada.

La ocasión de la visita de Giuseppe se fragua en Berlín, con motivo de la conferencia internacional sobre regulación del trabajo en establecimientos industriales mineros (15 a 28 de marzo). Los delegados españoles, señores de Castro (tal vez Manuel Fernández de Castro, senador por Cuba) y Vicente Santamaría de Paredes, animan al colega siciliano a obtener un nombramiento como representante oficial de su país en el inminente congreso madrileño sobre propiedad industrial (7 a 14 de abril). Las influencias del padre dan un buen resultado y Giuseppe puede empalmar la dele-

¹⁰⁴ Giuseppe MAJORANA, *Il Grand Tour. Lettere alla famiglia, 1890*. Premessa di Angelo Majorana, introduzione di Giuseppe Giarrizzo. A cura di Anna M. Palazzolo, Sellerio editore. Palermo. 2000.

gación alemana con la española («una corsa napoleonica: dall'uno all'altro mar, dal Mansanare al Reno»), consintiéndole emprender un peculiar *grand tour* donde las bellezas de la Antigüedad clásica –tan cercanas al interesado, por otra parte– han sido sustituidas por el ambiente cosmopolita de los salones y los ministerios de una Europa moderna e internacionalizada. Y no cuesta trabajo imaginar que las visitas del joven Majorana, emprendidas más allá de sus deberes como ocasional diplomático, se ven siempre auxiliadas por sus colegas en las facultades de Derecho.

De esa originalísima crónica recojo seguidamente algunos párrafos selectos a los fines de mi trabajo, con respeto a la numeración dada a los textos, según fecha, en la edición.

Núm. 24 (pp. 68-74). Giuseppe a Salvatore Majorana Calatabiano.

Berlin 20 mǎrz 1890 mezzanote e ½.

Carissimo Papà,

Che serata, stasera! Questo viaggio di Berlino rimarrà celebre nella mia vita, per quanto durerà questa.

[...]

Torno un po' indietro. A palazzo della cancelleria, ho fatto colazione col senatore de Castro ¹⁰⁵ e col deputato Santa María professore di diritto amministrativo e di diritto politico (cioè costituzionale) all'Università di Madrid, rappresentanti della Spagna. Due persone garbatissime; il senatore è più vicino ai 70 che ai 60. Col Santa María ho discusso a lungo di scienza. Gli ho esposto, nel più puro francese, la mia teoria sull'ufficio della statistica. Gli ha fatto molta impressione. Ha detto di non aver sentito nulla di più ragionevole, e ha finito per dichiararsi assolutamente della mia opinione. Abbiamo parlato a lungo d'economia politica. Egli mi ha detto che ha letto il suo libro (*Tratatto di economia*) ¹⁰⁶ ma non lo possiede. Gli ho promesso di mandarglielo. Il senatore De Castro mi ha parlato di lei, dicendo di conoscerne la vita politica e le opinioni. Mi persuasi che era abbastanza bene informato. Dal resto, il De Castro è persona molto coscenziosa. Al Santa María parlai a lungo di Angelo. Mi disse di non averne letto nulla. Gli parlai del *Parlamentarismo* ¹⁰⁷. Il

¹⁰⁵ No sé si se trata de Manuel Fernández de Castro, senador por Cuba.

¹⁰⁶ Salvatore MAJORANA CALATABIANO, *Ricchezza e Miseria, ossia Nuovo trattato di economia politica*, Catania, 1847 (2.ª ed., 1865).

¹⁰⁷ Angelo MAJORANA, *Del Parlamentarismo: mali, cause, rimedi*, Roma, 1885.

piano dell'opera gli parve interessante. Gli promissi di mandargliela. Lo pregai, arrivando a Madrid, di prevenire i professori di economia e di finanza che avrei loro mandato qualcosa mia e di mio padre. Mi disse che essi sarebbero stati fortunati di riceverla. Mi disse mi avrebbe mandato le sue opere. In somma la Spagna mi ha fatto le più grandi feste. Che persone garbate!

[...]

Mentre parliamo, arrivano i miei due amici tedeschi Kayser e [Fürster]. Dicono: «noi abbiamo l'onore di presentarle il professor Schmoller...». Mi alzo subito e incontro Schmoller. Col quale mi trattengo a parlare un pezzo. Egli è professore d'economia politica all'Università di Berlino. Gli dico: «mio padre ed [io s]iam]o più tosto della scuola ortodossa, di A. Smith, di Say e degli inglesi». Gli espongo molte mie idee in proposito. Ma per profittare della diplomazia in azione che tanto ho ammirato di questi giorni, gli dico che non sarei alieno dal fare delle piccole concessioni; purchè non si esageri. Ciò lo consola, e mi dice che anche questa è la sua opinione (tra parentesi, tornando a Santa Maria, il professore di Madrid, aggiungo che questi mi disse, parlando di Boccardo: Boccardo non è di buona scuola, difatti nella 3.^a serie dell'*Economista* ci ha messo i socialisti ecc. Col senatore de Castro parlai di Flores Estrada)...

Núm. 27 (pp. 78-80). Giuseppe a Salvatore Majorana Calatabiano.

Berlino 22 marzo 1890.

Carissimo Papà,

Più di una volta il mio amico il marchese di Peñafiel, delegato del Portogallo alla Conferenza di Berlino, mi ha parlato della Conferenza sulla proprietà che sarà tenuta a Madrid a cominciare dal 1.^o di aprile imminente, e alla quale egli è stato già designato come delegato dal suo governo. Si tratta di una conferenza intorno alla proprietà delle invenzioni, brevetti, marche di fabbrica, ecc., che si tiene ogni 3 anni, e alla quale tutti i governi sono rappresentati. Si è tenuta già a Roma, mi ha detto il Peñafuiel; ora si tiene a Madrid.

Egli mi ha chiesto se il mio governo mi ha designato per rappresentarlo a Madrid. Il senatore De Castro e il deputato Santa Maria di Spgna mi hanno fatto la medesima domanda.

Ora io dico, modestamente, e nel modo medesimo amato dal senatore Giacchi, cioè tale che la mano destra non sappia ciò che fa la sinistra: non potrebbe Miceli destinarmi, mentre mi trovo qui, a rappresentare l'Italia a Madrid? Come scrissi, il 29 corrente terminano

i lavori della Conferenza di Berlino. Io potrei partire coi delegati della Spagna e del Portogallo, di qui stesso. Se il governo vuol mandar altri delegati, può farlo direttamente a Madrid; ci riuniremmo collà.

[...]

Nell'ipotesi di una mia missione a Madrid, non credo che il governo debba aver scrupolo ad affidarmi qualità migliore che quella di segretario o di delegato aggiunto. Come lei dissi a Crispi, io non credo di valer di più di qualcuno degli altri. Qui si tratta, più che altro, di discussione (illuminata dal resto dalla conoscenza dei fatti) e fanno miglior figura quelli che sanno discutere. Così i belgi e soprattutto i francesi... A proposito: e perchè non vi mandano Angelo?

[...]

Núm. 93 (pp. 186-188). Giuseppe a Salvatore Majorana Calatabiano.

Madrid 11 aprile 1890.

Abbiamo pranzato, col marchese; e dopo, questi avendo preso congedo per suoi affari, siamo novamente usciti, Puccioni ed io, per visitare le strade al nord della Puerta del Sol. Abbiamo camminato un pezzo, per le vie più larghe, e meglio illuminate. Alla Puerta del Sol, tornando, abbiamo fatto grandi acquisti, per ricordo di Madrid: egli ha comprato un ventaglio sul quale è dipinta la «Corrida» (lotta dei tori), e ha speso una lira; io ho comprato due ventagli del medesimo genere, in uno dei quali è lo stesso dipinto, e in un altro è la fiera di Siviglia, e ho speso tre lire. Dopo di che, essendo già le 10 ½ siamo rientrati a palazzo, e siamo andati a letto. Oggi deve arrivare il professore Santa Maria delegato a Berlino, che si è fermato un po' a Parigi; e insieme a lui il senatore De Castro idem idem. Mi varrò del primo per quanto concerne Università.

[...]

Quanto a Castelar, pregherò il Maffei di presentarmi avendo questi detto che è suo amico.

La lingua, in Ispagna, non è una difficoltà. Gli spagnuoli comprendono benissimo l'italiano.

[...]

La Spagna è nell'isieme un paese molto inferiore all'Italia. Vi è molta povertà, e molto accattonaggio. La campagna intorno a Madrid, e per la maggior parte venendo da Irun, è sterile. In ogni cosa gli spagnuoli sembrano rispetto a noi indietro di uno o due secoli, come i tedeschi sembrano avanti di uno o due (e forse di più).

[...]

Núm. 96 (pp. 190-192). Giuseppe a Salvatore Majorana Calatabiano.

Madrid 12 aprile 1890.

Carissimo Papà,

Oggi non ho ricevuto lettere, così che l'ultima che ho avuta è quella dell'8. –Salute ottima.– Non è difficile che oggi, affrettando molto, si terminino i lavori della Conferenza. Vi sarebbe sempre una seduta di chiusura, per la firma dei protocolli, lunedì. Noi (io e Puccioni) prima di lasciare Madrid, faremo delle gite a Toledo e all'Escorial, in ferrovia, per le quali i membri della Conferenza abbiamo ricevuto biglietti di libera circolazione nelle ferrovie, valevoli fino al 3 maggio. Si potrebbe partire definitivamente da Madrid giovedì. Ma naturalmente prima di partire telegraferò.

Oggi sono stato all'Università, e vi ho trovato accoglienze cordiali e splendide. Una gran quantità di studenti stanziana davanti l'Università. Molti erano dentro. Molti portavano il costume degli studenti. Vi erano i portoghesi, con grandi toghe nere e nastri gialli e rossi alla spalla destra. Io entrai e chiesi del Rettore. Non vi era. Chiesi del «señor decano de la facultad de derecho». Non vi era nemmeno. Ma sopraggiunse dopo poco. Era nientemeno che il senatore Comas, noto per progetti di riforma del «codigo civil» e professore di diritto civile. L'usciera gli annunciò la mia visita. Entrai subito, e gli diedi una mia carta. Mi fece la maggiore accoglienza, e si mise a mia disposizione. Sopravvennero i professori di diritto romano e mercantile, e furono fatte le presentazioni. Sopravvenne quello di economia politica e statistica. Questi entrava in lunghissima toga nera, perchè finiva di dar la lezione. Il preside (decano) andava a darla; pure si volle trattenere alquanto per farmi compagnia. Voleva accompagnarmi nella visita dei locali. Ma l'Olèzaga [*sic* por José María Bustamante de Olózaga] (professore di economia politica) si profferì di sostituirlo. Il Comas allora mi invitò per domani a una colazione in casa sua. Disse che per farmi onore avrebbe anche invitato degli altri italiani. Io risposi che essendo ospite del marchese Maffei e avendo molto lavoro per la Conferenza non potevo impegnarmi, ma ringraziavo ecc. Mi furono fatte molte insistenze e finii per promettere che sarei andato, riservandomi però di farlo avvertire entro oggi, se per alcuna ragione non [aves]si potuto. Ci separammo molto cordialmente. Il professore di economia mi condusse indi per tutti i locali dell'Università; e ve ne sono bellissimi, per esempio il Paraninfo antico, grande sala (come una chiesa) per le solenni inaugurazioni. Mentre si girava, si parlava di economia. Mi disse che non aveva letto le sue opere (di Lei), per non averle

potuto avere, ma di averle viste «muy citade». Io parlava da principio francese. Ma egli era molto imbarazzato a rispondere in quella lingua. Ci accordammo che egli avrebbe parlato spagnuolo, e io italiano (ma un italiano un po' spagnolizzato), e c'intedemmo benissimo. Dopo l'Università mi fece vedere le scuole di seconda insegnanza, (liceo e ginnasio). E poi mi condusse in carrozza alla Reale accademia di giurisprudenza e legislazione. Fu sempre di una cortesia squisita. Mi venne ad accompagnare fino all'ambasciata; e oggi mi deve mandare le sue «obras»¹⁰⁸. Desidera che io vegga gli istituti giudiziarii; e lo farò, se troverò un po' di tempo. Egli aspetta mio avviso per venirmi a prendere all'uopo. A domani gli farò una visita.—Naturalmente domani andrò alla colazione del preside. Ne ho parlato oggi al marchese e a Puccioni ma s'intende per formalità. Ci siamo accordati per la gita ai tori, dopo la colazione.—Stasera pranzo del ministro del Fomento, al palazzo del ministero delle finanze. Domani sera ricevimento della Regina a Corte.

Termino questa lettera cominciata all'ambasciata, nella sala della Conferenza. Abbraccio tutta la famiglia con lei e sono suo affezionato figlio.

Núm. 99 (pp. 195-198). Giuseppe a Angelo Majorana.

Madrid 13 aprile 1890.

Caro Angelo,

[...]

Stasera avremo la festa della Regina. Ieri andai all'Università. Accoglienza quale non mi sarei mai immaginata. Io potrei dire con Virgilio: «Fannomi onore, e di ciò fanno bene». Ma mi limito alla prima proposizione, la quale è incontestabile. L'Università di Madrid conta 8.000 studenti. La trovai circondata da un nugolo di studenti: molti dei quali con lo storico costume, che porta la cucchiara al cappello. Vi erano anche degli studenti portoghesi, con lunghe toghe nere e nastri gialli e rossi alla spalla. Taluni, secondo il costume tradizionale, non portavano cappello. Intorno intorno non si udivano che musiche di organetti e flauti. Gli studenti ascoltavano e catarellavano. Io ammirava; e non essendo ancora le 10 entrai nella bottega di

¹⁰⁸ Cfr. *Curso de economía política explicado por... D. Melchor Salvá. Escrito con arreglo a las anotaciones de cátedra y con la colaboración de dicho profesor por... José M.º de Olózaga y Bustamante y Fermín Castaño González*, Imp. de José Perales y Martínez, Madrid, 1881; también, *Tratado de Economía Política, conforme á las doctrinas, con el concurso y colaboración del Illmo. Sr. Dr. D. Melchor Salvá...* I-II, Imp. de José Perales y Martínez, Madrid, 1888-1889.

un barbiere; dove fui raso con cura impareggiabile. Indi attraversai la folla ed entrai nell'Università. Salii per il grande salone, e chiesi del Señor Rettore. Non c'era. Allora domandai del Señor decano de la facultad de derecho. Fui annunciato e trovai un vecchio molto rispettabile, che mi fece grandi accoglienze. Era il senatore Comas (credo quello del povero Cimbali). E siccome avevo fatto passare una mia carta, e avevo detto a uno dei tanti bidelli che ero un «cattedratico de Italia» subito la notizia si diffuse, e gli studenti fecero un gran circolo. Non ho tempo di narrare le cortesie del decano (presidente). Conobbi i professori di derecho romano e di derecho mercantil. Sopravvenne quello di economia politica y estadística. Il quale si mise, come il Comas, a mia disposizione. Il Comas m'invitò a un lunch che egli darà oggi in mio onore, in sua casa. Mi disse che avrebbe anche invitato degli italiani per farmi onore. Indi, il professore di economia politica mi condusse per tutti i locali dell'Università. Dovunque faceva aprira le porte, annunciando è tra noi «un señor catedratico de Italia». Mi fece osservare molti istituti scolastici, e mi condusse alla Real Academia di giurisprudencia y legislation fondata da Carlo III. Poi mi venne ad accompagnare all'ambasciata.

Ieri a sera mi mandò le sue opere.

[...]

Núm. 101 (pp. 200-202). Giuseppe a Angelo Majorana.

Madrid 13 aprile 1890.

Carissimo Angelo,

Ore 7. Alle 7 ½ andremo a pranzo. La corsa dei tori per oggi è andata a monte: causa la pioggia, discesa improvvisamente. È stata rinviata a domani. E per Madrid è un grande avvenimento. Stasera, dalla Regina. Essa ci ha invitato a prendere un tè. Vedremo. Ieri sera io l'avevo di fronte, a tavola, dipinta in un gran quadro, col suo bambino re in braccio. Oggi lunch dal senatore Comas. Come ho scritto a Roma è durato a lungo, ed è stato sontuosissimo. Quanto all'accoglienza e cordialità spagnuola, non credevo potesse arrivare a tanto: specie trattandosi di uno straniero che senza alcun precedente è introdotto nel seno della famiglia. Eravamo a tavola, io, il Comas, suo figlio (che sostituisce all'Università quel Santa Maria che ho conosciuto a Berlino, e al quale ho promesso le tue opere, come anche al Comas figlio), un diplomatico, marito di una sorella della moglie del figlio di Comas, sua moglie, la nuora di Comas, tre o quattro signorine, qualche altra signora, e una vecchia signora di 82 anni, ben portati come la madre della signora Cirmeni. Durante il lunch, regnò la più schietta «entente» e buon umore. Si parlavano

tutte le lingue. Nessuno, meno il diplomatico, conosceva l'italiano, ma le signore, almeno alcune, lo intendevano abbastanza bene, e poi lo contavano... Essendo sopravvenuto un tedesco, cominciammo a parlare della Germania in tedesco. Ma le signore si ribellarono...

[...]

Prima di passare nella sala delle signore e a tavola, col Comas avevo avuto una lunga conversazione di cose scientifiche. Mi diede il suo progetto di riforma del Código Civil e vi scrisse sopra «al Dottissimo» professore, ecc. Mi diede anche un suo progetto di legge circa la responsabilità dei magistrati. Mi chiese e gli parlai delle leggi italiane in proposito ¹⁰⁹. Io era contrario alla sua tesi, che è di stabilire sanzioni civili e penali per i magistrati che pronunciano erronee sentenze. Ma gli dissi che questa tesi è logica, in base alla legislazione spagnuola. Gli soggiunsi che secondo me, in ogni caso, deve restringersi, rispetto al suo progetto, il vincolo della responsabilità, ecc. Il Comas è davvero una persona eminente... Francamente, io sono rimasto stupito dell'accoglienza che questi professori di Università mi hanno fatto. Dovrei parlare a lungo del professore di economia politica e statistica. Credevo che tali belle accoglienze fossero una prerogativa della Germania. (Ti son note le feste fattemi a Berlino da Schmoller e da Wagner: io ne ho scritto più largamente a Roma.) Ma qui ho trovato anche qualcosa che somiglia all'ammirazione che si prodiga per le cose grandi. Dal resto qui hanno una idea molto elevata del valore degli italiani nell'economia e nel diritto.

[...]

Núm. 110 (pp. 220-224). Giuseppe a Salvatore Majorana Calatabiano.

[...]

Siviglia 19 aprile 1890.

[...]

La sera, le strade principali restano molto belle illuminate, anche per il lume dei negozii. E la gente vi circola (ieri sera in gran quantità)

¹⁰⁹ Cfr. «Responsabilidad judicial», en *El País* [Madrid], 11 de marzo de 1890, p. 1. La proposición de Comas, entonces senador vitalicio y antes (desde 1881-1882) elegido por el claustro universitario de Valencia, en *Diario de Sesiones* (Senado), núm. 111, 10 de marzo de 1890, p. 1866; texto completo y encartes en Apéndice I, pp. 1-40. Hay que precisar que la fracasada iniciativa traía causa de la deleznable actuación de autoridades penitenciarias y judiciales en el célebre crimen de la calle de Fuencarral (1888): vid. Joaquín RUIZ GIMÉNEZ, *Recuerdos de un proceso famoso. El crimen de la calle de Fuencarral*, Impta. de Juan Pueyo, Madrid, 1929, p. 60 sobre una excelente proposición –la iniciativa de Comas– que «en el archivo debe dormir el sueño de los justos».

come se fosse nell'interno di una medesima casa. Ieri sembrava che tutta Siviglia si fosse preparata per andare a un ballo. Ed era enorme il distacco con le nostre popolazioni, e anche con Madrid. Pare che qui si trovi la vera Spagna. Stamane andrò a trovare gli amici del Comas. In una lettera, diretta al signor Antonio Susillo, artista qui celebre, il Comas dice che il suo amigo y profesor italiano de Messina ecc. passa a Sevilla para ver sus maravillas; e lo prega (il Susillo) «de acompañar[r]lo per esa ciudad encantadora». Meriterebbe poi esser trascritta la lettera che l'Olozaga ha scritto al signor Conte di Sabasona, professore di economia politica e statistica a Sevilla. Vi si dice che «el ilustre profesor», io, «pasa a Sevilla... nombrado representante de su pais en las Conferencias internacionales de Berlin y Madrid... ora visita Andalucía para conocer sus ciudades en quanto de notable bajo el punto de vista científico ensierra»...

[...]

Núm. 125 (pp. 244-246). Giuseppe a Salvatore Majorana Calabiano.

Granada 25 abril de 1890.

Carissimo Papà,

Sono arrivato a Granada ieri sera dopo le 9; con molto ritardo del treno. Ho preso alloggio alla Fonda de la Victoria –consigliatami dalla famiglia del Regio Procuratore di Granada, che entrò nel mio compartimento a Bobadilla; dove ne scesero alcuni signori francesi coi quali avevo viaggiato da Malaga, e che andavano a Cordoba–. Per via naturalmente attaccai conversazione con la famiglia spagnola: una madre (moglie del regio procuratore), una figlia, maritata a un inglese, un niño de 15 mesi (che cominciò a desiderare i piccoli volumi della Biblioteca selecta española che io aveva –e di cui finii per dargliene uno, che miracolosamente poi tornò intatto a me)– e un figlio, che tornava da Madrid dove aveva cominciato certi esami per entrare nella carriera giudiziaria. Per avventura, nella Commissione esaminatrice di costui, a Madrid, si trovano due cattedratici, fra cui Melchior Salvà, professore di economia politica y estadística, che io conosco per mezzo dell'Olozaga, altro professore della stessa materia. No[n] tardai a comprendere come quello (il viaggiatore di Granata), sentendo che io conoscevo questi signori, desiderasse una qualche mia raccomandazione per i medesimi. E però mi fu largo di «attenzione», si mise a mia disposizione, e mi diede tutte le notizie che volli su Granada. È sempre bene conoscer della gente in queste contrade.

Stamane ho visitato il professore di derecho internacional O. A. [sic por Manuel] Torres Campos, per il quale avevo una lettera dell'Olozaga. Fra poco il prefatto professore verrà da me e andremo insieme all'Università e, se potrà essere, insieme all'Alhambra. Se no andrò io solo... È la cosa più interessante di Granada...

[...]

Núm. 126 (pp. 247-248). Giuseppe a Salvatore Majorata Calatabiano.

Granada 25 de abril 1890.

Carissimo Papà,

Scrivo dopo pranzo = ore 7 ½ = un pranzo magnifico – nella Fonda de la Victoria – Dopo che scrissi oggi, venne il Torres Campos, e adammo insieme all'Università. Quivi conobbi il professor [Jerónimo] Vida, attualmente incaricato di economia politica e statistica, penalista, persona cortesissima ¹¹⁰. Il Torres e il Vida, e un terzo, che conobbi, il señor [Antonio] Rosales [Pavia] mi fecero osservare tutta l'Università, donandomi – oimè! – non pochi volumi della medesima (discorsi inaugurali, statistiche, storie, ecc. ec. ec.). «Despues» il Torres Campos e il Vida andarono alle loro lezioni (trattandosi di ripetizioni – le lezioni son già terminate – non assistetti alle medesime). Il signor Rosales invece si offerse di farmi da guida nella visita di alcune meraviglie di Granada. E andai con lui dandoci appuntamento per le 3 con il Torres e il Vida per andare all'Alhambra. Il Rosales da prima mi condusse in casa sua, per farmi ammirare un quadro di molto valore che egli possiede. In casa sua ammirai il quadro, ebbi in dono un'opera di economia politica del mio ospite, lodai molto un suo niño che tiene la misma etad del rey Alfonso XIII, e poi avendo egli fatto attaccare la sua carrozza uscimmo insieme...

[...]

Il Vida possiede le opere di Angelo, per averle comprate. Stamane dopo la mia visita il Torres lo avvisò della mia presenza e il Torres dubitò si trattasse dell'autore del *Parlamentarismo*. Lo ho edotto sul vero stato delle cose, e gli ho promesso l'ultimo libro sullo *stato giuridico*, che egli non possiede ¹¹¹.

¹¹⁰ JERÓNIMO VIDA, en realidad titular de Derecho Político (permutó esa cátedra con Dorado, quien pasó así a la de Derecho Penal en Salamanca) fue traductor de Pasquale Fiore (*La personalidad jurídica de los entes morales y del Estado en el interior y en el extranjero*, Madrid, Revista de Legislación, 1895) y colaborador de la *Rivista internazionale di scienze giuridiche* (Enrico Serafini, dir.), 1892-1893 (cf. Carlo Mansuino, *Periodici giuridici italiani, 1850-1900. Repertorio*, Giuffrè, Milano, 1994, p. 252).

¹¹¹ Angelo MAJORANA, *Del Parlamentarismo: mali, cause, rimedi*, Roma, 1885; del mismo, *Il sistema dello Stato giuridico*, Roma, 1889.

All right.
L'abbraccio con tutta la famiglia.
Affettuosamente.

Núm. 128 (pp. 250-252). Giuseppe a Salvatore Majorana Calatubiano.

Andalusia, da Granada a Cordoba 27 abril 1890.

[...]

Ieri sera il concerto di Granada fu splendidissimo. Conobbi ivi il rettore dell'università; médico che gode gran riputazione, e molti altri che mi fecero festa. Vi era tutta l'high life di Granada con circa 150 signore: un avvenimento per Granada. Il Torres Campos, il Vida, il Blanco ¹¹², il Marín, e altri o professori dell'università o artisti mi colmarono di cortesie. Dopo pranzo mi rilevarono all'albergo. Passeggiammo un pezzo. E di poi ci riducemmo al Centro Artistico. Poi vennero ad accompagnarmi all'albergo. Mezzanotte non si faceva più aspettare. Mi hanno dato molte lettere per Salamanca.

[...]

Núm. 131 (pp. 254-256). Giuseppe a Salvatore Majorana Calatubiano.

Salamanca 1 mayo de 1890.

[...]

Giunsi Medina all'1 e 1/2; lasciai il treno express in cui viaggiavo (non l'expresso de lujo), e presi il treno di Salamanca. Dove giunsi alle 4, presi albergo alla Fonda del Comercio –la prima della città– e dormii fino alle 8. Allora mi levai e uscii. Andai dall'Università. Avevo una lettera per il Rettore. Ma questi dava lezione. Ne avevo altra per Benito, professore di derecho mercantil, ma questi non è in Salamanca¹¹³. Un bidello mi accompagnò alla casa del professore Peña, di economia politica al quale avrebbe dovuto presentarmi il rettore, secondo la lettera che avevo per questo. Il Peña mi fece le più cordiali accoglienze; si vestì, e cominciò a girare meco per mostrarmi tutte le meraviglie della città. Fummo all'Università. Visitai ivi il rettore, che mi fece

¹¹² El mercantilista Francisco Blanco Costans había traducido a Cesare VIVANTE (*Derecho mercantil*, La España Moderna, Madrid, 1884).

¹¹³ Lorenzo de Benito y Endara fue traductor (adaptador) de Agostino RAMELLA (cf. *Tratado de la correspondencia en materia civil y comercial, seguido de un estudio referente a la legislación española*, Reus, Madrid, 1897) y de David SUPINO (*Derecho Mercantil*, La España Moderna, Madrid, 1895).

accoglienze magnifiche. Le ultime cose che mi disse furono: «Sabe Usted que aqui tiene en mi un su servidor». Nella celebre biblioteca di Salamanca, piena di preziosi manoscritti e rari incunaboli, richiesero la mia firma, nell'albo dei visitatori distinti. Ni diedero l'annuario ultimo. Il Peña poi mi portò una sua grossa opera di «hacienda» (finanza) ¹¹⁴. Continuammo il giro: oramai in tre, essendosi aggiunto a noi il professore Dorado [Montero], che un tempo studiò a Bologna.

[...]

II. *Cartas de Giuseppe y Angelo Majorana a Pedro Dorado Montero, [1892]-1894*

El Archivo Universitario de Salamanca conserva el epistolario del famoso penalista, figura principal en esta historia de recepción y difusión de doctrinas italianas en la España del fin de siglo, Pedro [García] Dorado Montero. Contamos además con un catálogo provisional de ese interesante material ¹¹⁵. Abundan allí las cartas remitidas por colegas de Italia (Roberto Ardigó, Gino Arias, Gaetano Araldi, Carlo D'Adossio, Eduardo Cimbali, Mario Carrara, Ugo Conti, Pietro Cogliolo, Francesco Cosentini, Giorgio Del Vecchio, Riccardo dalla Volta, Enrico Ferri, Lino Ferriani, Alessandro Levi, Achille Loria, Arturo Rocco, Giuseppe Salvioli, Alfredo Tortori, Icilio Vanni...), muchas relativas al intercambio y la procura de publicaciones y, en particular, a las traducciones que Dorado Montero realizaba por cuenta de Reus y su *Revista de Legislación* o de Lázaro y su *España Moderna* (Giuseppe D'Aguanno, Emanuele Carnevale, Raffaele Garofalo...). Entre todos esos personajes opto ahora por los dos hermanos Giuseppe y Angelo Majorana (seis cartas o tarjetas manuscritas), completando de este modo el contenido del apéndice anterior. Advierto finalmente que el estado de los textos deja que desear, uniéndose a la dura mano de los Majorana (sobre todo, la del locuaz Giuseppe) restos del tampón postal y de manchas de tinta; por fortuna para todos, Cristina Vano (Nápoles) ha revisado y enriquecido mi transcripción.

¹¹⁴ Teodoro PEÑA FERNÁNDEZ, *Tratado de Hacienda Pública*, Hijos de J. Pastor, Valladolid, 1887.

¹¹⁵ Archivo Universitario, *El epistolario de Dorado Montero*, Salamanca, 1987. Cf. Luis S. GRANJEL y Gerardo SÁNCHEZ-GRANJEL SANTANDER, *Cartas a Dorado Montero*, Salamanca, 1985, sin mucha información sobre nuestras cuestiones.

1. Angelo Majorana a Pedro Dorado Montero
(AUS, Fondo Dorado IV 25 2).

Catania, 21 agosto 1892.

Illustre Professore,

Ho ricevuto il fascicolo della *Revista* in cui si contiene l'articolo di Lei sulla mia *Sociologia*¹¹⁶. La ringrazio vivamente della benevolenza che mi ha dimostrato e che mi è cagione di conforto e di orgoglio. Ella ha perfettamente compreso quale è stata la mia principale intenzione nello scrivere quel libro: cioè fare una sintesi dei principi che regolano le scienze sociali. Mi riservo in altri lavori speciali, cui attendo, svolgere particolarmente le speciali teorie.

Mi pregio inviarle un altro mio scritto sullo *Stato giuridico*¹¹⁷ (in Germania si dice *Rechtsstaat*) che forse Le riuscirà interessante, essendo Lei professore di diritto politico. Anch'io sono professore di diritto costituzionale; e sono ben lieto di esserLe collega.

Se Ella mi potesse inviare qualcuno dei suoi libri, io La ringrazierei veramente. In Italia cominciasi a studiare la letteratura scientifica spagnuola; ed è bene che la si studii sempre più, potendosi attingere molto di bene.

Scusi se Le scrivo in italiano, non potendo scriverle in spagnuolo: la quale lingua, del resto, io leggo e comprendo bene, come molti italiani.

La ringrazio distintamente e coi sensi di più perfetta osservanza ed anche cordiale amicizia io Le conforme suo
afft. dev. collega

Angelo Majorana.

2. Giuseppe Majorana a Pedro Dorado Montero
(AUS, Fondo Dorado IV 25 1).

[Catania, 12 ott. 92].

Illustre Colega e Signore,

Ho avuto il suo libro, che Ella ha gentilm[ent]e diretto a mio fratello, e l'ho subito subito letto per la parte sociologica¹¹⁸. Terminerò oggi stesso di leggere il resto. Le fo anzitutto le più vive

¹¹⁶ Angelo MAJORANA, *Primi principi di sociologia*, Roma, 1891. Cf. Pedro Dorado, «Problemas de sociología política», *RGLJ*, 81 (1892), pp. 346-372.

¹¹⁷ *Il sistema dello Stato giuridico*, Roma, 1889.

¹¹⁸ Cf. «El positivismo en la ciencia jurídica y social italiana», *Revista de Legislación*, Madrid, 1891. Cf. Segunda parte, pp. 36 ss sobre «el joven profesor de Economía en la Universidad de Catania, José Majorana Calatabiano».

congratulazioni per la sua opera, e ringraziamenti per la benevolenza con cui si occupa delle cose d'Italia e delle mie. Ella mi dà dell'esagerato individualista. Cercai contemperare col principio di libertà e responsabilità quello sociale. Le vedute biologiche e sociologiche non poterono nelle leggi naturali aver largo sviluppo. Ma nel libro che le invio sulle Popolazioni le ho messe più in rilievo ¹¹⁹. Questo libro le raccomando, e a suo tempo sarò fortunato d'aver la sua critica. La Spagna lavora, e l'Italia ne segue i progressi. Lei abbia intanto una cordiale stretta di mani dal suo afft.o

Gius[epp]e Majorana.

3. Angelo Majorana a Pedro Dorado Montero
(AUS, Fondo Dorado IV 25 3).

Catania 25 ott. 92.

Illustre collega,

Ho ricevuto le sue due gentilissime cartoline, di giunta al suo interessantissimo volume sul *Positivismo in Italia*. È veramente ammirevole come Ella conosca profondamente il nostro movimento scientifico e come lo giudichi con forza e direttura di criterio. Mi duole ch'Ella non mi abbia potuto spedire la prima parte – Non si dimentichi di me in occasione di pubblicare libri scientifici, perchè con vero desiderio ne informerei la stampa italiana. La ossequio dichiarandomi suo dev.mo

Angelo Majorana.

4. Angelo Majorana a Pedro Dorado Montero
(AUS, Fondo Dorado, IV 25 6).

Catania, 15 luglio 94.

Illustre Collega ed amico,

La ringrazio del cortese dono dei suoi *Problemas jurídicos contemporáneos*, che ho letto con grandissimo interesse e profitto ¹²⁰. Anzi, appunto perciò ho tardato a risponderle, perchè desideravo prima leggere il suo lavoro; per il quale non esito a manifestarle le più cordiali mie felicitazioni, perchè è nova prova dell'ingegno sottile e della grande coltura di Lei.

¹¹⁹ Giuseppe MAJORANA, *Principio della popolazione*, Roma, 1891. Cf. *Le leggi naturali dell'economia politica*, Roma, 1890.

¹²⁰ La España Moderna, Madrid, [1894].

Ne parlerò in qualcuna delle Riviste scientifiche d'Italia, ed avrò il piacere di mandargliene copia.

In pari tempo Le invio la mia *Teoria Sociologica della costituzione politica*¹²¹, con preghiera di portarvi sopra la sua benevola attenzione e d'esprimermi il suo parere in proposito, come già fece nei i miei *primi principii di Sociologia*.

Con molti affettuosi saluti ed ossequi, mi è grato confermarmi afft. dev.mo suo

Angelo Majorana.

5. Giuseppe Majorana a Pedro Dorado Montero
(AUS, Fondo Dorado, IV 25 5).

Roma 28 luglio '94.

Caro amico e Collega,

Dalla Sicilia mi giunse il suo ultimo volume *Problemas jurídicos contemporáneos*; e la ringrazio per il cortese pensiero d'avermelo inviato. Io l'ho già letto e non mi resta che congratularmi con Lei per la sua inesauribile e felice attività; e anche ringraziarla, come italiano, per l'amore con cui continuam[en]te si occupa delle cose nostre. Io sarò tra breve di nuovo in Sicilia, e colà fo conto d'occuparmi del suo pregevole libro. Intanto mi è cara l'occasione per confermarmi suo aff.to

Giuseppe Majorana.

6. Angelo Majorana a Pedro Dorado Montero
(AUS, Fondo Dorado IV 25 4).

Catania 24 XII [18]94.

Illustre professore,

La ringrazio, anche a nome di mio fratello Giuseppe, del cortese invito di collaborare nel nuovo periodico¹²². Accetiamo ben volentieri, riservandoci di portarvi il nostro modesto contributo.

Con più affettuosi e cordiali saluti mi confermo suo dev.mo

Angelo Majorana.

¹²¹ Torino, 1894.

¹²² Se trata de la *Revista de derecho y Sociología*, publicada de enero a junio de 1895 (sin contribuciones de los Majorana), bajo la dirección de Adolfo Posada; el profesor salmantino, auténtico co-director, utilizó su amplia red internacional para ganar colaboradores. Cf. Gerardo SÁNCHEZ-GRANJEL SANTANDER, *Dorado Montero y la «Revista de Derecho y Sociología»*, Salamanca, 1985.

Propiedad privada y libertad contractual en la Constitución polaca de 1997: algunas consideraciones ¹

NURIA MAGALDI
Universidad de Barcelona

1. INTRODUCCIÓN

La nación polaca goza de una amplia tradición constitucional que se cuenta entre las más antiguas de Europa ². De hecho, Polonia puede enorgullecerse de ser el primer país europeo (y el segundo en el mundo, tras los Estados Unidos de América) en dotarse de una Constitución escrita, la Constitución de 3 de mayo de 1791 ³,

¹ Este trabajo constituye la versión castellana, modificada y cerrada en diciembre de 2003, del trabajo presentado bajo el título «*Zivilrechtliche Aspekte der neuen polnischen Verfassung*» en el seminario para estudiantes de Derecho titulado «*Europäische Rechtsangleichung und Integration im Ostseeraum*», realizado durante el curso 2001-2002 en la Ernst-Moritz-Arndt Universität Greifswald, y en el que participé durante mis estudios en la citada universidad, como becaria de La Caixa-DAAD, en el marco del programa académico para la obtención del grado Magister Legum (LL.M.).

Respecto de la versión aquí presentada, es preciso realizar algunas matizaciones previas. En primer lugar, conviene señalar que, por cuestiones idiomáticas, las fuentes manejadas son alemanas. En este sentido, los textos legales polacos citados han sido traducidos al castellano a partir de las traducciones alemanas con las que trabajé y que son las siguientes: *Polnische Wirtschaftsgesetze. Aktuelle Gesetzestexte in deutscher Übersetzung*. Warszawa: Beck; München: Beck, (2001). ROGEMANN, H. (Hrsg.) *Die Verfassungen Mittel- und Osteuropas*. Berlin Verlag (1999). Los preceptos del Código Civil en su redacción de 1964 se han obtenido del artículo de RYNKOWSKI, M./SOJA, M., *Zivilrechtliche Aspekte der neuen polnischen Verfassung*, ROW 6/1998 (pp. 235-239).

Se ha intentado actualizar en la medida de lo posible este trabajo; sin embargo, quiere llamarse la atención sobre la escasez de literatura existente en España sobre esta materia y sobre la imposibilidad de consultar publicaciones periódicas especializadas en Derecho de los países del Este y muy especialmente las revistas alemanas ROW (Recht in Ost und West), así como la JOR (Jahrbuch für Ostrecht).

² JANICKI, L., *Fragen der polnischen Verfassungsgeschichte*, ROW 7/1995 (pp. 207-212), p. 207.

³ Esta Constitución no puede, ciertamente, equipararse a una Constitución democrática en el sentido actual del término, pues no rompía aún con la supremacía de los nobles. Sin embargo, sí otorgaba a los ciudadanos determinados derechos políticos y concedía a los campesinos la protección del Estado. JANICKI, L., *Fragen der... op. cit.*, pp. 207 y 208.

si bien ésta, por avatares históricos, no llegó nunca a entrar en vigor. En efecto, la tercera partición de Polonia, acaecida en 1795, supuso la desaparición de este país del mapa geográfico europeo, al cual regresó tan sólo 123 años después. Esta tradición constitucional, bruscamente interrumpida, se reanudará mediante un nuevo texto constitucional, aprobado poco después de que Polonia recuperara de nuevo su independencia con la paz de Riga (entre Polonia y la Unión Soviética). Dicha Constitución recibió el sobrenombre de «*Constitución de marzo*» y fue aprobada el 17 de marzo de 1921. Se trataba de un texto constitucional moderno y democrático, que contenía un importante catálogo de derechos y libertades. Bajo el gobierno del general Pilsudskis fue reformada (agosto de 1926) y poco después sustituida por una nueva Constitución, la denominada «*Constitución de abril*» de 23 de abril de 1935. Esta última, si bien mantuvo esencialmente los derechos y libertades que la Constitución de 1921 reconocía a los ciudadanos, establecía por lo demás un sistema fuertemente presidencialista y de carácter marcadamente autoritario.

Como inmediata consecuencia de la Segunda Guerra Mundial, Polonia cae bajo la influencia de la Unión Soviética. El Manifiesto del Comité polaco de Liberación Nacional decidió apartarse de la Constitución de 1935 para engarzar con la más democrática Constitución de 1921, cuyos principios básicos debían continuar vigentes mientras se procedía a la elaboración de un nuevo texto constitucional cuya redacción se encomendaba al Congreso o *Semj*. No fue, sin embargo, hasta el 5 de julio de 1952 cuando se aprobó una nueva Constitución *strictu sensu*: ésta, inspirada en la Constitución de la URSS de 1936, se basaba en la unidad de poderes y el principio del centralismo democrático, así como en los principios de la dictadura del proletariado, en el prioritario rol dirigente del partido comunista así como en la dirección de la vida y las necesidades sociales y económicas a través de la planificación centralizada ⁴. Esta Constitución tuvo una vigencia que se prolongó, al menos en su esencia y principios básicos, durante más de cuarenta años, siendo sólo derogada por un nuevo texto constitucional en 1992 ⁵.

La Constitución de 1992 recibió el nombre de «*Pequeña Constitución*» y fue aprobada el 17 de octubre, entrando en vigor el 8 de

⁴ JANICKI, L., *Fragen der...*, op. cit., p. 209.

⁵ Si bien es cierto que ya en los años ochenta se introdujeron en la misma Constitución algunos cambios de cierta relevancia. En este sentido, no debe olvidarse que en Polonia la transformación del sistema y la transición hacia un nuevo régimen se iniciaron prematuramente con la creación del sindicato «Solidaridad» y la importante ola de huelgas que tuvieron lugar en agosto de 1980. En este sentido véase: ZAWADZKA, B., *Aktuelle Streitfragen der polnischen Verfassungsdiskussion*, ROW 6/1996, (pp. 141-147), pp. 141 y 142.

diciembre. Se pretendía sin duda alguna que fuese una Constitución provisional, y aspiraba, por ello, a regular tan sólo las relaciones entre poder legislativo y poder ejecutivo, rompiendo definitivamente con el principio de unidad de poderes característico del periodo anterior. Debido a esta provisionalidad, la Constitución de 1992 carecía enteramente de un catálogo de derechos fundamentales, así como también de normas reguladoras de los ámbitos regional y local ⁶.

La Constitución de 1997, promulgada el 2 de abril y aprobada en referéndum el 25 de mayo de ese mismo año, entra en vigor finalmente el 17 de octubre, acabando de esta forma con más de ocho años de proceso constituyente ⁷ no exento de discusiones y desencuentros entre las distintas fuerzas políticas y los distintos grupos y sectores sociales. El proceso constituyente fue ciertamente largo y generó vehementes discusiones. La Constitución puede, precisamente por ello, considerarse fruto de un compromiso político y, por lo tanto, una Constitución de compromiso, claro reflejo del pluralismo de la sociedad polaca ⁸.

La nueva Constitución polaca es, en definitiva, un texto constitucional moderno; sin duda alguna, una obra normativa a la altura de otros textos europeos por lo que a *standard* de derechos y garantías constitucionales se refiere ⁹. Sin embargo, no puede pasarse por alto el hecho de que, para poder hablar de un sistema jurídico continental contemporáneo, el legislador no puede limitarse al ámbito constitucional. La Constitución es presupuesto indispensable

⁶ JANICKI, L., *Fragen der...*, op. cit., pp. 211 y 212.

⁷ Ampliamente detallado en: DIEMER-BENEDICT, T., *Die Grundrechte in der neuen polnischen Verfassung*; ZaÖR 1998 (pp. 205-264), pp. 223-226.

⁸ Ello explica posiblemente la extraordinaria longitud del texto y, sobre todo, del preámbulo, claro reflejo de los valores en torno a los que giró el debate constitucional: patria, Nación Polaca, soberanía, Dios, verdad, justicia, belleza, democracia, igualdad, agradecimiento y respeto a los antepasados, lucha por la independencia, cultura, herencia cristiana, el valor de la familia, el principio de responsabilidad ante Dios y ante la propia conciencia, entre otros. Sobre este tema con más detalle véase: ZAWADZKA, B., *Aktuelle Streitfragen...*, op. cit., pp. 144-146, así como también GARSZTECKI, S., *Polnisches Rechtsbewusstsein und polnischer Rechtsdiskurs in Zeiten des Wandels* (pp. 231-244) y WINCZOREK, P., *Die neue Verfassung der Republik Polen: ein Streit um Werte*, (pp. 279-295), ambos en la obra colectiva AAVV: *Recht und Kultur in Ostmitteleuropa*. Tremmen Verlag, Berlin (1999).

⁹ FREYTAG, G., *Die Verfassung der Republik Polen vom 2. April 1997 im Spiegel des gesamteuropäischen Verfassungsstandards*, ROW 1/1998 (pp. 1-14), pp. 5 y 13. El artículo merece una especial consideración por el minucioso análisis que realiza del conjunto del texto constitucional. Por su parte, SCHNAPP va incluso más allá al afirmar que los principios propios del Estado de Derecho y los derechos y libertades de los ciudadanos están tan sólidamente anclados y expresamente establecidos en la Constitución polaca que «no todos los Estados Miembros de la Unión Europea disponen de constituciones que alcancen dicho standard». Sobre ello véase SCHNAPP, F., *Das Rechtsstaatsprinzip in der Verfassung der Republik Polen*, Osteuropa Recht: Gegenwartsfragen aus den Rechten des Ostens, 3/2001 (pp. 171-183), p. 183.

ble y esencial punto de partida, pero debe ser concretado por el legislador a través de leyes; leyes que deben realizar, garantizar y desarrollar el contenido de la misma.

No nos cabe duda de que el nuevo texto constitucional polaco representa, en este sentido, un magnífico punto de partida para ello. En el presente trabajo se pretende documentar esta última afirmación mediante el análisis, desde el mismo texto constitucional, de dos aspectos esenciales de todo sistema de Derecho Civil ¹⁰, como son la institución de la propiedad privada y la libertad contractual. Como veremos, la Constitución de 1997 contiene numerosos preceptos de Derecho Civil que, por su parte, están siendo eficaz y diligentemente desarrollados e implementados por el legislador ordinario, si bien el sistema está aún en fase de transformación y dista mucho de poder considerarse como plenamente consolidado.

2. UNA PRIMERA APROXIMACIÓN AL DERECHO CIVIL POLACO

Antes de entrar en el análisis concreto de los aspectos de Derecho Civil a los que hemos hecho referencia anteriormente, creemos conviene realizar una panorámica general sobre la situación actual en materia de Derecho Civil así como también sobre su evolución histórica.

La situación del Derecho Civil en lo que se configuró como Polonia en 1918 era ciertamente complicada. En efecto, en los territorios que entonces se unieron nuevamente para conformar Polonia regían, en aquel entonces, cinco ordenamientos jurídico-privados distintos: en la parte central del país estaba en vigor, desde 1808, el *Code Civile* francés, en la parte más oriental (las regiones que en 1795 se había anexionado Rusia) se aplicaba el X libro del *Svod Zakonov* (una recopilación jurídica rusa que databa en buena parte del siglo XXVII), en el Oeste (es decir, en aquellas regiones que en 1795 pasaron a formar parte de Prusia) regía desde 1900 el BGB alemán, en el Sur se aplicaba el ABGB austriaco de 1811 y, por último, en la pequeña región sureña denominada *Cieszyn* y *Orawa* se regían todavía por el viejo y no codificado Derecho Civil húngaro ¹¹.

¹⁰ RYNKOWSKI, M./SOJA, M., *Zivilrechtliche Aspekte...*, op. cit., p. 239.

¹¹ SUPRON-HEIDEL, A., *Prinzipien des polnischen Zivilrechts und europäische Angleichung*, JZ 2000 (pp. 1-19), pp. 1 y 2, así como también POCZOBUT, J., *Zur Reform*

La dificultad en la delimitación y aplicación de estos cinco ordenamientos jurídicos, verdaderamente distintos entre sí, convirtió la aspiración de una mínima unificación del Derecho Civil en una necesidad inaplazable, para lo cual se creó en 1919 una Comisión codificadora a la que se encomendó la difícil tarea de elaborar un Código Civil para todo el territorio nacional. La Comisión, compuesta por expertos concedores de otros ordenamientos europeos ¹², trabajó laboriosamente y con gran rigor jurídico, pero sólo pudo cumplir su objetivo parcialmente. Como consecuencia de los trabajos de dicha Comisión se consiguió la promulgación de un Libro de Obligaciones (27 de octubre de 1933) y de un Código de Comercio (23 de junio de 1934), no lográndose la codificación ni la unificación en los demás ámbitos de Derecho Civil ¹³. Sin embargo, y pese a que la codificación fue solamente parcial, debe resaltarse el notablemente elevado nivel técnico y jurídico de los textos legales promulgados, lo que sin duda ha permitido al legislador polaco de la transición, como veremos más adelante, optar por una reforma y no por una nueva codificación de Derecho Civil ¹⁴.

Este esfuerzo codificador del periodo de entreguerras fue retomado inmediatamente después de la Segunda Guerra Mundial, aprobándose entre 1945 y 1946 mediante decretos un amplio conjunto de normas civiles relativas a Personas, Derecho de Familia, Sucesiones, Estado Civil o Derecho Registral. Todo este conjunto de normas, junto con las aún en vigor desde 1933 y 1934, conformaron en ese momento un sistema de Derecho Civil coherente internamente y a la altura de los sistemas existentes en los países de Europa Occidental ¹⁵. Con la vista puesta en el objetivo de la unificación se constituye también una nueva Comisión codificadora cuya aspiración era la redacción de un proyecto de Código Civil completo. Dicho proyecto, presentado en 1948, sistematizaba las normas de Derecho Civil ya existentes sin apenas modificarlas en

des polnischen Zivilrechts (mit einigen rechtsvergleichenden Bemerkungen), ZeuP, 1999 (pp. 75-90), p. 75. Para profundizar sobre el derecho vigente en cada una de estas regiones puede consultarse la interesante monografía de KRAFT, C., *Europa im Blick der polnischen Juristen: Rechtsordnung und juristische Profession in Polen im Spannungsfeld zwischen Nation und Europa 1918-1939*, Studien zur Europäischen Rechtsgeschichte. Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts für Europäische Rechtsgeschichte, Band 156, Frankfurt am Main (2002), pp. 27-74.

¹² Lo que sin duda explica, según SUPRON-HEIDEL, la influencia de los ordenamientos suizo y alemán en el Libro de Obligaciones y en el Código de Comercio respectivamente. Vid. SUPRON-HEIDEL, A., *Principien des polnischen Zivilrechts...*, op. cit., p. 1.

¹³ Todo el período de la denominada Segunda República es objeto de minucioso y detallado análisis en la monografía de KRAFT, C., *Europa im Blick der polnischen Juristen...*, op. cit., a la que, por lo tanto, me remito *in totum*.

¹⁴ SUPRON-HEIDEL, A., *Kontinuität und Umbruch im polnischen Zivilrecht*, ZfRV 6/2000, (pp. 217-229), p. 218.

¹⁵ POCZOBUT, J., *Zur Reform des polnischen...*, op. cit., p. 77.

cuanto a su contenido material, por lo que fue rotundamente rechazado por el Gobierno (al igual que otros dos proyectos presentados entre 1954 y 1955), en tanto que no contemplaba debidamente los valores y principios socialistas del nuevo régimen. En 1956 se constituye, esta vez a propuesta del Presidente del Gobierno, una nueva Comisión Codificadora, la cual, tras diversos proyectos entre 1960 y 1964 logra la aprobación, el 23 de abril de 1964, de un Código Civil ¹⁶. Los preceptos de este Código ¹⁷ constituyen, desde entonces y aún hoy ¹⁸, el fundamento y las bases del Derecho Civil polaco.

Tras la caída del muro en 1989 y el inicio en todos los países del antiguo bloque comunista de los respectivos procesos de transformación económico-jurídica y de transición política, surge en Polonia un importante debate en torno a la necesidad de modificar las normas de Derecho Civil para orientarlas y adaptarlas al nuevo sistema de economía de mercado. Pese a las iniciales discusiones sobre si era preciso redactar un nuevo Código Civil o si, por el contrario, era posible partir del existente y proceder a su reforma, se alcanzó pronto acuerdo sobre el hecho de que era esta última la opción más deseable ¹⁹, constituyéndose para ello una Comisión de Reforma del Derecho Civil ²⁰ que se concentró en las figuras jurídicas e instituciones cuya reforma era más urgente y necesaria. Esta Comisión actuó en dos grandes momentos o etapas: la primera de ellas culmina con la promulgación de las Leyes de 31 de enero de 1989 y de 28 de julio de 1990, modificadoras del Código Civil ²¹, mientras que la segunda se considera cumplida en sus

¹⁶ Si bien un amplio grupo de materias quedaron fuera de la regulación del Código Civil y fueron posteriormente reguladas en leyes especiales (por ejemplo, la materia registral e hipotecaria, los derechos de autor, los arrendamientos urbanos, etc.). POCZOBUT, J., *Zur Reform des polnischen...*, op. cit., pp. 78 y 79.

¹⁷ El Código Civil polaco sigue en cuanto a su sistemática el modelo pandectístico del BGB alemán y se estructura en cuatro libros: parte general (arts. 1-125), propiedad y derechos reales (arts. 126-353), obligaciones (arts. 353-921) y sucesiones (arts. 922-1088). Con más detalle véase: SUPRON-HEIDEL, A., *Kontinuität und Umbruch...*, op. cit., p. 219.

¹⁸ En efecto, a pesar de tratarse de un texto normativo originado en la época socialista, lo cierto es que puede ser considerado como una obra legislativa bien lograda tanto por su sistemática como por su estilo y lenguaje. Sobre ello véase: DUDZICZ, J./ERNST, U., *Zugang zum polnischen Privatrecht: eine Literaturübersicht*. ZeuP 2000 (pp. 366- 388), p. 368.

¹⁹ SUPRON-HEIDEL, A., *Kontinuität und Umbruch...*, op. cit., p. 218, quien cita a la principal doctrina polaca que se pronunció en favor de la línea de reforma (en particular en las notas 2 y 3).

²⁰ De hecho, esta Comisión se crea ya en 1986, si bien tras la caída del muro en 1989 verá sus competencias sustancialmente ampliadas. Más ampliamente sobre ello en: POCZOBUT, J., *Zur Reform des polnischen...*, op. cit., p. 80.

²¹ Según POCZOBUT, las principales características de esta fase son: la eliminación de conceptos y principios socialistas ya superados la modificación de preceptos en relación a la nueva política agrícola, la reintroducción de instituciones ya conocidas en la tradición

aspectos esenciales con la Ley de 1996, también modificadora del Código Civil ²².

En efecto, con la aprobación de esta última ley acababa la tarea encomendada a la Comisión de reforma. En septiembre de 1996, sin embargo, se constituye una nueva Comisión codificadora con la principal tarea de seguir trabajando y profundizando en la construcción de un sistema de Derecho Civil orientado tanto a la tradición jurídica polaca como al Derecho Comunitario ²³ y a las necesidades de una economía globalizada ²⁴. Esta nueva fase de reforma pretendía ser omnicomprendensiva y alcanzar, de forma gradual, la totalidad del Derecho Civil polaco.

A la vista de cómo se iba desarrollando el proceso reformador, la doctrina ²⁵ empezó a acuñar los nombres de «Método del paso pequeño» (la traducción alemana es *Method der kleinen Schritte*) para referir a esta primera fase hasta 1996, y de «Método del gran paso» (*Method der grossen Schritte*) para referirse a la etapa ini-

jurídico-privada polaca pero suprimidas o no utilizadas entre 1945-1989, la introducción de institutos y figuras hasta entonces desconocidas en Derecho Civil polaco, la limitación de las posibilidades de influencia de los órganos de la Administración en las relaciones de Derecho privado, el reconocimiento expreso de la libertad contractual y de la posición de igualdad de todos los sujetos de Derecho privado, etc. POCZOBUT, J., *Zur Reform des polnischen...*, *op. cit.*, pp. 81-83.

²² Según POCZOBUT, ésta se caracterizaría por introducir reformas en aspectos más concretos del Código Civil, como por ejemplo la introducción de la posibilidad de celebrar un contrato mediante subasta (no previsto hasta entonces en Derecho Civil polaco), normas relativas a garantías en materia del contrato de compraventa, normas sobre responsabilidad civil por vulneración o puesta en peligro de bienes jurídicos personales, entre otras. Al mismo tiempo, se aprueban leyes especiales en materia de Derecho privado, como por ejemplo la Ley de competencia desleal (1993) o la Ley relativa a Derechos de autor (1994). POCZOBUT, J., *Zur Reform des polnischen...*, *op. cit.*, pp. 83-86.

²³ La necesidad de adaptarse a las normas de Derecho privado europeo fue constante a lo largo de todo el proceso de reforma, pero sobre todo a partir de 1996. Por ejemplo, de las 179 leyes aprobadas por el Parlamento polaco en el año 2000, 67 servían explícitamente a la armonización comunitaria. Los datos en VON REDECKER, N., *Polen: Rechtsentwicklung 2000*, JOR 42/ 2001 (pp. 171-183), p. 171.

²⁴ POCZOBUT, J., *Zur Reform des polnischen...*, *op. cit.*, pp. 87. En esta fase se deben acometer tareas tan importantes y complejas como la elaboración de una normativa en materia de Derecho del Consumo, que debe ser desarrollada en Polonia prácticamente desde cero y con vistas a su perfecto engranaje conforme a la normativa comunitaria. En este sentido, pueden destacarse la regulación de los paquetes de viajes turísticos en los artículos 646.1-646.10 del Código Civil (mediante la Ley de 29 de agosto de 1997, de modificación del Código Civil, ya en diversas ocasiones modificada) o la Ley de 2 de marzo de 2000, sobre protección de derechos de los consumidores y sobre responsabilidad por producto defectuoso, regulaciones ambas en las que la necesidad de adaptación y trasposición de la normativa comunitaria ha jugado un importante papel. Sin embargo, un adecuado desarrollo del Derecho del Consumo sigue siendo una de las prioridades y de las principales preocupaciones del legislador polaco. Con detalle véase: SUPRON-HEIDEL, A., *Prinzipien des polnischen Zivilrechts...*, *op. cit.*, pp. 10-16, así como la interesante monografía de HEIDEMANN, S., *Das Verbraucherschutzrecht in Polen und in der EU: eine Untersuchung anhand der Problematik der allgemeinen Geschäftsbedingungen*. Berlín, 2001.

²⁵ Por todos: SUPRON-HEIDEL, A., *Prinzipien des polnischen Zivilrechts...*, *op. cit.*, p. 3.

ciada en 1996 y centrada en buena parte en la necesaria adaptación del Derecho Civil polaco al Derecho privado europeo.

Así pues, puede caracterizarse el proceso de reforma en materia civil como un proceso (aún no cerrado) basado en la continuidad dentro de la necesaria ruptura con el sistema anterior y llevado a cabo en fases sucesivas y no simultáneas. Dicho en otros términos, al innegable elemento de transformación que caracteriza la evolución del Derecho privado polaco debe, a su vez, añadirse una no despreciable dosis de continuidad, y ello debido en gran medida a la creencia, ya desde los primeros momentos del nuevo período, de que era posible basarse en una tradición jurídica existente y consolidada a la que, por lo tanto, era no sólo posible sino también preciso volver ²⁶.

3. EL DERECHO A LA PROPIEDAD PRIVADA

3.1 INTRODUCCIÓN

Es bien sabido que el régimen de la propiedad constituía una de las diferencias más significativas y esenciales entre los sistemas socialistas de economía planificada y los sistemas capitalistas de economía de mercado. En efecto, en el primer tipo de regímenes, la propiedad privada de una persona sobre la tierra y sobre los medios de producción era considerada como un instrumento para la explotación del trabajo del individuo en la sociedad; por el contrario, en los sistema de economía de mercado la propiedad privada representa un presupuesto fundamental para la formación de un mercado libre y funcional.

Además, debe tenerse en cuenta que la propiedad privada no es sólo el fundamento de cualquier tipo de tráfico jurídico-económico (independientemente de si éste se basa en la economía de mercado o en la de planificación), sino que constituye también una institución central en todo sistema económico y jurídico, en tanto que ejerce una esencial función sociológica y psicológica que al mismo tiempo orienta el comportamiento de las personas en una determinado sentido ²⁷. A la tradicional concepción capitalista de la propiedad se vinculan irremediabilmente conceptos tan importantes

²⁶ En este sentido, señalan DUDZICZ y ERNST que «mucho puede ser construido a partir de lo ya disponible», y ponen como ejemplo la reintroducción en 1991 de la sociedad en comandita mediante la entrada en vigor de los correspondientes preceptos del Código de Comercio de 1934, que ya recogía esta figura, suprimida posteriormente en la época socialista. DUDZICZ, J./ERNST, U., *Zugang zum polnischen...op. cit.* p. 367.

²⁷ POZOBUT, J., *Bericht Polens*, en: VON BAR, Ch., (Hrsg.) *Sachenrecht in Europa*. Universitätsverlag Rasch, Osnabrück, 2000, p. 28.

como la libertad y la dignidad de toda persona. En efecto, el derecho a la propiedad privada se concibe como un medio para la propia autodeterminación individual, por lo que se le ha catalogado como un «derecho madre» (*Mutterrecht*), dado que sin él la economía de mercado no pasaría de ser una mera declaración sin contenido²⁸. En la concepción socialista, en cambio, la propiedad privada de los medios de producción era vista como causa de injusticia social y por ello se rechazaba explícita y radicalmente su consideración como derecho subjetivo del individuo.

De lo dicho se desprende, pues, que la reforma del sistema jurídico y el proceso de transformación económica emprendido recientemente por las nuevas democracias del antiguo bloque socialista debe comenzar, precisamente, por la reforma del régimen de la propiedad privada, constituyendo de este modo la reconfiguración del ordenamiento jurídico de la propiedad uno de los puntos clave a la vez que problemático del proceso de cambio en estos países.

3.2 EL CONCEPTO DE PROPIEDAD DURANTE EL PERÍODO SOCIALISTA

En los ordenamientos jurídicos de los países de la Europa Oriental no existía un concepto unitario de propiedad. Así, la antigua Constitución polaca de 1952 (arts. 5 y 15-18) y también el Código Civil en su redacción de 1964 enumeraban hasta tres modalidades de propiedad: la propiedad social, la propiedad personal y la propiedad individual.

Por lo que refiere a la primera de las categorías citadas, el artículo 126 del Código Civil en su redacción de 1964 establecía, a su vez, una subcategorización de aquella en «*o propiedad socialista del pueblo (propiedad estatal), o propiedad cooperativa o propiedad de otras organizaciones sociales del pueblo trabajador*». La propiedad estatal o del pueblo comprendía tanto la propiedad del Estado como la propiedad que éste administraba, llegando las empresas estatales a representar, tras la oleada de nacionalizaciones en Polonia, hasta un 70,6 por 100 del total de ocupación profesional (excluido el sector agrícola) frente a un 23 por 100 del sector privado²⁹. En relación a la propiedad coopera-

²⁸ GÄRTNER, W., *Die Eigentums Garantien in den Verfassungen Polens, Ungarns, der Tschechischen und der Slowakischen Republik- Verfassungsrechtliche Grundlagen und Verfassungspraxis*, ROW 3/1998, (pp. 75-79) p. 75.

²⁹ STAHLBERG, J., *Die Reform des Wirtschaftsrechts in Polen*, en: DAUSES (Hrsg.) *Osterweiterung der EU: Rechtsangleichung und strukturpolitischen Rahmen*. Universitätsverlag, Wiesbaden, 1998, pp. 199 y ss, especialmente p. 201.

tiva, ésta se definía con carácter general como la propiedad de los medios de producción agrícolas, quedando el suelo agrícola en cambio siempre en manos del Estado. Al menos, ésta fue la situación que se dibujaba en la antigua Unión Soviética, donde, en efecto, el *Koljoz* tenía tan sólo un derecho de uso. Sin embargo, lo cierto es que no siempre fue así en el resto de países socialistas, y muy especialmente no lo fue en Polonia, donde cerca del 75 por 100 de la superficie agrícola útil se mantuvo siempre en manos privadas ³⁰.

Una segunda categoría era la denominada propiedad personal, la cual refería a bienes de consumo, casas familiares, inventarios, pisos, instrumentos o coches (y excepcionalmente pequeños medios de producción), esto es, a «*cosas que servían a la satisfacción de las necesidades personales, materiales y culturales de los propietarios y de sus familiares*» (arts. 132.2 y 133 del Código Civil en su redacción de 1964).

Por último, la propiedad individual hacía referencia a aquellos bienes de consumo destinados a la satisfacción de campesinos, artesanos y trabajadores a domicilio, diferenciándose de la propiedad personal tan solo por razón de los distintos sujetos. Este específico sector de la propiedad individual adquirió una dimensión relativamente grande en el caso polaco y, tal y como se mencionó, quedó, sobre todo en el campo, en manos privadas ³¹.

En esencia puede decirse, pues, que la propiedad privada no constituía ninguna forma jurídicamente reconocida, sino que más bien era concebida como un relicto prerrevolucionario y contrario al sistema instaurado por la Revolución, esto es, como un «*foreign body in the socialist cake*» ³²: todo lo que no era propiedad socialista, personal o individual se consideraba como propiedad privada y en cuanto tal era reprobable y rechazable ³³.

³⁰ STAHLBERG, J., *Die Reform des Wirtschaftsrechts...*, op. cit., p. 201. KEPINSKI, atribuye este hecho a que los agricultores y campesinos polacos se resistieron fuertemente a las cooperativas, así como también al hecho de que la sociedad en general desconfió siempre de las autoridades polacas y de la economía socialista que éstas imponían. KEPINSKI, M., *The actual situation of land property in Poland*, en: DRESDEN UNIVERSITY PRESS (Hrsg.) *Entwicklung des Zivilrechts in Osteuropa*, Band 5, 1998, (pp. 27-34) p. 28.

³¹ KALUS, S., *Immobilienmarkt in Polen, seine Entwicklung und das Problem der Liegenschaftsbewertung*, en: DRESDEN UNIVERSITY PRESS (Hrsg.), *Entwicklung des Zivilrechts in Osteuropa*, Band 5, 1998, pp. 35-44, p. 35.

³² KEPINSKI, M., *The actual situation...*, op. cit., p. 27.

³³ POSH, W., *Grundzüge fremder Privatsrechtssysteme. Studien zu Politik und Verwaltung*, Böhlau Verlag, 1995, pp. 177-178.

3.3 LA CONFIGURACIÓN DE LA PROPIEDAD PRIVADA EN LA NUEVA CONSTITUCIÓN

La Constitución polaca contiene un expreso reconocimiento del derecho a la propiedad privada en su artículo 21.1, según el cual «*la República de Polonia protege la propiedad y la herencia*». Un reconocimiento similar se contenía ya en el texto provisional vigente hasta 1997, cuyo artículo 7.1 garantizaba el derecho a la herencia y a la propiedad, afirmando que «*la República de Polonia protege la propiedad y la herencia y garantiza la protección integral de la propiedad personal*». La utilización de la expresión *propiedad personal* era claramente un relicto de la época anterior al que desde 1989 no se le concedió mayor importancia, siendo interpretado desde dicha fecha como un explícito reconocimiento de la propiedad privada e identificándose en cuanto a contenido con la garantía general de la misma³⁴. La Constitución de 1997 ha finalmente eliminado esta mención, contribuyendo de este modo a la claridad del precepto.

El artículo 64 de la actual Constitución, por su parte, establece que «*toda persona tiene derecho a la propiedad privada y a los derechos patrimoniales así como a la herencia*». De este modo se reconoce claramente el derecho a la propiedad privada como un derecho subjetivo universal que corresponde a toda persona, proclamando y garantizando también el derecho a la herencia sin limitaciones ni necesidad de mayores atributos³⁵. El apartado tercero del mencionado artículo contiene dos garantías imprescindibles para hacer efectivo el derecho a la propiedad privada: la reserva de ley y la garantía del contenido esencial. Según este precepto, «*la propiedad privada sólo puede ser limitada por ley y sólo en la medida en que el contenido esencial de la propiedad no sea vulnerado*». La introducción de estas garantías representa, respecto del periodo anterior y a pesar de la relativa obviedad con la que desde los ordenamientos jurídicos occidentales pueda valorarse, una importante novedad, pues no debe olvidarse que el periodo comunista se caracterizó por frecuentes limitaciones y discriminaciones

³⁴ GÄRTNER, W., *Die Eigentums Garantien...*, op. cit., p. 76.

³⁵ No se analiza la cuestión específica de la herencia en este trabajo. Sin embargo, sí queremos hacer notar que la Constitución de 1952 garantizaba el derecho a la herencia de forma muy limitada: tan sólo para edificios, solares y otros medios de producción, y sólo en relación a la propiedad personal de ciudadanos polacos. También el Código Civil polaco en su redacción de 1964 contenía limitaciones similares; por ejemplo, los bienes relativos a la agricultura podían ser heredados sólo en determinados casos específicamente previstos y no con carácter general. Sobre ello véase: RYNKOWSKI, M./SOJA, M., *Zivilrechtliche Aspekte...*, op. cit., p. 239, así como también POZOBUT, J., *Bericht...*, op. cit., p. 28.

de trato, algunas de las cuales se mantienen aún hoy. Seguramente una de las que ha generado y genera mayor discusión y rechazo es la relativa al tratamiento de los extranjeros: el hecho, por ejemplo, de que para la validez de una compraventa de inmuebles a un extranjero se exija un consentimiento del correspondiente ministerio ³⁶, o que se requiera también el correspondiente permiso para que un extranjero pueda tener participaciones en compañías nacionales polacas.

Es necesario, pues, que se eliminen paulatinamente tales desigualdades y discriminaciones de trato, sobre todo con vistas a la inminente incorporación de Polonia a la Unión Europea. En este sentido, debe hacerse notar que los esfuerzos del legislador polaco en esta línea son ya palpables, y así por ejemplo, la Ley de 20 de marzo de 1996, modificadora de la Ley de 14 de julio de 1991 sobre sociedades con participación extranjera, tiene como objetivo la eliminación de (algunas) de las diferencias de trato entre nacionales y extranjeros que todavía subsisten en el tráfico jurídico-económico. En consonancia con dicho objetivo, la mencionada ley elimina la necesidad de autorización para la fundación de una sociedad con participación extranjera, aunque condiciona todavía determinadas actuaciones a la concesión del correspondiente permiso ³⁷.

Por otra parte, el apartado segundo del artículo 64 establece que «*la propiedad, los derechos patrimoniales y el derecho a la herencia gozan de la misma protección jurídica*». De este modo y en íntima conexión con la garantía de la propiedad privada así como con la libertad de empresa proclamada en el artículo 22 de la Constitución, se reconoce explícitamente la posición de igualdad de las distintas formas de propiedad, lo que supone la definitiva superación del anterior régimen. La diferenciación vigente durante la época comunista en el ámbito relativo a la ordenación de la propiedad tuvo como consecuencia una diferenciación en cuanto a la protección jurídica que se otorgaba a las distintas formas de propiedad, dado que la denominada propiedad estatal no sólo debía protegerse por el Estado sino también por los mismos ciudadanos ³⁸. El principio de la plena e igual protección jurídica de toda

³⁶ Según se establece en la Ley de 24 de marzo de 1920, en su redacción de 8 de mayo de 1996, sobre adquisición de solares por extranjeros. Con detalle sobre la interpretación de esta limitación y su evolución véase: KEPINSKI, M., *The actual situation...*, *op. cit.*, pp. 31-33.

³⁷ SZALKIWICZ, L., *Gesellschaften mit ausländischer Beteiligung in Polen*, ROW 3/1997, (pp. 102-103).

³⁸ Art. 5.4 de la Constitución de 1952 y artículo 127 del Código Civil en su redacción de 1964.

propiedad, ya contenido en la Constitución de 17 de marzo de 1921, se desprende ahora del conjunto de la normativa relativa a los derechos reales³⁹ y engarza con el principio de igual trato de todos los sujetos de Derecho Civil, el cual, a su vez, es lógica consecuencia del principio de igualdad de trato en todos los ámbitos de la economía⁴⁰. Los preceptos del Código Civil relativos a la institución de la propiedad fueron en su gran mayoría reformados en la primera fase de reforma, lo que confirma la importancia del cambio de concepción y la significación de esta institución en el conjunto del ordenamiento jurídico polaco.

3.3.1 La cláusula de la función social

Uno de los aspectos que más llama la atención cuando se estudia el nuevo régimen constitucional de la propiedad en la Constitución polaca es el relativo a la cláusula de la función social. Mientras que la mayoría de las constituciones europeas occidentales establecen expresamente una cláusula de este tipo en el mismo texto constitucional, la Constitución polaca se caracteriza precisamente por la inexistencia de dicha cláusula⁴¹. Ello ha tratado de ser explicado en clave de reacción frente la ordenación socialista del régimen de propiedad. Es cierto que otros países del bloque socialista sí la han incluido en el texto constitucional⁴², pero su ausencia en la Constitución polaca se justifica precisamente por la particular fuerza y precocidad con que las protestas y el rechazo al sistema se manifestaron en este país, que llevaron a ciertas reformas económicas incluso antes del cambio de sistema⁴³. Esta lucha

³⁹ SUPRON-HEIDEL, A., *Kontinuität und Umbruch...*, op. cit., p. 222, así como POCZOBUT, J., *Zur Reform des polnischen...*, op. cit., p. 86.

⁴⁰ POCZOBUT, J., *Zur Reform des polnischen...*, op. cit., p. 81.

⁴¹ Así por ejemplo, en las constituciones de la Unión Europea dicha cláusula se contiene en: artículo 16 de la Constitución belga, artículo 73 de la Constitución danesa, artículo 14 de la Ley Fundamental de Bonn, artículo 15 de la Constitución finlandesa, artículo 17 de la Constitución griega, artículo 43 de la Constitución de Irlanda, artículo 42 del texto constitucional italiano, artículo 18 de la Constitución sueca, artículo 33 de la Constitución española.

⁴² Por lo que refiere a las Constituciones de los países de la Europa del Este, contienen una cláusula relativa a la función social de la propiedad: la Constitución eslovaca en su artículo 20.III, la Carta de Derechos Fundamentales y Libertades de la República Checa en su artículo 11.III, la Constitución de Eslovenia en el artículo 67, la Constitución de Macedonia en el artículo 30 y la Constitución letona en su artículo 105.

⁴³ Las aspiraciones e intentos de reforma se remontan al inicio de los años ochenta, siendo destacables la Ley de 25 de septiembre de 1981 sobre empresas estatales, la Ley de 6 de julio de 1982 sobre principios para el ejercicio de una actividad económica en la República popular de Polonia en el ámbito de la pequeña industria a través de personas físicas y jurídicas extranjeras, y la Ley de 23 de abril de 1986 sobre sociedades con participación extranjera. Sobre ello véase ampliamente: STAHLBERG, J., *Die Reform des Wirtschaftsrechts...*, op. cit., pp. 202-204.

y oposición al sistema explican, en opinión de Stahlberg, la convicción clara de los dirigentes del proceso de cambio de que era preciso establecer un orden constitucional de la propiedad privada con una fuerte y sólida garantía de la misma ⁴⁴.

La doctrina polaca mantiene, sin embargo, que el no reconocimiento explícito a nivel constitucional de la función social de la propiedad privada no significa en modo alguno que ésta no pueda (ni deba) deducirse del conjunto del ordenamiento jurídico polaco. De hecho, dicha función se deduciría y basaría en la interpretación de una serie de preceptos:

a) En primer lugar se alude a la reserva de ley contenida en el artículo 64.3 de la Constitución, y a la que, por lo tanto, también se halla sometido el derecho a la propiedad privada. Dicha norma abriría, de este modo, la puerta a posibles limitaciones del derecho de propiedad ⁴⁵.

b) Se trae también a colación el principio de justicia social proclamado en el artículo 2 de la Constitución, en tanto que éste ha sido invocado por el Tribunal Constitucional polaco desde principios de los años noventa como fundamento para posibles límites al derecho de propiedad. Según la jurisprudencia del Alto Tribunal, la protección que otorga la Constitución no abarca sólo los bienes jurídicos estrictamente vinculados a los intereses particulares de los individuos sino también aquellos bienes e intereses que se refieren a las necesidades de la sociedad. Consecuentemente, los jueces constitucionales consideran como perfectamente posibles las limitaciones al derecho de propiedad por razones de interés general ⁴⁶.

c) El Código Civil proporciona un importante fundamento para afirmar la existencia de una cláusula de función social implícita en el ordenamiento polaco. En efecto, el artículo 5 del Código Civil polaco establece que «*el ejercicio de un derecho contra su finalidad socio-económica o contra los principios de la vida social comunitaria no está permitido. Una acción u omisión de este tipo por parte del titular no se considerará como ejercicio del derecho y por ello no gozará de protección alguna*», mientras que, por su parte, el artículo 140 del Código Civil polaco establece que «*el titular del derecho, dentro de los límites establecidos por la ley y*

⁴⁴ STAHLBERG, J., *Die Reform des Wirtschaftsrechts ...*, op. cit., p. 202.

⁴⁵ GÄRTNER, W., *Die Eigentums Garantien...*, op. cit., p. 77.

⁴⁶ GÄRTNER, W., *Die Eigentums Garantien...*, op. cit., pp. 77 y 78. Este autor consideraba, ya en 1995 y respecto del texto constitucional entonces en vigor, que debería, pese a todo, incorporarse una cláusula relativa a la función social a nivel constitucional. Su propuesta de *lege ferenda* continúa siendo, hoy por hoy, plenamente válida.

por los principios de la vida social comunitaria, bajo exclusión de otras personas puede, siempre en consonancia con la finalidad socio-económica de la cosa, proceder respecto de ella como mejor le convenga en relación a su derecho y especialmente obtener de la misma posibles usos y beneficios». Este precepto alude a las denominadas «cláusulas generales de Derecho Civil»⁴⁷: la cláusula general relativa a los principios de la vida social comunitaria y la cláusula general relativa a la finalidad socioeconómica. La primera refiere al conjunto de valores reconocidos en la cultura de la sociedad polaca, que no son sólo herencia sino también parte de la cultura jurídica europea⁴⁸. La doctrina entiende que la función que tal cláusula está llamada a desempeñar es esencialmente interpretativa, considerándola como un criterio, sea mediato o inmediato, para la interpretación de las relaciones jurídico-privadas (por ejemplo de las declaraciones de voluntad)⁴⁹. Por su parte, la segunda de las cláusulas se interpreta actualmente en el sentido de considerar el ejercicio del derecho de propiedad como abuso del derecho cuando los principios de justicia social sean vulnerados o cuando dicho ejercicio choque con su finalidad social o económica⁵⁰.

3.3.2 Los presupuestos constitucionales para la expropiación

Según el artículo 21.2 de la Constitución polaca «*la expropiación está sólo permitida cuando se ejecuta en base a una finalidad pública y con una equitativa compensación*». La garantía de la propiedad privada se acompaña, de este modo, de normas relativas a la expropiación⁵¹, las cuales consienten la privación de la propiedad sólo en casos limitados y tras la correspondiente y razonable indemnización. Marcando una clara diferencia respecto de los

⁴⁷ El Código Civil en su redacción de 1964 contenía un catálogo de cláusulas generales que se fundamentaban en la ideología comunista. Tras la caída del muro y con el proceso de transición política, algunas de ellas han sido eliminadas (por ejemplo, la cláusula del antiguo artículo 4, según la cual la totalidad de preceptos del Código Civil deben interpretarse y aplicarse de acuerdo y en consonancia con los principios del sistema y con los objetivos y finalidades de la República Popular de Polonia). Otras cláusulas, sin embargo, han sido conservadas, previa depuración de elementos comunistas y prejuicios doctrinales (así por ejemplo, se mantienen los denominados principios de la vida social comunitaria, la finalidad socioeconómica de un derecho –en referencia exclusivamente a derechos de tipo patrimonial–, o el interés de la economía nacional). Sobre ello con detalle: SUPRON-HEIDEL, A., *Kontinuität und Umbruch...*, op. cit., pp. 223-224.

⁴⁸ POCZOBUT, J., *Bericht...*, op. cit., p. 29.

⁴⁹ SUPRON-HEIDEL, A., *Kontinuität und Umbruch...*, op. cit., p. 224.

⁵⁰ POCZOBUT, J., *Bericht...*, op. cit., p. 29.

⁵¹ DIEMER-BENEDICT, T., *Die Grundrechte in...*, op. cit., p. 227. Según esta autora, con ello garantiza la Constitución polaca no sólo la propiedad privada como derecho subjetivo sino también como institución objetiva.

tiempos socialistas⁵², la Constitución de 1997 ha dificultado la expropiación, en el sentido de exigir constitucionalmente dos requisitos como son el interés o finalidad pública y la justa y equitativa compensación.

Cabe preguntarse, sin embargo, qué debe entenderse por una *justa y equitativa* compensación. Según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional polaco, lo que se exige es una compensación equivalente (esto es, el resarcimiento del valor de reposición o de reemplazo) para cuya determinación deben seguirse criterios esencialmente económicos⁵³. Por lo tanto y en definitiva, puede afirmarse que la expropiación es actualmente, según la Constitución polaca, una excepción y no puede ser, como antaño, utilizado como un instrumento de política económica.

3.3.3 El significado económico-constitucional de la propiedad

En último lugar pero no por ello menos importante, debe mencionarse también el artículo 20, que establece que *«la economía social de mercado, basada en la libertad de actividad económica, en la propiedad privada, en la solidaridad y el diálogo, y el trabajo conjunto de los grupos sociales, representa una de los pilares del orden económico de la República de Polonia»*.

La caída del muro y las consiguientes reformas para la superación del antiguo sistema jurídico no significaron tan sólo la eliminación de la propiedad socialista mediante las correspondientes reformas normativas. Además, fue preciso superar las estructuras ideológicas del ordenamiento anterior tanto a nivel político como social y económico. En este sentido, jugaron un importante papel los procesos de privatización, reprivatización y desnacionalización, con los que se buscaba y se busca una vuelta real, efectiva y rápida a una ordenación del régimen de la propiedad privada de tipo burgués-liberal y orientado a una economía de mercado⁵⁴. Y ello porque era evidente que el presupuesto para la reestructuración de la economía y la transformación de las relaciones de propiedad era la eliminación del monopolio estatal.

⁵² Después de 1945 se produjeron numerosos abusos mediante expropiaciones que implicaban, sobre todo, a minorías nacionales o a los denominados enemigos del pueblo. RYNKOWSKI, M./SOJA, M., *Zivilrechtliche Aspekte...*, op. cit., p. 237.

⁵³ GÄRTNER, W., *Die Eigentums Garantien...*, op. cit., pp. 76 y 77, así como DIEMER-BENEDICT, T., *Die Grundrechte in...*, op. cit., p. 227.

⁵⁴ POSCH, W., *Grundzüge fremder...*, op. cit., p. 17.

¿Cómo se ha configurado en Polonia el concepto de privatización? Tras la caída del muro en 1989 el legislador polaco tuvo que tomar una decisión al respecto, optando por un proceso de privatización basado en una concepción global y equilibrada del mismo. En este sentido, Polonia ha buscado aplicar de forma equilibrada las distintas formas de privatización, en un intento de llevar a cabo una transformación controlada y no excesivamente acelerada del sistema.

El fundamento jurídico de la privatización en la industria lo constituyen las siguientes normativas: La Ley de 25 de septiembre de 1981 sobre empresas estatales en la redacción del texto refundido de 22 de febrero de 1991, así como la Ley de 30 de agosto de 1996 sobre comercialización y privatización de empresas estatales. Esta última sustituyó a la Ley de 13 de julio de 1990 sobre privatización de empresas estatales, que regulaba las dos formas principales de privatización (la privatización de capital y la privatización mediante liquidación⁵⁵). La nueva ley mantuvo esencialmente los métodos tradicionales de privatización, introduciendo principalmente algunas normas relativas a la competencia.

Por su parte, los fundamentos normativos de la privatización en la agricultura se hallan en las siguientes disposiciones: la Ley de 1 de octubre de 1990 de modificación del Código Civil, y la Ley de 18 de septiembre de 1991, sobre utilización agrícola de fundos rurales. Mediante la reforma del Código Civil se derogaron numerosos preceptos que limitaban el tráfico jurídico relativo a inmuebles rurales⁵⁶: por ejemplo, se suprimió la obligación de probar la calificación agrícola, así como también los límites a la extensión de los fundos que podían poseerse (y que eran de 50 hectáreas en Polonia oriental y central, y de 100 en el Norte y el Oeste).

En relación con la configuración del régimen de propiedad privada y los procesos de privatizaciones hay que mencionar la introducción de una nueva forma de propiedad: la propiedad comunal⁵⁷.

⁵⁵ La liquidación se refiere a aquellas empresas que pueden ser catalogadas como pequeñas o medianas empresas, o que se encuentran en una situación económica de crisis. Por su parte, la privatización de capital hace referencia a empresas medianas o de gran tamaño cuya situación económica es relativamente buena. Junto a estas dos formas esenciales de privatización, se ha hecho uso también de otros tres métodos privatizadores: la reestructuración (en este sentido, una primera fase de reestructuración es necesariamente previa a todo proceso de privatización), la privatización masiva (que supone el reparto de la antigua propiedad estatal entre la población y es, por ello, muy significativa) y la privatización por sectores (que supone el análisis de las condiciones óptimas y de las estrategias para sectores industriales concretos). Sobre este tema con gran detalle: STAHLBERG, J., *Die Reform des Wirtschaftsrechts ...*, op. cit., pp. 207-220.

⁵⁶ Estas normas fueron introducidas mediante el Decreto sobre Reforma Agraria de 1944.

⁵⁷ Ley de 8 de marzo de 1990 sobre autonomía local y Ley introductoria sobre autonomía local y sobre empleados en la Administración local, así como también los artícu-

Con ello se deroga y elimina definitivamente el viejo principio comunista de la unidad de la propiedad estatal, contenido en el artículo 128 del Código Civil en su redacción anterior. Todo este conjunto de modificaciones abrieron de este modo la introducción de inmuebles en el mercado para aspirar, con ello, a una rápida pero a la vez compensada transición desde un mercado inmobiliario intervenido y dirigido administrativamente hacia una verdadera y moderna economía de mercado ⁵⁸.

4. LA LIBERTAD DE CONTRATO

4.1 INTRODUCCIÓN

El principio de la libertad de contrato supone que toda persona está en su derecho para celebrar contratos con un contenido esencialmente libre y decidido por ella misma bajo su propia responsabilidad. De hecho, la libertad contractual es sólo un aspecto (importantísimo) de un concepto más amplio como es el de la autonomía privada, que se entiende como la autodeterminación y la propia responsabilidad del individuo en todos los ámbitos de la vida jurídica. Sin dicho principio no sería posible el desarrollo de la economía de mercado, pues constituye uno de los instrumentos centrales para la configuración de auténticas relaciones jurídicas negociales.

Como la gran mayoría de ordenamientos jurídicos modernos, también el ordenamiento polaco ha reconocido el principio de la libertad de contrato como un principio fundamental del Derecho Civil. Las modificaciones de 1990 han encumbrado dicho principio, a través del nuevo artículo 353.1, a lo más alto del sistema. Conviene señalar, sin embargo, que no estamos ante una nueva figura jurídica hasta ahora desconocida para el legislador polaco, sino más bien frente a un retorno a la tradición del Código de Obligaciones de 1933.

4.2 EL SIGNIFICADO DE LA LIBERTAD DE CONTRATO ANTES DE 1989

En efecto, el artículo 55 del Libro de Obligaciones de 1933 estatuyó claramente el principio de la libertad de contrato al afirmar

los 15-17 y 163-174 del nuevo texto constitucional, que regulan la autonomía local. Sobre ello véase: KALUS, S., *Immobilienmarkt...*, *op. cit.*, p. 35.

⁵⁸ KEPINSKI, M., *The actual situation...*, *op. cit.*, pp. 27-29 así como también KALUS, S., *Immobilienmarkt...*, *op. cit.*, pp. 35-44.

que «Las partes que celebren un contrato pueden configurar y orientar su comportamiento jurídico según su propio convencimiento, a no ser que el contenido y el objetivo o finalidad del contrato sean contrarios al orden público, a la ley o a los buenos usos».

Tras el fin de la Segunda Guerra Mundial este precepto fue mantenido; sin embargo, los principios inspiradores del nuevo régimen, basado en la economía centralizada y en la idea de la propiedad estatal, no permitieron que fuera más que una mera formalidad, no pudiendo ser llevado verdaderamente a la práctica ⁵⁹. Finalmente, la entrada en vigor del Código Civil de 1964 supuso la derogación íntegra del Código de Obligaciones y, con él, también del artículo 55 y de la libertad de contrato. No obstante, no es del todo correcto afirmar que la libertad de contrato desapareció completamente del sistema de Derecho Civil polaco. Lo cierto es que dicho principio halló un limitado reconocimiento como directriz y orientación en la doctrina ⁶⁰, si bien las limitaciones no pueden ser consideradas como insignificantes. De entre ellas cabe destacar las siguientes:

a) Si bien es verdad que en el sistema socialista se garantizaba algo similar a la libertad general de actuación, ésta no podía nunca entrar en conflicto o colisión con los objetivos o fines del Estado ni con las exigencias de la economía planificada. Se trataba por ello más bien de una especie de instrucción o consigna de actuación para el ciudadano: éste debía orientar su comportamiento a las normas establecidas porque éstas se le imponían en beneficio de la sociedad ⁶¹.

b) La libertad de contrato se limitó también mediante la contratación forzosa. Con gran frecuencia se establecían deberes y obligaciones respecto de la conclusión de contratos, muy especialmente en el ámbito de las relaciones entre empresas estatales. Ello se fundamentaba en la concepción de que la libre y autónoma actividad económica era una situación de competencia que se oponía frontalmente a la misma naturaleza y a los principios del sistema ⁶².

c) La necesaria adaptación de la actividad comercial y empresarial al orden económico nacional centralizado que se realizó durante los años posteriores al fin de la Segunda Guerra Mundial

⁵⁹ LOHS, M., *Grenzen der Vertragsfreiheit im polnischen Zivilrecht*, Frankfurt am Main, Lang, 2000, pp. 23-24.

⁶⁰ LOHS, M., *Grenzen der Vertragsfreiheit ...*, op. cit., p. 35.

⁶¹ POSCH, W., *Grundzüge fremder...*, op. cit., p. 174.

⁶² SUPRON-HEIDEL, A., *Kontinuität und Umbruch...*, op. cit., p. 222.

dio lugar al establecimiento de una importante tutela estatal de los sujetos jurídicos en todo lo que refería a su libertad de decisión y a su libertad de empresa. El sistema imponía sin paliativos un claro retroceso de la libertad de actuación personal ante las necesidades de la sociedad ⁶³.

d) Por último, las Comisiones de arbitraje tuvieron durante la época comunista competencias importantes que les permitían influir sobre el contenido y alcance del contrato cuando las partes no lograban alcanzar un acuerdo. Estas comisiones disponían incluso de poder sobre la conclusión, modificación y derogación del negocio jurídico ⁶⁴.

4.3 LA CONFIGURACIÓN DE LA LIBERTAD DE CONTRATO DESPUÉS DE 1989

El artículo 22 de la Constitución polaca garantiza «*la libertad de actividad económica, la cual sólo puede ser limitada por ley y en favor de una utilidad o interés público más relevante*». Además, los artículos 20, 21 y 23 describen el actual orden económico en Polonia, el cual se basa en la economía de mercado, la libertad de actividad económica, en la propiedad privada, la solidaridad, el diálogo y el trabajo conjunto de los grupos sociales. Por su parte el artículo 31 en sus apartados primero y segundo establece que «*la libertad del individuo goza de protección jurídica*», así como que «*nadie puede ser obligado a desempeñar una actividad que el derecho no le impone*». Esta norma garantiza expresamente la libertad de actuación general ⁶⁵, y con ello también claramente la autonomía privada y la libertad de contrato. Ciertamente se trata de un derecho fundamental de libertad, de un derecho de absorción o *Auffanggrundrecht*, y en este sentido sí nos hallamos ante un auténtico

⁶³ LOHS, M., *Grenzen der Vertragsfreiheit ...*, op. cit., p. 36.

⁶⁴ LOHS, M., *Grenzen der Vertragsfreiheit ...*, op. cit., pp. 36 y 42. Las Comisiones de Arbitraje, que constituían una auténtica jurisdicción especial, fueron derogadas mediante las denominadas «*reformas de julio*» de 1990 y, en particular, mediante la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Con ello tanto las empresas estatales como el resto de los sujetos participantes en el tráfico económico (fueran personas físicas o jurídicas) quedaban sometidas de nuevo a la jurisdicción ordinaria.

⁶⁵ La libertad general de actuación puede ser limitada sólo mediante leyes, según establece el artículo 31.2: «*las cuales sean necesarias para la seguridad del Estado, para el orden público o la protección del medio ambiente, la salud o la moral pública o para las libertades y derechos de otras personas y las cuales no vulneren tampoco la esencia de derechos y libertades*». Este precepto fue redactado siguiendo el modelo y la orientación del Convenio Europeo de Derechos Fundamentales y Libertades Públicas y muestra, según HEIDEMANN, los esfuerzos del legislador polaco de «*retornar de nuevo*» a Europa. HEIDEMANN, S., *Das Verbraucherschutzrecht...*, op. cit., p. 115.

tico *novum* en el derecho constitucional polaco ⁶⁶, por lo que la introducción de este precepto es verdaderamente significativa.

Con la nueva estructura político-social y con las correspondientes reformas que han tenido y están teniendo lugar en Polonia, la libertad de contrato ha recuperado su papel y su posición en el sistema de Derecho Civil. Este principio, ahora de nuevo *expressis verbis* introducido en el sistema ha ganado, de este modo, en importancia y significado en el conjunto del ordenamiento jurídico polaco.

Por lo que refiere al contenido y al alcance de la libertad contractual, el ordenamiento polaco no difiere del resto de ordenamientos modernos y, en este sentido, se basa, según Lohs y Heidermann, en los clásicos principios presentes en todos los ordenamientos occidentales ⁶⁷:

a) La libertad para decidir si se quiere o no concluir un contrato (libertad contractual positiva y negativa). Las partes contratantes son libres y el nacimiento de una obligación contractual depende sólo de su voluntad. Con ello se excluye claramente la obligación de contratación forzosa, tan frecuente, como se dijo, en tiempos de la economía planificada.

b) La libertad para determinar el contenido del contrato. Según ésta, toda persona es libre para concluir, bajo libre y propia responsabilidad, contratos cuyo contenido puede ser esencialmente determinado por ella. Las partes pueden de este modo derogar normas dispositivas y sustituirlas por otras que estimen más convenientes, pueden también modificar las normas relativas a un determinado tipo contractual e incluso pueden concluir contratos denominados mixtos. Los únicos límites que se imponen a la libertad contractual son los previstos en el artículo 353.1 del Código Civil y que analizaremos con detalle más adelante.

c) La libertad para elegir a la parte contratante con la que celebrar el contrato.

d) La libertad de determinar la forma del contrato. En este sentido se observa actualmente en Derecho Civil polaco, como en el resto de los modernos sistemas jurídicos, una cierta tendencia a la desformalización del Derecho de Obligaciones y Contratos. Un sector doctrinal minoritario afirma, en esta línea, que la libertad en cuanto a la forma de un negocio jurídico no pertenece a la esfera de

⁶⁶ DIEMAR-BENEDICT, T., *Die Grundrechte in...*, op. cit., p. 220.

⁶⁷ Esta clasificación se elabora a partir de los trabajos de: HEIDEMANN, S., *Das Verbraucherschutzrecht...*, op. cit., pp. 46-48 y LOHS, M., *Grenzen der Vertragsfreiheit ...*, op. cit., pp. 16-18 y pp. 42-48.

la libertad contractual, y consideran más bien que esta última refiera esencialmente al contenido del negocio jurídico ⁶⁸.

e) La libertad para elegir el ordenamiento jurídico al que se someterá el contrato; nos referimos a las normas de Derecho Internacional Privado y, en particular, a las normas de colisión, por lo que no nos hallamos ante una verdadera limitación de la libertad de contrato en sentido estricto ⁶⁹.

4.4 LOS LÍMITES A LA LIBERTAD DE CONTRATO

El artículo 353.1 del Código Civil polaco está orientado, en cuanto a su tenor literal, al antiguo artículo 55 del Código de Obligaciones de 1933 y que se mantuvo en vigor hasta 1964. Dicho precepto establece que «*las partes que celebran un contrato pueden orientar su comportamiento jurídico según su libre voluntad, en tanto éste no sea contrario, en cuanto a contenido o finalidad, a la particularidad (naturaleza) de la relación jurídica, a la ley y a los fundamentos de la vida social comunitaria*» ⁷⁰.

La limitación de la libertad contractual mediante la naturaleza de la relación jurídica representa un auténtico *novum* en la tradición jurídico-civil polaca; por el contrario, las limitaciones relativas a la ley y a los principios de la vida social comunitaria eran ya conocidas en el Libro de Obligaciones de 1933.

4.4.1 La ley

Esta limitación de la libertad contractual exige la compatibilidad del contrato con este tipo de norma jurídica. No es preciso que en la misma norma se establezca expresamente la limitación, sino que es suficiente que de la interpretación de la misma se desprenda un mandato de prohibición. Además, tampoco es preciso que se trate de normas de naturaleza exclusivamente civil, sino todo lo contrario: pueden perfectamente ser invocadas normas constitucionales, administrativas o incluso penales siempre que éstas refieran o de ellas pueda inferirse una prohibición o limitación para la configuración de determinadas relaciones jurídico-privadas ⁷¹.

⁶⁸ LOHS, M., *Grenzen der Vertragsfreiheit ...*, op. cit., p. 18.

⁶⁹ HEIDEMANN, S., *Das Verbraucherschutzrecht...*, op. cit., p. 48.

⁷⁰ No parece existir discusión en la doctrina sobre el significado de los términos contenido y finalidad. Por el primero se entienden los acuerdos adoptados por las partes, que se determinarán para cada contrato en concreto por la vía de la interpretación. El objetivo o la finalidad refieren al uso que las partes buscan obtener del contrato en sentido estricto. HEIDEMANN, S., *Das Verbraucherschutzrecht...*, op. cit., p. 50.

⁷¹ LOHS, M., *Grenzen der Vertragsfreiheit ...*, op. cit., p. 48.

El concepto de ley al que refiere el artículo 353.1 es, al menos formalmente, el de ley en sentido técnico, y por tanto debe interpretarse estrictamente. Según ello deberían entenderse comprendidas bajo dicho concepto sólo las leyes formales, esto es, las normas jurídicas emanadas de un órgano previsto constitucionalmente, democráticamente legitimado según una Constitución válida, la cual prevea un procedimiento legislativo por el que tales normas se elaboren y aprueben. Sin embargo, lo cierto es que finalmente y en la práctica se han considerado incluidas en el sentido del precepto también aquellas normas que emanen y se aprueben a partir de una autorización legislativa ⁷².

Por otra parte, la limitación de la libertad de contrato a través de la ley se refiere, evidentemente, a leyes generales, esto es, que obligan a todos. No debe olvidarse que la libertad de contrato comprende la libertad de configurar los contratos por lo que a su contenido se refiere. Límites a ello son, tan sólo, las normas inderogables previstas en el derecho vigente (normas de *ius cogens*); por el contrario, las partes sí pueden derogar, si así lo desean, las normas de derecho dispositivo. Este hecho es especialmente remarcable, ya que representa un punto diferencial esencial respecto del sistema anterior, en el que la ausencia de una regulación normativa sobre el principio de la libertad de contrato tuvo como resultado el que una buena parte del derecho de obligaciones del Código Civil fuera considerado como derecho imperativo o de carácter *ius cogens*, y, por lo tanto, vinculante para el aplicador jurídico e inderogable para las partes ⁷³.

En los supuestos en los que se constate la incompatibilidad del contenido o la finalidad del contrato con una ley, la consecuencia jurídica prevista es la ineficacia del negocio jurídico, salvo que la propia ley prevea una consecuencia distinta, según el apartado primero del artículo 58 del Código Civil. Este mismo artículo en su apartado tercero prevé, por otra parte, que en los casos en los que la ineficacia afecte sólo a una parte o a determinadas disposiciones del negocio jurídico, éste continuará siendo eficaz en relación al resto, salvo que del conjunto de las circunstancias resultara la imposibilidad de celebrarse el mismo sin las disposiciones declaradas ineficaces.

⁷² Nos referimos aquí a reglamentos, normas jurídicas emanadas del Ejecutivo. Dado que éste actúa con base a una autorización legislativa de contenido, alcance y finalidad concreta y determinada, se ha entendido que no presentan problemas en torno a su constitucionalidad. Sobre ello véase: HEIDEMANN, S., *Das Verbraucherschutzrecht...*, op. cit., p. 55.

⁷³ HEIDEMANN, S., *Das Verbraucherschutzrecht...*, op. cit., p. 44.

4.4.2 Los principios de la vida social comunitaria

Estos principios son en buena medida comparables en cuanto a su significado y contenido a los buenos usos y al orden público, engarzando con el artículo 55 del Libro de Obligaciones⁷⁴. Se trata en realidad, y como ya se hizo notar, de una cláusula nacida en la época comunista, que se interpretó hasta 1989 como el reconocimiento explícito de una supremacía o prioridad del interés público y social frente al particular de cada individuo. Tras el cambio de régimen, se optó por el mantenimiento de esta cláusula, aunque depurada de los valores comunistas heredados del antiguo sistema, poniéndose el acento en la existencia de unos buenos usos que deben ser respetados y a los que tales principios hacen referencia.

Ciertamente, la apelación a los principios de la vida social comunitaria es frecuente a lo largo del Código Civil, lo que ha llevado a la doctrina a clasificar los preceptos en los que dichos principios se mencionan según la función que los mismos desempeñan en cada caso concreto. Así, dentro de un primer grupo se incluyen aquellos preceptos en los que el legislador establece algún tipo de sanción jurídica en caso de vulneración de los principios de la vida social comunitaria. Esta parece ser la función a cumplir por dichos principios respecto del artículo 353.1⁷⁵, dado que el artículo 58 del Código Civil en su apartado segundo establece que «*un negocio jurídico que sea contrario a los principios de la vida social comunitaria es ineficaz*».

Sin embargo, el hecho de que la referencia a los principios de la vida social comunitaria aparezca en numerosos preceptos del Código Civil obliga en muchos casos a un esfuerzo de análisis e interpretación para dilucidar si el contenido, significado y ámbito de aplicación es el mismo o difiere en cada caso concreto. A título ejemplificativo y por el hecho de guardar relación con el objeto de este trabajo, cabe preguntarse si los principios del artículo 353.1 pueden equipararse con los del artículo 5 del Código Civil, al que ya hicimos referencia con ocasión de la función social de la propiedad. Los principios contenidos en dicho artículo 5 se refieren al abuso de derecho y representan un límite al ejercicio permitido de un derecho –y no sólo un límite al contenido del negocio jurídico–, por lo que debe entenderse

⁷⁴ HEIDEMANN, S., *Das Verbraucherschutzrecht...*, op. cit., p. 53.

⁷⁵ SUPRON-HEIDEL, A., *Kontinuität und Umbruch...*, op. cit., p. 224. Esta autora analiza también el resto de funciones que dichos principios pueden desempeñar y a los cuales no podemos referirnos por quedar fuera del objeto de este trabajo.

que el artículo 5 tiene un ámbito de aplicación mayor ⁷⁶. Así, el que un contrato no sea contrario en cuanto a su contenido al artículo 353.1 no excluye la posibilidad de que su ejercicio sí contradiga los principios del artículo 5. Lo que se ve reforzado por el hecho de que, además, este último precepto se ubica en el libro I (parte general) y encuentra, por ello, aplicación sobre cualquier precepto del Código, mientras que, por el contrario, el artículo 353.1 se refiere exclusivamente a relaciones de tipo obligatorio ⁷⁷.

En definitiva, la cláusula general de la vida social comunitaria se concibe, en el conjunto del derecho de obligaciones, como un importante instrumento de interpretación, especialmente de cara al futuro y respecto del que la interpretación judicial tiene que jugar un importante papel. Asimismo, tales principios tienen una gran importancia por lo que al Derecho de Consumidores y Usuarios se refiere, pues aquellos contratos en los que se halle implicado un consumidor deberán interpretarse y medirse sobre la base de dichos principios y de los límites por ellos establecidos ⁷⁸.

4.4.3 La naturaleza del negocio jurídico

Sin duda, el hecho de que un límite de este tipo fuese ajeno al sistema de Derecho Civil polaco hasta 1990 es el motivo por el que se ha generado una abundante literatura y jurisprudencia en torno al mismo, que no ha conseguido elaborar una interpretación unitaria al respecto. Más bien han contribuido, tanto la doctrina como la misma jurisprudencia, a generar una mayor confusión interpretativa, al haber descuidado notablemente la utilización de este criterio ⁷⁹.

En principio, parece posible interpretar el concepto *naturaleza del negocio jurídico* desde dos puntos de vista ⁸⁰:

a) Según una interpretación estricta, el límite de la naturaleza del negocio jurídico implica que en el momento de la celebración de un contrato deben respetarse las características esenciales

⁷⁶ HEIDEMANN, S., *Das Verbraucherschutzrecht...*, op. cit., p. 58.

⁷⁷ LOHS, M., *Grenzen der Vertragsfreiheit...*, op. cit., pp. 65-70.

⁷⁸ HEIDEMANN, S., *Das Verbraucherschutzrecht...*, op. cit., pp. 58 y 59.

⁷⁹ LOHS, M., *Grenzen der Vertragsfreiheit...*, op. cit., p. 55.

⁸⁰ Seguimos aquí los trabajos de: HEIDEMANN, S., *Das Verbraucherschutzrecht...*, op. cit., pp. 51-55, y LOHS, M., *Grenzen der Vertragsfreiheit...*, op. cit., pp. 54-57.

de dicha relación jurídico-obligacional. Estaríamos, por lo tanto, ante una institución obligacional de tipo objetivo.

b) Un segundo criterio interpretativo más amplio entiende, por el contrario, que el límite de la naturaleza del negocio jurídico supone que los elementos esenciales deben, en efecto, ser respetados en el momento de la conclusión de determinados contratos cuando su omisión o modificación genere una deformación del contrato que ha sido prevista por el legislador. Según esta interpretación, pues, la naturaleza del negocio jurídico sirve para proporcionar un marco —que no puede ser sobrepasado— a los contratos a celebrar, añadiendo con ello una finalidad a la concreta relación obligacional.

En cualquier caso, lo cierto es que la diferencia entre estas dos interpretaciones queda a un nivel puramente doctrinal, pues en la práctica apenas se observan diferencias. Por otra parte, la jurisprudencia aún no ha optado claramente por una u otra interpretación, sino que más bien ha hecho uso de ambas, a veces incluso de forma contradictoria⁸¹. Un sector de la doctrina, por su parte, ha resaltado la potencialidad del precepto (y esencialmente del concepto «naturaleza de la relación obligacional») como lanzadera para la construcción dogmática de grupos de cláusulas contractuales incompatibles con la naturaleza de cada una de las relaciones obligacionales⁸². Sin embargo, ello no se ha logrado hasta el momento y se afirma que todavía no se ha conseguido definir con plenitud e independencia este criterio. En este sentido, se afirma que la naturaleza del negocio jurídico tiene actualmente, como mucho, una función de ordenación y puede ser considerada como un instrumento para la identificación más precisa de los elementos obligacionales comprendidos dentro de los otros dos criterios limitadores de la libertad contractual, criterios que sí gozan de independencia en cuanto tales⁸³. Por todo ello, debe concluirse que, hoy por hoy, la aplicación real del criterio de la naturaleza de la relación obligacional como límite a la libertad contractual es escasa y no especialmente útil⁸⁴.

⁸¹ HEIDEMANN, S., *Das Verbraucherschutzrecht...*, op. cit., p. 53.

⁸² HEIDEMANN, S., *Das Verbraucherschutzrecht...*, op. cit., pp. 53-55. Este autor propone que un primer grupo de cláusulas contrarias a la naturaleza de la obligación lo constituya el conjunto de todas aquellas cláusulas contractuales que excluyen determinadas formas de responsabilidad.

⁸³ LOHS, M., *Grenzen der Vertragsfreiheit...*, op. cit., p. 57.

⁸⁴ HEIDEMANN, S., *Das Verbraucherschutzrecht...*, op. cit., p. 55.

5. CONCLUSIONES

Tras la caída del muro de Berlín el mundo ha experimentado cambios trascendentales, hasta el punto que se ha llegado a afirmar que el siglo xx acaba precisamente en 1989⁸⁵. Sin duda, los acontecimientos que desde entonces han tenido lugar no han hecho sino reforzar esta afirmación. En este nuevo mundo, cada uno de los actores que operan en el ámbito internacional debe encontrar su propia posición, para con ello desempeñar el papel que en esta nueva configuración mundial le corresponde. Ello concierne en gran medida a los países del antiguo bloque soviético y, entre ellos, a Polonia, puesto que se hallan en un importante momento de cambio político, social y jurídico.

La posición que a Polonia corresponde debe entenderse necesariamente vinculada a la noción *Europa*. Qué duda cabe de que, tras el desmoronamiento del bloque soviético en 1989, la Unión Europea se ha abierto al Este y de que, al mismo tiempo, la europeización va unida, cada vez más, a las esperanzas de los ciudadanos de la Europa Oriental. Por todo ello se produce hoy en día un proceso de recepción de Oeste a Este, por el cual numerosos principios de los ordenamientos constitucionales occidentales están siendo acogidos en las nuevas constituciones de los países ex socialistas⁸⁶, y en el cual también los ordenamientos jurídico-privados de estos países están siendo ampliamente modificados, o incluso codificados de nuevo, con una clara orientación liberal-occidental. Polonia ha dado, en este proceso, un importante paso adelante: se ha procurado una nueva Constitución moderna y orientada a las constituciones occidentales, mientras el legislador polaco se ha esforzado y se esfuerza por adaptar el Derecho Civil a las exigencias de la Unión Europea.

No obstante, la europeización no puede limitarse al ámbito jurídico y económico. Más allá de todo ello, debe buscarse y ponerse especial énfasis en el conjunto de valores, historia, tradiciones y ligámenes que constituyen la herencia de la evolución común de Europa en el curso del tiempo y de la historia⁸⁷. En este sentido, la

⁸⁵ HOBBSAWN, E., *Historia del siglo xx*, Editorial Crítica, 2.ª edición, Barcelona, 1998.

⁸⁶ HÄBERLE, P., «*Verfassungspolitische Maximen für die Ausgestaltung der Europafähigkeit Polens*», en HÄBERLE, P., *Europäische Verfassungslehre im Einzelstudien*, Nomos Verlag Gesellschaft Baden-Baden, 1994, p. 80.

⁸⁷ WYRZIKOWSKI, M., «*Die Europäisierung des nationalen Verfassungsrechts*», en BAUER, H. (Hrsg.), *Ius Publikum im Umbruch: Referate und Diskussionsbeiträge des XI. Deutsch-Polnischen Verwaltungskolloquiums vom 22-25 September 1999 in Jena*, Boorberg Verlag, Stuttgart, 2000, p. 70.

cultura jurídica polaca puede sin duda aportar algo «*propio y nuevo a esta Europa*», y con ello prestarle también un buen servicio ⁸⁸. Creo, pues, que no es del todo apropiado hablar de una vuelta o retorno a Europa, ya que desde este punto de vista, Polonia no la ha abandonado nunca. Más bien se trata de devolver a Polonia el lugar que en esta nueva Europa le corresponde ⁸⁹.

⁸⁸ HÄBERLE, P., *Verfassungspolitische Maximen...*, *op. cit.*, pp. 306 y 315.

⁸⁹ WYRZIKOWSKI, M., *Die Europäisierung...*, *op. cit.*, p. 70.

El hotel no responde de los objetos de valor no entregados en recepción

ALBERTO SÁENZ DE SANTA MARÍA VIERNA
Notario

SUMARIO: I. *Preliminar.*—II. *Calificación jurídica de la cláusula.*
III. *Protección jurídica frente a la cláusula:* 1. Control de incorporación: A) Requisitos de incorporación: a) El contrato de hotel: ¿consensual o formal? b) Valor jurídico de las «tarjetas de entrada»: B) Interpretación jurídica: a) Regla de concreción, claridad y sencillez. b) Regla *contra proferentum*. 2. Control de contenido: A) Derecho tradicional de contratos. B) Derecho de Defensa de los consumidores.

I. PRELIMINAR

Cualquier lector habrá visto la cláusula que da título a este trabajo en infinidad de ocasiones. Incluso la habrá firmado muchas veces, ya que es sistemáticamente reproducida en las tarjetas de recepción que los empresarios hacen firmar hoy a los clientes al tiempo de llegar a un hotel.

El propósito que persiguen los empresarios hoteleros con esta cláusula es fácilmente describable: evitar toda responsabilidad por razón de los bienes, objetos y equipajes que el huésped lleva consigo, de manera que cualquier riesgo de pérdida durante la estancia corra a cargo del propio cliente y nunca a cargo de la empresa hotelera. Salvo aquellos objetos —supuestamente de valor— que sean específicamente depositados en Recepción para su custodia singular, de los que —afirman los empresarios— sí responde el hotel.

De esta cláusula, de su interpretación y su valor jurídico y, por tanto, de su conformidad o disconformidad con el Ordenamiento

Jurídico vigente es de lo que nos vamos a ocupar en las líneas que siguen ¹.

II. CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LA CLÁUSULA

Un primer examen de la cláusula desde el punto de vista estrictamente jurídico nos permite afirmar que se trata de:

– Una cláusula contractual, incorporada al contrato de hotel. Contrato de los llamados turísticos, sin duda afectado por ese irrefrenable signo de los tiempos que es la «contratación en masa», especialmente en un país como el nuestro, cuya primera industria es el turismo.

– Una cláusula predispuesta por una de las partes en el contrato: el empresario hotelero.

Sin duda predispuesta, porque ha sido redactada por el hotelero con carácter previo a la celebración del contrato entre las dos partes en el contrato: el empresario-predisponente y el cliente-consumidor.

– Una cláusula impuesta por una de las partes en el contrato (el empresario hotelero) a la otra (el cliente).

Impuesta también (además de predispuesta), porque el cliente ni negocia ni puede negociar individualmente su contenido. Es decir: la cláusula se le impone en todo caso, si quiere hospedarse en el hotel.

– Una cláusula modificativa de la responsabilidad contractual.

Obviamente, no es una cláusula de agravación de responsabilidad del empresario hotelero, sino todo lo contrario: de limitación de su responsabilidad. Y dentro de éstas, pertenece al grupo de las directamente llamadas «cláusulas exoneratorias» por su finalidad liberatoria hasta el límite.

– Una cláusula aplicada con carácter general, pues, una vez redactada por el empresario predisponente, éste la impone en todos

¹ Por supuesto que todo lo dicho en el texto es igualmente aplicable a otras redacciones parecidas o semejantes, como la siguiente (también muy frecuente en los establecimientos españoles):

«El hotel no se hace responsable de los objetos y valores no depositados bajo su custodia, contra recibo.»

Algunas redacciones hablan de «objetos depositados» y otras de «objetos entregados para su custodia»; a veces se mencionan los «objetos que se dejen en las habitaciones»; otras veces se hace mención expresa a «dinero, alhajas y otros objetos de valor».

Algunas tarjetas sustituyen la palabra «Hotel» por la de «Dirección», pensando –¿quizá?– en delimitar las respectivas responsabilidades del «propietario del hotel» y del «gestor del hotel» (que con frecuencia es una cadena hotelera).

Estas pequeñas diferencias (y otras imaginables) no cambian el sentido de la cláusula que nos ocupa en el presente trabajo. Y a todas es de aplicación la argumentación del texto. Siendo llamativa también la semejanza –cuando no identidad– que se observa en la redacción gramatical de los más distintos y lejanos hoteles y cadenas hoteleras.

los contratos que celebra (prueba irrefutable de lo cual es que figura ya impresa en las «tarjetas de recepción»).

Estas afirmaciones nos permiten concluir que se trata de una cláusula que reúne todos los requisitos para ser calificada de «condición general de la contratación». Que, como tal, encaja al pie de la letra en la definición legal del artículo 1.1 de la LCGC:

«Son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos.»

Y, cumulativamente con ello, se trata de una cláusula inserta en un «contrato celebrado con consumidores», ya que –sin duda– al cliente de hotel que nos ocupa conviene también la definición de consumidor que mantiene nuestra LGDCU en su artículo 1.2²:

«Son consumidores o usuarios las personas físicas... que... utilizan..., como destinatarios finales... servicios... cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva, de quienes los... suministran.»

Estas dos calificaciones son perfectamente compatibles, ya que –como es sabido– el ámbito de aplicación de las CGC y la DCU se solapa, aunque no es completamente coincidente. Podríamos decir que se trata de dos círculos secantes. Y dentro del espacio común a ambos círculos es donde se encuentra la cláusula que nos ocupa.

Así lo afirma igualmente Pagador Lopez³ cuando sintetiza: «... esta disciplina [se refiere a la LCGC] se aplica, en principio, a

² Nos ocupamos en este trabajo del cliente individual y particular, prescindiendo por el momento de contrataciones en grupo, viajes combinados o clientes–personas jurídicas.

³ PAGADOR LÓPEZ, *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas (La Ley de Condiciones generales de la Contratación de 1998)*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1999, p. 170.

Sobre la aportación de Javier Pagador López, deben consultarse:

Obras colectivas:

Lecciones 7.ª, 8.ª y 9.ª del «Curso sobre protección jurídica de los consumidores», coordinado por Gema Botana García y Miguel Ruiz Muñoz, McGraw Hill, Madrid, 1999, pp. 163-205.

Capítulo IV del libro *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, dirigido por Ubaldo Nieto Carol, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2000, pp. 219-300.

Obras individuales:

Su pequeño pero sustancioso estudio: «Impugnación por vicios del consentimiento y condiciones generales de la contratación», *La Ley*, núm. 4.767, 5 de abril de 1999.

Y, sobre todo, su monumental monografía mencionada, *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas (La Ley de Condiciones generales de la contratación de 1998)*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1999, 786 pp.

todos los contratos celebrados por medio de condiciones generales, con las salvedades establecidas por la propia Ley. Ahora bien, conviene advertir, por una parte, que cuando el adherente sea consumidor o usuario en sentido legal, las condiciones generales quedarán también sometidas a las prescripciones de la LCGC (art. 10.3 LGDCU), lo que significa, a nuestro modo de ver, que será aplicable la LGDCU principalmente y la LCGC subsidiaria o supletoriamente».

Es decir, en el Derecho español vigente la situación es compleja en extremo, debiendo ponderarse en cada caso la aplicación «superpuesta» –en todo o en parte– de ambos conjuntos normativos.

En nuestro caso, dado que contemplamos la hipótesis de cláusula predispuesta por el empresario hotelero, que la aplica en todos los contratos que celebra (vía «tarjeta de entrada») y, por tanto, también cuando el cliente es un consumidor, la superposición es total. Son, por tanto, aplicables ambos bloques normativos.

III. PROTECCIÓN JURÍDICA FRENTE A LA CLÁUSULA

Como muy bien sintetiza Blanco Pérez-Rubio⁴, «el legislador ha establecido un régimen jurídico de protección que consiste en la imposición, por una parte, de unos requisitos de índole formal, que aseguran la autenticidad del consentimiento del consumidor (control de inclusión o de incorporación) y, por otra, en la imposición de un control sobre el contenido de las cláusulas que pretende garantizar la correspondencia del contenido contractual con las exigencias de equidad».

Con el primer control se excluyen las CGC que no han podido ser consentidas. Con el segundo, las que favorecen con manifiesta injustificación al predisponente. Veamos estos dos tipos de controles aplicados a la cláusula que nos ocupa.

1. CONTROL DE INCORPORACIÓN

A) Requisitos de incorporación

Sobre el imprescindible esquema de la regulación del contrato en el Código Civil (recuérdese: consentimiento, objeto y causa),

⁴ BLANCO PÉREZ-RUBIO, Lourdes, «El control de contenido en condiciones generales y en cláusulas contractuales predispuestas», *RJN*, julio-septiembre 2000, núm. 35, pp. 9-36 (las palabras citadas, en p. 11).

vamos a centrarnos en la Ley de 13 de abril de 1998, sobre Condiciones Generales de la Contratación. En particular, en su artículo 5, que es el que impone el llamado «control de incorporación»:

«1. Las condiciones generales pasarán a formar parte del contrato cuando se acepte por el adherente su incorporación al mismo y sea firmado por todos los contratantes. Todo contrato deberá hacer referencia a las condiciones generales incorporadas.

No podrá entenderse que ha habido aceptación de la incorporación de las condiciones generales al contrato cuando el predisponente no haya informado expresamente al adherente acerca de su existencia y no le haya facilitado un ejemplar de las mismas.»

Llegados a este punto, debo aclarar que, por principio, nada se puede tener en contra de las condiciones generales de la contratación en sí mismas. Y que, por tanto, si no persiguen situaciones de desventaja para el consumidor, pueden incluso tener grandes ventajas. Lo ha dicho de forma inmejorable Pagador López⁵:

«... En una perspectiva formal o en cuanto especial técnica de contratación, las condiciones generales vienen a dar satisfacción a un conjunto de necesidades y requerimientos empresariales legítimos y dignos de consideración desde el punto de vista de la política legislativa, lo que se explica por la sencilla razón de que producen efectos beneficiosos no sólo para los predisponentes, sino para toda la colectividad...»

Por tanto, como premisa mayor acepto que puedan existir condiciones generales en la moderna contratación, y también en la hotelera. Ahora bien, deben cumplir –aparte de lo que veremos más adelante– los requisitos resultantes del transcrito artículo 5.

¿Los cumple nuestra cláusula?

Prima facie, la cláusula es –sin duda– aceptada por el cliente, que la firma en la «tarjeta de entrada», es supuestamente informado de su existencia y al que se le hace entrega de un ejemplar de ella.

La aceptación resulta indubitada vistos los flexibles términos en que se manifiesta el artículo 5.2 de la Ley: «Cuando el contrato no deba formalizarse por escrito y el predisponente entregue un resguardo justificativo de la contraprestación recibida, bastará con que el predisponente... las inserte en la documentación del contrato que acompaña su celebración; o que, de cualquier otra forma, garantice al adherente una posibilidad efectiva de conocer su existencia y contenido en el momento de la celebración».

⁵ *Condiciones generales y cláusulas contractuales predisuestas, ob. cit.*, pp. 47-48.

A partir de aquí, un análisis concienzudo de la cuestión requiere tomar en consideración dos cuestiones: una, la naturaleza del contrato de hotel; dos, el valor jurídico de las «tarjetas de entrada».

a) *El contrato de hotel: ¿consensual o formal?*

Para nosotros, el de hotel es un contrato sin duda consensual, de los que se perfeccionan por el mero consentimiento de las partes. Así resulta tanto de la regla general de nuestro Derecho de la contratación (arts. 1254, 1258 y 1278 CC y 51 CCO) como de la circunstancia de no necesitar ni la entrega de un bien –caso de los contratos reales– ni una forma legalmente exigida –caso de los contratos formales.

No descubrimos nada con tal afirmación, pues toda la doctrina científica que se ha ocupado del tema lo ha venido manteniendo unánimemente.

Este carácter consensual se mantiene en todo caso, incluso en aquellas hipótesis –cada vez más frecuentes– en que hay una reserva previa (directamente del particular o a través de una Central de reservas; individual o en régimen de contingente). En tal caso, el de reserva será un contrato independiente del de hotel o alojamiento, pero no lo convierte en formal.

Y no podemos olvidar que sigue existiendo el contrato de hotel concertado *in actu*, es decir, mediante presencia física del cliente en el hotel, solicitando habitación y siendo aceptado en el mismo momento por el empresario.

b) *Valor jurídico de las «tarjetas de entrada»:*

Reafirmado el carácter consensual del contrato de hotel, llega el momento entonces de analizar el valor de esas «tarjetas de entrada».

Desde luego, no constituyen la forma escrita del contrato de hotel, pues por principio ya hemos dicho que es consensual. Ni siquiera el empresario hotelero persigue el fin de convertirlo en la forma escrita del contrato, pues de las tarjetas ni resulta el carácter bilateral (el empresario nunca firma), ni el objeto (el servicio hotelero a prestar) ni la causa del contrato (la voluntad de prestar y recibir alojamiento).

En puridad es un simple resguardo o tique encuadrable dentro del artículo 5.2 de la LCGC, acreditativo de que el contrato de

hotel ya ha sido celebrado, pero que no es el contrato mismo (pues ya se ha perfeccionado verbalmente)⁶.

En la vida real y en los usos hoteleros se ha convertido en un documento que simplemente representa o simboliza la «entrega de la llave» por parte del empresario y la «toma de posesión» de la habitación por parte del cliente. Para lo cual, el empresario suele señalar en dicha tarjeta:

- a) El número de habitación definitivamente asignado al cliente;
- b) Las fechas de entrada y salida del cliente, con el ruego –simple ruego casi siempre– de dejar la habitación antes de las doce horas del día de la salida;
- c) Algunas instrucciones –a veces– sobre el uso de la llave o de la tarjeta de acceso a la habitación;
- d) El precio del contrato –quizá esto es lo más importante en la intención del empresario–. No debe olvidarse que ni todas las habitaciones de un hotel tienen el mismo precio, ni en todas las épocas del año se cobra lo mismo por la misma habitación, ni el precio es igual para todos los clientes que se hallan hospedados en una determinada fecha.

Es decir, para nosotros estas «tarjetas de entrada» no son la forma escrita del contrato, sino que funcionan como vehículo de carácter meramente informativo y, sobre todo, a modo de «título de legitimación» o, como los llamaba el maestro Joaquín Garrigues, «títulos directos en forma de títulos al portador»⁷.

En términos puramente descriptivos, se trata de resguardos que legitiman a su portador para el uso de ciertos servicios del hotel

⁶ Como dice GONZÁLEZ PACANOWSKA, «Los contratos que no deben formalizarse por escrito son aquellos en los que la buena fe no exige tal documentación del contrato... sin perjuicio de que pueda ser necesaria una constancia por escrito de las propias CGC, así como la entrega de resguardo justificativo de la contraprestación recibida», en la obra colectiva: *Comentarios a la ley de condiciones generales de la contratación* (coordinada por Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano), Aranzadi, 1999, p. 153.

⁷ Joaquín GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, tomo I, 7.ª ed. Revisada con la colaboración de Alberto Bercovitz, Madrid, 1976, p. 740.

«Se discute en la doctrina si los llamados títulos directos en forma de títulos al portador constituyen verdaderos títulos-valores en sentido técnico. Se trata de títulos que no contienen el nombre del titular (aunque designen a una persona directamente) y que dispensan al deudor del examen de la legitimación del presentante. Ejemplo: fichas de guardarropa, contraseñas de salida, contraseñas entregadas en los talleres de reparación, etc. Para algunos autores (MESSINEO) estos «documentos de legitimación» no son títulos-valores porque faltan en ellos características esenciales (literalidad, aptitud para la circulación). También se habla de «títulos aparentes al portador» (VIVANTE), porque la obligación del suscriptor no debe regularse según la declaración unilateral de voluntad manifestada en el título, sino conforme a la relación contractual que se ha estipulado para su emisión. Son títulos aparentes al portador, porque el emisor sobreentiende la cláusula al portador con el fin de liberarse más fácilmente de su obligación y no para reconocer al portador un derecho propio y autónomo de exigir el cumplimiento de la obligación».

(acceso al restaurante, identificación en ciertas dependencias, legitimación para efectuar cargos contra la factura final de la habitación, etc.). Pero en ningún caso permiten que quien no sea legítimo portador (un ladrón de la tarjeta, por ejemplo) pueda –por esta sola tenencia– exigir al empresario las prestaciones en que consiste el contrato de hotel.

Paradójicamente –yo diría que sorprendentemente–, a esta finalidad informativa y de legitimación de las tarjetas se le ha añadido (con una u otra redacción) la cláusula que da título a este trabajo. Y como he comprobado personalmente, en casi todas las ocasiones aparece escrita en letra pequeña y al dorso⁸.

Es decir, se «incorpora sorprendentemente» una cláusula contractual limitativa de derechos del cliente dentro de un documento meramente informativo y legitimador⁹.

Por eso podemos concluir este apartado sobre el control de incorporación poniendo en duda su punto de partida inicial: no es jurídicamente seguro que la firma de la «tarjeta de entrada» suponga por sí sola la consciente aceptación por el consumidor del contenido de la cláusula.

B) Interpretación jurídica

Para el autor de estas líneas, no hay duda de que la interpretación forma parte del control de contenido, porque interpretar es ya entrar

⁸ Sin dejar de mencionar que en ningún caso se hace referencia a su carácter de «condición general incorporada».

Resultaría, pues, aplicable el remedio judicial a que se refiere GONZÁLEZ PACANOWSKA, «En la denominada Jurisprudencia menor ha sido también frecuente acudir al expediente de estimar que las cláusulas no quedan incorporadas cuando figuran al dorso, sin firma y sin referencia a las mismas en el anverso» (obra colectiva citada, p. 157, nota 47 a pie de página).

⁹ En este punto, me permito dejar constancia de un sistema que, desde hace algún tiempo, vengo yo aplicando en determinadas ocasiones al llegar a un hotel. Consiste éste en que cuando el empleado de recepción me entrega la tarjeta de entrada para que la firme, así lo hago, y a la vez, busco y localizo la inexorable cláusula que nos ocupa. Allí donde la vea, cruzo con trazo firme una línea transversal, dejando clara constancia por escrito de mi voluntad contraria a la aceptación de tal cláusula.

Hasta ahora, las reacciones han sido limitadas. Algunos empleados de recepción ni siquiera captan la situación; otros muestran un gesto de sorpresa; pero ninguno ha llegado a oponerse; ni siquiera a manifestarse respecto a mi actitud «contra-tarjeta». O mejor dicho: «contra-cláusula».

Se dirá que mi conducta no es suficientemente reveladora de mi oposición a aceptar la cláusula impuesta, pero no lo creo así. Ante cualquier Tribunal puede argumentarse razonablemente el significado de mi trazo transversal, tachando y por tanto rechazando la cláusula predispuesta impuesta.

Además, frente a la frecuente afirmación de los empresarios hoteleros de que «siempre se advierte verbalmente al cliente de la cláusula», yo puedo afirmar por mi propia experiencia personal que en ninguna ocasión (y son centenares) me ha sido nunca hecha ninguna advertencia verbal por parte de ningún empleado de hotel. Y frente a este silencio en la advertencia y la imposición de una cláusula exoneratoria predispuesta, creo perfectamente lícito y adecuadamente proporcionado manifestar la no aceptación de la cláusula mediante ese trazo escrito. Frente a una cláusula impuesta, una cláusula rechazada.

en la sustancia jurídica del fondo del asunto: sólo puede ser objeto de control sustantivo lo que previamente ha sido interpretado.

Pero como es una operación jurídica intelectualmente escindible y, en esa medida, previa al definitivo control de contenido, puede ser específicamente examinada por separado. Y eso hacemos a continuación.

Dos reglas hay que tomar en consideración al respecto, provenientes de la LCGC¹⁰: una, la de «concreción, claridad y sencillez» que exige a las cláusulas el artículo 5.4; otra, la relativa a las «cláusulas generales oscuras» del artículo 6.2.

a) *Regla de concreción, claridad y sencillez*

Quizá (recálquese el quizá) estos tres calificativos puedan ser predicables respecto a nuestra cláusula, ya que, lejos de las habituales marañas en que suelen consistir los formularios de condiciones generales, se trata de una sola cláusula, afectante a una sola cuestión del contrato de hotel –aunque muy importante, a mi juicio–.

No puede decirse de nuestra cláusula que sea a todas luces incomprensible o indescifrable, luego podemos aceptar por el momento que estas tres exigencias legales quedan salvadas. Con lo que no procedería la sanción determinada en el artículo 7.b); es decir, en principio, puede aceptarse que nuestra cláusula puede quedar incorporada al contrato de hotel.

b) *Regla contra proferentum*

Aparece formulada en principio por el artículo 1.288 de nuestro Código Civil¹¹:

«La interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad.»

¹⁰ Con agudeza señala PAGADOR LÓPEZ, la confusión que puede provocar la expresión «oscuras» contenida en el artículo 7.b) de la LCGC: «... el desafortunado empleo del adjetivo oscuras que, anteriormente, en el artículo 6.2 se utiliza también a propósito de la regla *contra proferentum*, dando pie a pensar, con ello, que ante una cláusula oscura cabe optar tanto por aplicar la regla *contra proferentum* como considerarla, si se prefiere, simplemente no incorporada», *ob. cit.*, p. 395.

¹¹ La valía escondida en este artículo 1288 del Código fue destacada especialmente por el maestro Federico DE CASTRO Y BRAVO.

Primero, en su Discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación en 1960: «Un paliativo de no escasa importancia se encuentra en las normas sobre interpretación de los contratos. Frente al empresario que redacta o impone las condiciones generales se utiliza la antigua regla *contra proferentum* y así, en la duda sobre el significado de dichas condiciones, la interpretación se hará de modo que no favorezca al empresario, por ser la parte que ocasionó la oscuridad (art. 1288)», pp. 60 y 61 de la edición de Civitas del año 1975: *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las Leyes*.

Después, en su monumental obra «El Negocio Jurídico» publicada por el INEJ en 1971 dentro del *Tratado práctico y crítico de Derecho Civil*: «Esta regla se ha valorado

Y en tiempos recientes ha sido incorporada, para mayor refuerzo explícito, en la moderna Legislación que hoy hemos de considerar, a saber, el artículo 6.2 de la LCGC:

«Las dudas en la interpretación de las condiciones generales oscuras se resolverán a favor del adherente.»

Como se ve, la coincidencia de espíritu y finalidad entre los artículos 1288 del Código y 6.2 de la LCGC es total.

Y aplicada al examen de nuestra cláusula, la interpretación *contra proferentum* permite algunas deducciones relevantes, extraídas de su pura redacción. En efecto, resulta llamativo en estas cláusulas que, gramaticalmente hablando, están casi siempre redactadas mediante una doble negación: «el hotel... no responde de los objetos... no entregados», en lugar de hacerlo mediante una frase directamente afirmativa: «El hotel RESPONDE de los objetos entregados». De donde deducimos dos datos:

Primer dato: el «confusionismo» objetivo que en sí misma supone esta redacción de cara a su pura comprensión o inteligibilidad. No es necesario insistir en que las frases de este tipo –doblemente negativas– obligan al lector, cuando menos, a una relectura. Ya que la primera lectura no suele desvelar por sí sola el significado exacto y completo de lo que se desea expresar, es preciso hacer una segunda.

Por ejemplo: no es igual de claro afirmar que «los no amigos de mis amigos son no amigos míos» que escribir «los amigos de mis amigos son mis amigos».

Segundo dato: esta redacción doblemente negativa comporta otro plus de «oscurecimiento», ya que la equivalencia entre dos negaciones no siempre es una afirmación. En efecto, cabe que lo contrario a lo positivo no sea abarcador del total resto negativo.

Otro ejemplo: no es lo mismo afirmar que «los enemigos de mis amigos son mis enemigos» que afirmar «los no enemigos de mis no amigos son mis enemigos». Porque mis «no amigos» no han de ser necesariamente mis enemigos, y porque puede haber neutrales. Y no quiero que esto parezca un juego de palabras.

En suma, se utiliza por los empresarios hoteleros una perífrasis, es decir, un rodeo de palabras para decir algo que habría podido

como prueba de que en el Código se atiende a la responsabilidad resultante de una indebida conducta negocial (incumplimiento del deber de hablar claro). En la práctica ha servido para facilitar protección a quienes aceptan contratos de contenido preestablecido (por uno de los contratantes), así en los contratos de adhesión y en las cláusulas generales de contratación», *ob. cit.*, p. 88.

decirse más brevemente. ¿Qué razón puede tener el uso de este circunloquio?

Para mí, sin duda, el circunloquio ha sido buscado a propósito por los predisponentes, con el fin de dificultar el puro entendimiento lingüístico y contractual de la cláusula.

Por todo lo cual estimo que esta oscuridad intencionada hace perfectamente aplicable a nuestro caso la regla de interpretación *contra proferentum*. Por tanto, al ser los empresarios hoteleros los causantes de esta oscuridad, deben ser los perjudicados a la hora de interpretar la cláusula. Lo que supone:

1.º Las cláusulas de mera recomendación o cortesía no resultan eficaces para excluir la responsabilidad del establecimiento hotelero.

En efecto, algunos hoteles utilizan redacciones pretendidamente suaves o elegantes, tales como «se ruega a los señores clientes que no dejen objetos de valor en las habitaciones», o «rogamos encarecidamente a nuestros clientes que velen siempre por sus efectos, pues la Dirección no podría aceptar responsabilidades en caso de hurto o robo».

Estas redacciones resultan –a mi juicio– absolutamente inanes, es decir, sin valor jurídico alguno. Y, desde luego, no logran introducir en el contrato de hotel factores «desvinculantes de responsabilidad» para el empresario hotelero.

2.º Todas las cláusulas que nos ocupan deben ser objeto de interpretación restrictiva. No simplemente estricta, sino directamente restrictiva.

Así, cuando se hable de «objetos de valor», habrán de entenderse comprendidos en la irresponsabilidad empresarial sólo objetos de muy notable valor; de manera que todos los demás quedarían comprendidos en la regla general de responsabilidad *ex* artículos 1783 y 1784. Y la cuantía determinante de este «valor» debe ser interpretada con generosidad, es decir, en favor del cliente y de acuerdo con la realidad social del momento.

Y cuando se hable de «alhajas», la expresión habrá de entenderse ceñida a joyas muy singulares e individualizadas, perfectamente «separables». Excluyendo –por ejemplo– todas aquellas que, por ser estrictamente personales, acompañen siempre al cliente (como sus relojes, aunque sean de notable valor; unos pendientes, las sortijas...). De ellos, el empresario hotelero responderá siempre, pues no tiene ningún sentido separarse de ellos para depositarlos en Recepción.

Y cuando se habla de «dinero», habrá de comprenderse en esta expresión el dinero en efectivo (es decir, sólo monedas o billetes), excluyendo –por ejemplo– cheques, pagarés, tarjetas de crédito, cheques de viaje u otros semejantes medios de pago, que quedarían fuera de la cláusula de irresponsabilidad del empresario.

Y cuando se hable de «valores», ¿habrá de entender por tales sólo los «títulos-valores» en sentido estricto? ¿O los títulos representativos de operaciones mercantiles?

Además, ¿qué son valores?; ¿qué se quiere decir con esta expresión tan amplia y multívoca? Su interpretación debe ser siempre restrictiva y, por tanto, en beneficio del cliente del hotel.

Siguiendo la misma línea interpretativa, las cláusulas que impongan la irresponsabilidad del empresario hotelero respecto a los objetos que se dejen «en las habitaciones» se ceñirán sólo a estas dependencias. Por tanto, el empresario seguirá respondiendo «*ex* artículos 1783 y 1784» respecto a las restantes dependencias generales del hotel (salones, pasillos, *hall*, restaurante del hotel, etc.).

Por contra, cuando las cláusulas impongan la no responsabilidad del empresario hotelero respecto a los objetos que se dejen en las «áreas o zonas comunes» se ceñirán sólo a esos espacios. Y, por tanto, se responderá escrupulosamente en cuanto a los objetos dejados en las habitaciones.

Y así, hasta donde se pueda interpretar *contra proferentum*, es decir, en favor del cliente y en contra del empresario hotelero que ha predispuesto e impuesto una tal cláusula.

2. CONTROL DE CONTENIDO

Ésta es la cuestión de verdad crucial para el análisis jurídico de nuestra cláusula. Y, en este análisis, debemos diferenciar el control que se deriva de nuestro tradicional Derecho de la contratación y el derivado del moderno Derecho de defensa de los consumidores surgido del artículo 51 de la Constitución española de 1978.

A) Derecho tradicional de contratos

No cabe duda de que el principio de libertad de contratación ha sido, es y será un Principio capital del Derecho español de obligaciones.

Pero este principio ni es ni puede ser entendido en términos fundamentalistas. Y de ello es prueba que el propio precepto que lo consagra en nuestro Código Civil –art. 1255– impone tres limitaciones: las

leyes, la moral y el orden público. Que con certero adjetivo fueron calificadas por Federico de Castro como «limitaciones intrínsecas»¹².

Empezando por el final, diremos que la moral y el orden público son dos conceptos que van unidos, ya que «se han venido observando las coincidencias entre uno y otro concepto, su identidad sustancial y el ser como los dos lados de una medalla». Recoge esta interconexión Jordano Fraga cuando dice que «se trata de figuras funcionalmente conexas que, por su carácter de cláusulas generales, determinan la existencia en manos del intérprete de un instrumento flexible en el que poder filtrar la validez de las cláusulas lesivas»¹³.

En cuanto a la otra limitación intrínseca («las leyes»), tenemos varias manifestaciones de ellas que pueden ser traídas a colación en nuestro caso:

Primera ley limitativa:

El artículo 1102 del Código Civil: «La responsabilidad procedente del dolo es exigible en todas las obligaciones. La renuncia de la acción para hacerla efectiva es nula».

Es decir, no son válidos aquellos pactos que puedan producir el efecto de dejar impunes conductas fundadas en el dolo contractual. Ni puede ser abandonado a su suerte el cliente cuando la falta de seguridad en el interior del hotel es fruto de la voluntad dolosa en ese sentido del propio empresario.

Y lo mismo hay que decir de los casos de culpa grave, de acuerdo con el viejo adagio –que se estima unánimemente vigente– *culpa lata dolo aequiparatur*.

Segunda ley limitativa:

El artículo 1258 del Código Civil: «Los contratos... obligan... a todas las consecuencias que... sean conformes a la buena fe».

¹² Resulta innecesario decir que en este apartado seguimos fielmente las enseñanzas de Federico de Castro cuyas ideas, ya contenidas en su *Derecho Civil de España*, fueron definitivamente cristalizadas en tres magnos artículos (el primero de los cuales recoge el que fuera su Discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de 1960). Estos artículos son:

– «Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes», *ADC*, 1961, pp. 295-341 (hay una edición en *Cuadernos Civitas* de 1975, ya aludida antes).

– «El arbitraje y la nueva *Lex mercatoria*», *ADC*, 1979, pp. 619-725.

– «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad», *ADC*, 1982, pp. 987-1.085.

Sobre esta aportación de Federico de Castro, véanse CABANILLAS SÁNCHEZ, «Las condiciones generales de los contratos y la protección del consumidor», *ADC*, 1983, pp. 1.191-1.206, y AMORÓS GUARDIOLA, «Las limitaciones de la autonomía de la voluntad según el pensamiento de Federico de Castro», *ADC*, 1983, pp. 1.129-1.147.

¹³ DE CASTRO, «Limitaciones intrínsecas...», *ADC*, 1982, p. 1.035.

JORDANO FRAGA, «Modificaciones convencionales de las reglas de responsabilidad contractual», *RDM*, 1984, p. 686.

Es decir, la buena fe objetiva impide pactar algo cuyo contenido atente contra el equilibrio contractual de las partes firmantes.

Tercera ley limitativa:

El artículo 6.2 del Código Civil: «La exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidos cuando no contraríen el interés o el orden público».

Es decir, no son válidos aquellos pactos que, cualquiera que sea su redacción gramatical, provoquen una renuncia no permitida por la ley. En nuestro caso, la renuncia es al carácter «protector de las pertenencias del huésped» que el Código impone como natural en el contrato de hotel.

Cuarta ley limitativa:

Es la que se deriva de la que Jordano Fraga llama –siguiendo la pauta de Federico de Castro– «la función preceptiva del Derecho dispositivo»¹⁴. Que podríamos llamar también el «valor institucional de los tipos contractuales». Consiste esta idea en que cláusulas como la que nos ocupa pueden chocar no sólo contra el Derecho imperativo, sino con el propio Derecho dispositivo, que no es incondicionalmente derogable.

El Derecho dispositivo, aunque sea tal, manifiesta la regulación normal del contrato y, en ese sentido, tiene un cierto carácter imperativo: son preceptos en los que el legislador ha ponderado cuidadosamente la situación normal de los intereses de las partes, tienen una función ordenadora, por lo que no pueden ser desplazados sin una razón suficiente.

Y hay normas dispositivas que se refieren a la sustancia misma del contrato, bien porque resulten de la naturaleza misma del contrato, bien porque se refieran a derechos y obligaciones que constituyen la esencia tipológica de cada contrato. Y estas normas –recordemos: dispositivas– no pueden ser derogadas por los contratantes y, mucho menos, por uno solo de ellos.

¹⁴ JORDANO FRAGA, *ob. cit.*, RDM, p. 679.

DE CASTRO, «Las condiciones generales...», ADC, 1961, p. 335.

En esta misma línea de pensamiento, Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «La buena fe impone pues al profesional predisponente respetar en las cláusulas predisuestas e impuestas al consumidor los intereses legítimos de éste... Para determinar cuáles son esos intereses legítimos del consumidor... tienen relevancia la moral social o las buenas costumbres; son relevantes también los usos y las normas dispositivas. Tienen relevancia las normas dispositivas en la medida que las mismas representan la normalidad asumida por el legislador. Cualquier cambio introducido por las condiciones generales con respecto a esos usos o en esas normas dispositivas, que desequilibran sustancialmente los derechos y obligaciones derivados para las partes de la aplicación de aquéllos (sin cambio alguno), deberá estar debidamente justificado» (obra colectiva citada, p. 758).

Concluyendo este apartado con la siguiente frase de Federico de Castro, que literalmente fotografía la cláusula que nos ocupa en este artículo: «En el Derecho español está permitida la modificación de los tipos contractuales, cabe la exclusión de esta o aquella obligación propia del contrato, su aligeramiento o agravación; pero el abandono de facultades, acciones o excepciones sin justificación alguna, sin reciprocidad, contraprestación o especialidad del contrato no es eficaz en cuanto implica una renuncia de la ley».

B) Derecho de defensa de los consumidores

Como se ve, el control de contenido se puede acometer sin duda con mecanismos de enorme fuerza expansiva, previstos en nuestro tradicional Derecho de obligaciones y contratos. Pero, además, hoy en día las modernas orientaciones de la vida contractual y del Derecho que la regula han generado un nuevo mecanismo jurídico, verdadero «extracto cristalizado» incorporado a los Ordenamientos actuales y que conocemos como Legislación de defensa de los consumidores.

En este campo, deben tomarse en consideración dos normas, dada la circunstancia –concurrente en nuestra cláusula y ya expresada antes– de solapamiento y superposición que se produce entre dos sectores de nuestro Ordenamiento jurídico: la Ley de 13 de abril de 1998, sobre Condiciones Generales de la Contratación, y la Ley de 19 de julio de 1984, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (esta segunda modificada por la primera). Aunque, en nuestro caso, se produce la concurrencia de ambas normas en un mismo fin.

Dispone la primera en su artículo 8:

«1. Serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.

2. En particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.»

Y este artículo 10 bis (contenido en la segunda y al que se remite la primera) determina:

«1. Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exi-

gencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. En todo caso, se considerarán cláusulas abusivas los supuestos de estipulaciones que se relacionan en la disposición adicional de la presente Ley».

2. Serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas las cláusulas, condiciones y estipulaciones en las que se aprecie el carácter abusivo. La parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil... Sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá [el Juez] declarar la ineficacia del contrato.»

Y la disposición adicional primera da la lista de estas cláusulas abusivas:

«A los efectos previstos en el artículo 10 bis, tendrán el carácter de abusivas al menos las cláusulas o estipulaciones siguientes:

“[...]”

II. Privación de derechos básicos del consumidor.

9.^a La exclusión o limitación de forma inadecuada de los derechos legales del consumidor por incumplimiento total o parcial o cumplimiento defectuoso del profesional.

10. La exclusión o limitación de responsabilidad del profesional en el cumplimiento del contrato, por los daños... causados al consumidor debidos a una acción u omisión por parte de aquél...”»

Como ya hemos dicho, éste es el control sustancial, la auténtica *crux iuris studiosorum*. Pues es aquí donde debe entrar en juego la tarea del jurista profesional como «devorador de argumentos»¹⁵.

Pues bien: nuestra cláusula se ajusta milimétricamente a la definición de «cláusula abusiva» de este artículo 10 bis, ya que:

a) *La cláusula no ha sido negociada individualmente.* Todo lo contrario, ha sido impuesta por el empresario al cliente, al que se «obliga a firmar» la tarjeta de entrada si quiere alojarse en el hotel.

¹⁵ Tomo prestado este certero calificativo –y estamos hablando de Lenguaje– nada menos que de Miguel DELIBES, «Carta a Don Joaquín Garrigues de Don Miguel Delibes», en el libro del fundador de la Escuela Española de Derecho Mercantil: *Temas de Derecho Vivo*, Editorial Tecnos, Madrid, 1978, pp. 9 y 10.

No puedo resistir la tentación de reproducir el párrafo completo de la Carta de Miguel Delibes: «Usted no ignora que la raíz de mi literatura está en su “Curso de Derecho Mercantil”, que abordé por primera vez en los años cuarenta, con el recelo que inspira de entrada esta materia, para acabar descubriendo en él la literatura, esto es, el arte de encadenar palabras con belleza y erudición, la exactitud del adjetivo, el ramalazo metafórico deslumbrante y eficaz. Hasta entonces yo no había sido un lector atento, sino un devorador de argumentos».

Ajustándose incluso a una redacción casi literalmente idéntica para todos los clientes, incluso de distintos hoteles (¿estaremos ante una práctica colusoria?).

b) *La cláusula va en contra de las exigencias de la buena fe.* Entendiendo –como entiende unánimemente la doctrina (Blanco Pérez-Rubio, Lasarte, Bercovitz, Duque Dominguez, Alfaro, Díaz Alabart, ...) ¹⁶–que se trata de la buena fe objetiva, es decir, la que imponen las normas del tráfico jurídico, civil y mercantil (y no la buena fe subjetiva, que no opera en este punto).

Es la resultante del artículo 1258 del Código Civil: «los contratos... obligan... a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe». Y es el criterio principal de «infracción» del Ordenamiento jurídico, que en este caso, sí se comete con la cláusula tantas veces repetida.

¿Por qué? Porque con la imposición de una tal cláusula, el hotelero está abusando de su poder de contratación frente al consumidor, al que impone *velis nolis* un determinado contrato de hotel con el cual el cliente queda alejado de la finalidad económico-social que perseguía.

Pues esta finalidad no es otra sino la de que su persona y los efectos que con él viajan sean acogidos, en condiciones de seguridad jurídica y económica, por quien profesionalmente explota la actividad hotelera de proporcionar habitación –mediante precio– a los que se encuentran en esa situación de «desplazado».

La cláusula objeto de nuestro estudio aleja al consumidor del esquema con el que éste desea obtener satisfacción a sus legítimos intereses. Es decir, hay una distancia entre el «esquema deseado» y el «esquema realizado» del contrato de hotel. Y esta distancia encuentra su «motivo» (que no causa) en la cláusula de marras.

c) *La cláusula causa –en perjuicio del consumidor– un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.*

Hay desequilibrio porque en el entramado de derechos y obligaciones derivados del contrato de hotel el legislador ha querido que el contrato comúnmente celebrado pivote, en cuanto a la «responsabilidad por los efectos del viajero», sobre la regla general resultante de los artículos 1783-1784 del Código Civil.

¿Por qué? Porque el contrato de hotel no se concibe por el legislador como una mera cesión irresponsable del puro espacio físico en que consiste la habitación, sino que va mucho más allá. Inspirándose en la idea de «protección al desplazado» que consti-

¹⁶ BLANCO PÉREZ-RUBIO, «El control de contenido...», *RDN, ob. cit.*, pp. 29-30.

tuye –a nuestro juicio– la verdadera *Weltanschauung*, la verdadera *ratio legis* del contrato de hotel.

Lo hemos dicho en otro lugar, al explicar la finalidad de los artículos 1783-1784 del Código Civil ¹⁷:

«[...] esos preceptos siguen teniendo una *ratio legis*, un fundamento de razón. Y este fundamento actual no es otro sino el de proteger al viajero, ese «desplazado» que se encuentra fuera de su ámbito y entorno natural y que no puede proporcionarse a sí mismo seguridad en un terreno que le es ajeno, cuando no desconocido u hostil.

Esta «protección al desplazado» es la que precisamente debe proporcionar el moderno profesional hotelero, pues se halla en su medio, en su entorno y en su territorio; conoce la situación y tiene los medios para superarla. Y, además, percibe una importante remuneración del viajero a cambio de proporcionarle a éste un hospedaje seguro.

Y esta protección al desplazado es la que da fundamento a la responsabilidad del empresario hotelero como responsabilidad agravada y excepcional.»

[...]

Esta cláusula por la que el hotel se hace irresponsable por cualesquiera efectos que no hayan sido especialmente depositados provoca, sin duda, la situación que describe Pagador Lopez ¹⁸ cuando afirma que «por razón de su contenido de regulación material, puede considerarse especialmente relevante desde el punto de vista del consentimiento del cliente, es decir, es una cláusula que pese a hallarse predispuesta, regula extremos atinentes a los elementos esenciales del contrato, respecto de los cuales el cliente se ha forjado expectativas legítimas y razona-

¹⁷ «... esos preceptos siguen teniendo una *ratio legis*, un fundamento de razón. Y este fundamento actual no es otro sino el de proteger al viajero, ese “desplazado” que se encuentra fuera de su ámbito y entorno natural y que no puede proporcionarse a sí mismo seguridad en un terreno que le es ajeno, cuando no desconocido u hostil.

Esta “protección al desplazado” es la que precisamente debe proporcionar el moderno profesional hotelero, pues se halla en su medio, en su entorno y en su territorio; conoce la situación y tiene los medios para superarla. Y, además, percibe una importante remuneración del viajero a cambio de proporcionarle a éste un hospedaje seguro.

Y esta protección al desplazado es la que da fundamento a la responsabilidad del empresario hotelero como responsabilidad agravada y excepcional. [...].»

Es decir: el carácter tuitivo o protector del usuario de servicios hoteleros que debe tener el contrato de hotel (como unánimemente defienden los autores del llamado «Derecho del turismo»).

Hemos desarrollado estas ideas en otro trabajo, muy ligado a éste (hasta el punto de que ambos son complementarios). Me refiero a: SAENZ DE SANTA MARÍA VIERNA, Alberto: «Cajas de seguridad en hoteles», *RDM*, núm. 240, abril-junio 2001, pp. 701-748 (las palabras transcritas, en p. 720).

¹⁸ PAGADOR LÓPEZ, «Impugnación por vicios del consentimiento...», la Ley, 5 de abril de 1999, p. 3.

bles que han coadyuvado a forjar su decisión de contratar. Es pues, una cláusula que afecta, altera o modifica aquellos aspectos de la relación negocial directamente relacionados con las prestaciones fundamentales y, por tanto, con la naturaleza del contrato celebrado».

Con esta cláusula, el empresario hotelero pretende auto-liberarse de todo control ¡en el interior de su propio establecimiento!, de manera que cualesquiera daños patrimoniales (incluso procedentes del robo o hurto) que sufra el cliente «dentro del recinto hotelero» deben correr a cargo de la propia víctima y no pueden repercutirse al empresario hotelero, ni siquiera en el caso de que éste sea totalmente negligente en las más elementales tareas de cuidado, vigilancia y/o seguridad del hotel.

d) La cláusula –vistas las cosas en negativo– implica en el fondo una renuncia a los derechos del cliente de hotel como consumidor.

En este sentido, quedaría también comprendida la cláusula en el apartado 14 de la lista negra de la Ley. Y como muy certeramente resume y concluye Quicios Molina en su estudio: «toda renuncia o limitación expuesta en una cláusula contractual predispuesta e impuesta por el profesional... ha de reputarse abusiva»¹⁹.

En esta misma línea nuestra, ha dicho nuestro Tribunal Supremo que: «parece claro que una de las obligaciones que conlleva el contrato de hospedaje es que éste se ofrezca con las adecuadas condiciones de seguridad personal», sin que pueda aceptarse «la omisión de unas medidas de seguridad ineludibles para prevenir un resultado» (STS 7 de noviembre de 2000).

Por todo lo cual el mismo Tribunal Supremo ha insistido en la responsabilidad del empresario hotelero como una responsabilidad agravada fundada en el riesgo profesional o de empresa:

«La responsabilidad excepcional de los hoteleros, regulada en los artículos 1.783 y 1.784 del Código civil, fundada en el riesgo profesional o de empresa, nace por el hecho de la introducción en el hotel de los efectos por el huésped, sin necesidad de un previo contrato de depósito y sin requerirse la aceptación del fondista que queda, desde ese momento y hasta la terminación del contrato de hospedaje, responsable por los daños o la pérdida de los efectos».

(STS de 11 de julio de 1989).

«La responsabilidad civil de hoteleros y fondistas experimenta actualmente la evolución debida a los avances de la responsabili-

¹⁹ QUICIOS MOLINA, *Obra colectiva citada (coordinada por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO)*, p. 1064.

dad objetiva..., donde siguiendo el criterio de la responsabilidad por riesgo, no es preciso probar ya la culpa del hotelero en la desaparición de los efectos introducidos en el hotel».

(STS de 15 de marzo de 1990).

Por cierto, que quizás es éste el sitio adecuado para recordar que este estudio sobre la abusividad de la cláusula que nos ocupa despliega su eficacia sobre todos los contratos de hotel celebrados con cualesquiera establecimientos hoteleros de España, de acuerdo con la vigente normativa administrativa (Decreto de 15 de junio de 1983 del Ministerio de Transportes y Comunicaciones y Orden de 19 de julio de 1968 del entonces Ministerio de Información y Turismo, en lo no modificado por aquél).

De esta normativa administrativa resulta que, en la actualidad, los establecimientos hoteleros españoles se clasifican conforme resulta del siguiente cuadro ²⁰.

ESTABLECIMIENTOS HOTELEROS

Grupo	Modalidad	Categoría
HOTELES		
Hoteles		De 1* a 5*
Hoteles-Apartamentos		De 1* a 5*
Moteles		Única (2*)
PENSIONES		
Pensiones		De 1* a 2*

Pues bien: la norma de los artículos 1783 y 1784 del Código Civil y, consiguientemente, nuestro examen sobre la cláusula, afec-

²⁰ La definición legal de cada modalidad se formula en los artículos 2 y 3,4 del Decreto del año 1983. Y es la siguiente:

Hoteles:

Establecimientos que facilitan alojamiento con o sin servicios complementarios, distintos de los correspondientes a cualquiera de las otras dos modalidades.

Hoteles-apartamentos:

Establecimientos que por su estructura y servicios disponen de las instalaciones adecuadas para la conservación, elaboración y consumo de alimentos dentro de la unidad del alojamiento.

Moteles:

Establecimientos situados en las proximidades de carreteras que facilitan alojamiento en departamentos con garaje y entrada independiente para estancias de corta duración.

Pensiones:

Establecimientos que no reúnen las condiciones del grupo «Hoteles».

ta por igual a todos estos grupos, en todas sus modalidades y en cualquiera de sus categorías, desde pensiones de una estrella a hoteles de cinco, ya que todos ellos merecen en nuestro ordenamiento la calificación de «establecimientos hoteleros».

¿Quiere esto decir que no es posible pactar algo en contra de la disciplina resultante de los artículos 1783 y 1784?

Desde luego que no. A mi juicio, el capital principio de libertad de contratación *ex* artículo 1255 del Código civil permite pactar términos diferentes a los de estos dos preceptos.

Es perfectamente posible que las dos partes del contrato de hotel (empresario y consumidor) lleven a cabo una verdadera negociación singular, «caso por caso», en la que pacten y modulen la responsabilidad del empresario por los «efectos introducidos».

Y esa negociación puede llegar al extremo de imponer o excluir casi totalmente la responsabilidad empresarial por cualquier tipo de evento. Sería el caso –perfectamente imaginable en el mundo de hoy– de hospedaje en circunstancias especialísimas (guerra o guerra civil, desórdenes generalizados, actos de terrorismo, situaciones colectivas de inseguridad o pánico social, vandalismo...) que, al ser asumidas libre y negociadamente por el hotelero y el cliente, darían lugar al que podríamos llamar «hospedaje a todo riesgo» (sea a cargo del hotelero, sea a cargo del cliente).

Con lo cual, queda resuelta la cuestión formulada: los artículos 1783 y 1784 del Código civil español no son imperativos, dado que aceptan pacto en contrario.

Pero ese pacto en contrario debe resultar, sin duda, de una verdadera negociación individualizada entre las dos partes del contrato. La mera imposición por parte del predisponente, a través de una condición general de la contratación abusiva (y para muchos contratantes, sorpresiva), es inapta para dejar sin efecto la regulación sustantiva de estos dos preceptos.

Y la imposición unilateral como «condición general de contratación» determina que, en este caso, no se pueda impedir la aplicabilidad directa de los artículos 1783 y 1784 del Código Civil como un efecto natural del contrato de hotel²¹.

²¹ A punto de remitir estas líneas para su publicación, llega a mi poder la desafortunadísima Sentencia de 27 de noviembre de 2001 de la Audiencia Provincial de Salamanca (Ponente: Sr. González Clavijo).

– No sólo por dar de plano la espalda a la corriente jurisprudencial que va aflorando en nuestro Tribunal Supremo (STS de 11 de julio de 1989, 15 de marzo de 1990 y 27 de enero de 1994) y que claramente avista la responsabilidad objetiva del empresario hotelero, fundada en el riesgo profesional o de empresa.

– Es que su escasísimo razonamiento se basa tan sólo en una interpretación meramente gramatical. Incluso más: gramaticalista (si se permite el barbarismo) del inciso «... con

En conclusión:

Como la cláusula que da título al presente trabajo no ha sido negociada individualmente; como va en contra de las exigencias de la buena fe; y como causa un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones derivados del contrato de hotel:

A mi juicio, constituye una condición general de la contratación que es abusiva y por ello nula, al ir en contra de las exigencias de la buena fe en la contratación mercantil hotelera.

Por tanto, la cláusula debe entenderse excluida del contenido del contrato, que –por supuesto– queda a salvo en todo lo demás (aplicación de la regla de la nulidad parcial).

Y si se quisiera precisar aún más, dentro de la enumeración ejemplificativa que se contiene en la LGDCU, diríamos que ésta es una cláusula abusiva de «Privación de derechos básicos del consumidor» encuadrable tanto en el epígrafe 9) como en el 10) de la «lista negra» contenida en la disposición adicional primera de la Ley.

tal que se hubiese dado conocimiento a los fondistas de los efectos introducidos en su casa ...» del artículo 1.783 del Código civil.

Con olvido de los criterios interpretativos lógico, histórico y de la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicado el precepto. Y sobre todo, ignorando «el espíritu y finalidad de las normas» (art. 3 del Código Civil).

– Desconoce por completo la distinción entre «efectos introducidos» (por razón del contrato de hotel) y «efectos depositados» (por razón del contrato de depósito, optativo y distinto). En cuanto a los primeros, la Sentencia hace al empresario hotelero absolutamente irresponsable. Un *lobby* hotelero no podría siquiera plantear una solución mejor (mejor para los intereses del hotelero; peor para los intereses de los clientes, consumidores de servicios hoteleros).

– Prescinde completamente de la Legislación de defensa de los consumidores, expresamente aducida por el demandante, víctima del robo (primero) y de la irresponsabilidad del empresario (después).

– Hace una derogación –judicial– de los artículos 1783 y 1784 del Código Civil, pues al contraer la responsabilidad del empresario hotelero a sólo los efectos «cuya introducción se advierte al hotelero», le hace irresponsable de todos los demás efectos del cliente (objetos personales, joyas portadas, máquinas fotográficas u ordenadores personales, maletas dejadas en la habitación...).

– Todo ello, con dos importantes agravantes:

1.ª Por circunstancias que no es del caso reproducir ahora, el cliente no llegó a firmar la «tarjeta de recepción» (en la que los empresarios hoteleros suelen incorporar al dorso la cláusula que da título al presente trabajo).

2.ª Existía una previa Sentencia penal de condena a una persona concreta como «autor de un delito de robo con fuerza en las cosas», con expresa afirmación de que «los servicios de control del hotel tuvieron un rotundo fracaso al dejar pasar a una persona desconocida» que usó «llave, ganzúa u otro sistema similar (espada que se llama en el argot delincencial) para abrir la puerta cerrada con llave de la habitación».

A la vista de esta Sentencia, creemos que los clientes de los hoteles españoles tienen motivos más que sobrados para no preocuparse únicamente por los ladrones profesionales que «revolotean» en torno a los hoteles de superior categoría.

Proyecto de investigación europeo Eurohipoteca: Puntos para la discusión

GRUPO DE INVESTIGACIÓN EUROHIPOTECA¹

NOTA PREVIA

La presente nota, que acompaña al documento de trabajo relativo a la Eurohipoteca, quiere incidir en dos cuestiones preliminares que confluyen en el tema que nos ocupa: el lento camino hacia la armonización jurídico-privada en Europa y la creación de un mercado inmobiliario e hipotecario único en Europa.

Por una parte, aunque parece que los Estados miembros de la Unión Europea estén apostando decididamente por una unión política y económica europea, existen áreas, como la del derecho civil², en las que los avances son lentos. Parece que los Estados sean reticentes a aceptar que pueda aplicarse un derecho ajeno al propio decidido desde Bruselas, especialmente en materias de mucha tradición nacional, que reflejan el carácter, la tradición, la lengua o la cultura de los pueblos (como bien puede ser el derecho inmobiliario, el de familia o el de sucesiones).

Parece ser, por tanto, que los Estados no son aún conscientes de que la unificación económico-política europea no puede realmente conseguirse sin una armonización jurídica, especialmente en su

¹ Actualmente (agosto 2004) el grupo de investigación de la Eurohipoteca está compuesto por: Shaun Bond, Martin Dixon, Gerwyn Griffiths, Ulf Jensen, Esther Muñoz Espada, Sergio Nasarre Aznar, Elena Sánchez Jordán, Otmar Stöcker y Agnieszka Tulodziecka. En otoño de 2004 se incorpora a lo trabajos Pedro del Pozo Carrascosa. Esta versión española ha sido preparada por **Esther Muñoz Espada, Sergio Nasarre Aznar y Elena Sánchez Jordán**. Grupo patrocinado por el FBBVA.

² Destacar sobre esta materia dos importantes obras recientemente publicadas en nuestro país CÁMARA LAPUENTE, Sergio (coord.), *Derecho Privado Europeo*, Colex, Madrid, 2003 y SCHULZE, Reiner y ZIMMERMANN, Reinhard, *Textos básicos de derecho privado europeo. Recopilación*, (edición española a cargo de Esther Arroyo i Amayuelas), Marcial Pons, Madrid y Barcelona, 2002. No debe olvidarse también el trabajo que vienen realizando los diversos grupos de investigación europeos respecto a la armonización del derecho civil.

vertiente jurídico-privada (aunque algún avance más se está consiguiendo en materia de obligaciones, contratos y derecho de daños).

Por otra parte, la evolución que está sufriendo el mercado hipotecario a nivel europeo está redundando directamente en el mercado inmobiliario (y en el de la vivienda, en particular). En un contexto de bajos tipos de interés y de alta capitalización de las entidades de crédito, la hipoteca se ha convertido en el producto financiero por excelencia, representando actualmente el 40 por 100 del PIB europeo y con un volumen vivo de más de 4 trillones de euros. Pero no debe olvidarse que la hipoteca es, esencialmente, un derecho real muy vinculado a la tierra y a los derechos nacionales y, que si el avance en la armonización del derecho civil es difícil, lo es aún más una armonización en el derecho hipotecario, aunque sea imprescindible para poder hablar propiamente de un mercado inmobiliario e hipotecario europeo. En realidad, deben salvarse numerosas reticencias provenientes no sólo del ámbito estrictamente jurídico, sino también político, económico y financiero.

El mercado inmobiliario se encuentra íntimamente ligado al hipotecario, puesto que éste provee de liquidez al primero: el mercado inmobiliario quedaría anquilosado sin esta fuente de subvención que supone el mercado hipotecario. Los mecanismos que el mercado hipotecario prevé para la financiación de la vivienda (y, en general, para la financiación de la promoción inmobiliaria) son esencialmente dos: las operaciones activas (la pura concesión de préstamos hipotecarios) y las operaciones pasivas (refinanciación hipotecaria y emisión de valores hipotecarios). Es más, las operaciones activas del mercado hipotecario no podrían existir (o no resultarían tan eficientes) sin las pasivas. En otras palabras, las entidades de crédito difícilmente podrían conceder préstamos con garantía hipotecaria si no existiesen mecanismos de refinanciación hipotecaria. Y esto debemos concebirlo en el contexto de un mercado global e interrelacionado a nivel europeo. Los beneficiados de un mercado hipotecario de ámbito europeo eficiente –con operaciones activas y pasivas comunes– serían tanto los consumidores, es decir, los necesitados de un préstamo para adquirir su vivienda (o para iniciar un negocio, edificios de oficinas, locales de empresas, etc.), dado que supondrá un aumento de la competitividad entre las entidades de crédito, como las entidades de crédito, que podrán ser más competitivas en el mercado de operaciones pasivas, puesto que estarían favorecidas con nuevas y más ágiles y seguras estructuras.

En estos momentos se detectan dos problemas en relación a las operaciones activas: por un lado, se constata la insuficiencia en algunos países europeos de adecuados instrumentos de financiación inmobiliaria; es decir, no en todos los países las formas de hipoteca previstas son suficientes para las necesidades modernas de la financiación inmobiliaria. Por otro lado, las diferencias legislativas del derecho hipotecario entre cada uno de los Estados miembros, agravado por la concurrencia de normas jurídicas colaterales a ella de muy diferente naturaleza, es una rémora cada vez más evidente para la fluidez de los negocios transnacionales y para el crédito hipotecario transfronterizo. Estas cuestiones requerirían al menos de ciertas reflexiones que nos movieran a un debate donde teniendo muy presente las necesidades prácticas y el nuevo contexto inmobiliario y económico nos hiciera recuperar las antiguas discusiones dogmáticas y teóricas cargadas de sugerencias para la construcción de nuevos modelos.

Las operaciones pasivas tienen su propia complejidad que se centra, esencialmente, en que las rigideces (o, dicho de otra manera, garantías) del *civil law* no permiten que instituciones como el *trust* anglosajón (y sus derivados en *civil law*), en las que se basa su sistema de refinanciación hipotecaria por valores, puedan funcionar jurídicamente en nuestros ordenamientos; y viceversa, la ausencia de legislación en los países de *common law* imposibilita la emisión eficiente de valores hipotecarios tipo deuda en ellos. Ambas cuestiones impiden hablar de un mercado común de operaciones pasivas del Mercado Hipotecario en Europa. La Eurohipoteca que se debate en el texto que presentamos influye tanto en las operaciones activas como en las pasivas.

En fin, las necesidades de una hipoteca común han sido expuestas ya en diversos escritos, tanto nacionales como extranjeros, y que no hace falta reiterar aquí³. Por su parte, la futura (llamada) Constitución Europea clama, sin renunciar a la identidad propia de los pueblos, a forjar un destino común, en un área cada vez más estrechamente unida, lo que sin duda pasa por un Derecho común, al menos, en aquellas materias que influyen en la consecución del mercado interior. El texto constitucional convoca a seguir la obra realizada en el marco de los Tratados constitutivos de las comunidades europeas y del Tratado de la UE, garantizando la continuidad del acervo comunitario. Será necesario, pues, ahondar en la búsqueda de una legislación común en la medida necesaria para el alcance de los objetivos de la Unión. A pesar de todo, sorprende

³ Nos remitimos a toda la bibliografía citada *infra*.

que no se consagre en dicho texto constitucional (que más bien es un tratado internacional) el derecho a la vivienda, como derecho esencial e inalienable de la persona, al que irían ligadas indisociablemente las políticas de financiación y la armonización de instrumentos comunes para igualar el acceso a la vivienda en todos los Estados de la Unión. Además, entre los objetivos de la Constitución Europea está un espacio sin fronteras en el que la libre circulación de capitales esté garantizada. A la culminación de este principio contribuiría de manera decisiva la armonización de las garantías inmobiliarias, y por tanto la existencia de una Eurohipoteca.

Asimismo se destaca en el mismo texto legal cómo en las políticas de la Unión se garantizará un nivel elevado de protección de los consumidores. Precisamente sobre los consumidores debe ponerse el acento a la hora de configurar de un modo concreto el modelo de Eurohipoteca, y no porque en los últimos tiempos éstos sean la principal preocupación, a veces movido por cotas de electoralismo político, sino en la convicción de que un esfuerzo de estas características sólo tiene sentido si contribuye a un avance social, jurídico y económico, y lo será si se demuestran y existen verdaderamente beneficios para los consumidores, como así creemos.

Centrándonos, por último, en lo que representan las dificultades jurídicas en torno a la Eurohipoteca, debemos decir que su origen se encuentra en la falta de un modelo consensuado de figura. Es más, atendiendo a lo que conocemos de las hipotecas y demás derechos reales de garantía inmobiliaria en otros ordenamientos, podemos afirmar que en lo único en lo que están de acuerdo todos los ordenamientos es que se trata de un derecho que sujeta los inmuebles para que sirvan de garantía para la satisfacción preferente de un crédito garantizado. Todo lo que no sea aceptar que los inmuebles pasan a garantizar una cantidad de manera preferente es diferente: ni la constitución, ni la cesión, ni la negociación, ni la cancelación, ni la preferencia, ni su relación con los demás derechos reales, ni el Registro de la Propiedad, ni su relación con la obligación garantizada, ni siquiera su naturaleza jurídica pueden ser generalizados. Existen, eso sí, modelos: el modelo alemán, el modelo latino, el modelo anglosajón, el modelo nórdico, etc., y existen numerosos «submodelos» (ej.: poco tiene que ver la manera de constituir una hipoteca en Francia que en España; la *Grundschuld* alemana guarda diferencias de naturaleza jurídica con la *Schuldbrief* suiza; la *mortgage* inglesa difiere en cuestiones esenciales de la *mortgage* irlandesa, etc.). Teniendo en cuenta esto, entendemos que, a la hora de abordar la cuestión de la Eurohipo-

teca, hay que superar estas diferencias de configuración jurídica y debemos dar un paso más allá: ¿qué *tipo* de hipoteca puede resultar *más útil* a las finalidades del crédito transnacional en un mercado hipotecario –recordemos, de operaciones activas y pasivas– paneuropeo? Y eso nos lleva a plantearnos aún otra cuestión: ¿qué necesidades debe satisfacer una Eurohipoteca que actualmente no estén cubiertas y que provocan que el crédito transnacional en Europa represente escasamente un 1 por 100 del total del negocio del préstamo hipotecario? Estas necesidades, además, seguramente diferirán de un territorio a otro: en unos el crédito hipotecario a los particulares ya es suficientemente seguro; en otros no se puede desarrollar convenientemente el préstamo comercial porque es muy costoso o imposible realizar préstamos sindicados; en un tercero seguramente será imposible la cesión rápida y barata de manera masiva de préstamos hipotecarios tanto a otras entidades de crédito nacionales como extranjeras; en otros no se podrá titularizar; o no se podrá refinanciar eficientemente por valores hipotecarios; etc. Se están soportando, en definitiva, muchos e incalculables costes de oportunidad. Por ello, partimos de la idea de que la Eurohipoteca pueda aglutinar todas estas necesidades; además, no sólo las necesidades presentes sino también las futuras, de manera que no sea necesario recurrir a parches y reinversiones del derecho civil a las que estamos acostumbrados (ej.: si nuestro ordenamiento no prevé que el deudor hipotecario se pueda refinanciar eficientemente, se aprueba la Ley de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios de 1994; si resulta que, aunque sacrificando el sacrosanto principio de accesoriedad a las necesidades prácticas, hace falta que pueda ser posible ir incluyendo bajo una misma hipoteca muchas obligaciones, nos inventamos, primero de hecho y luego de derecho, la hipoteca de máximo; lo mismo para hipotecas de cuenta corriente, en garantía de valores; etc.). Una hipoteca que, cubriendo las necesidades actuales, pueda prever posibilidades para necesidades futuras; que sea lo suficientemente flexible. El mercado hipotecario paneuropeo que se nos dibuja actualmente en la práctica va mucho más allá que la concesión de préstamos hipotecarios a particulares para la compra de vivienda (aunque también lo comprende). Se trata de negociación interbancaria y de refinanciación hipotecaria; se trata de un mercado, como el de la titularización hipotecaria, que en Estados Unidos representa 6 billones de dólares mientras que en el resto del mundo únicamente 0,9 billones de dólares; estamos hablando de que, a peor refinanciación, más costosos son los préstamos hipotecarios para las entidades de cré-

dito que lo repercuten a los consumidores. Estamos hablando de una figura útil, segura y flexible.

Estamos convencidos de que la Eurohipoteca es deseada por todos los implicados en el negocio del préstamo hipotecario (entidades de crédito, deudores, negociadores inmobiliarios, etc.) pero las reticencias sobre el cómo (el modelo) y el cuándo (se lleva debatiendo más de cuarenta años) son diversas. Todas las sensibilidades deben recogerse, así como los intereses de las partes y deben minimizarse los riesgos. Como investigadores estamos convencidos de que este documento de trabajo puede servir como punto de partida para el estudio de esta cuestión, porque no sólo es un reto desde el punto de vista científico, sino también se trata de una institución útil y beneficiosa para todos.

A) INTRODUCCIÓN

El Grupo de Investigación *The Eurohypotheck: a common mortgage for Europe* hace públicas, mediante este documento, algunas de las reflexiones que fueron debatidas en su primer plenario celebrado en Valladolid en junio de 2004 en torno a la figura de la Eurohipoteca (*Eurohypotheck*). El documento de trabajo contiene algunos rasgos que podrían caracterizar a una posible hipoteca común para Europa ⁴.

⁴ Existen ya numerosas publicaciones relacionadas con la materia, que pueden encontrarse agrupadas en la página web del grupo. Desde este momento pueden destacarse, en castellano y catalán, las siguientes: MUÑIZ ESPADA, Esther, *Bases para una propuesta de Eurohipoteca*, Tirant lo Blanch, 2004; NASARRE AZNAR, Sergio, *La reforma del derecho registral inglés. Un modelo de Registro flexible para una Eurohipoteca*, RCDI, núm. 683, mayo-junio 2004; NASARRE AZNAR, Sergio, *Securitisation and mortgage bonds. Legal aspects and harmonisation in Europe*, Gostick Hall, Saffron Walden, 2004. NASARRE AZNAR, Sergio, *La garantía de los valores hipotecarios*, Marcial Pons, Madrid y Barcelona, 2003. NASARRE AZNAR, Sergio, «La conveniència de la regulació d'un dret real de garantia immobiliària no accessori a Catalunya», *La Notaria*, núm. 11-12, diciembre 2001; NASARRE AZNAR, Sergio y STÖCKER, Otmar, «Models d'hipoteca independent en dret comparat. La regulació d'un dret real de garantia independent a Catalunya», *Revista catalana de Dret Privat*, Vol. 2, diciembre 2003; NASARRE AZNAR, Sergio y STÖCKER, Otmar, «Un pas més en la 'mobilització' de la hipoteca: la naturalesa i configuració jurídica d'una hipoteca independent», *Revista catalana de Dret Privat*, Vol. 1, diciembre 2002; NASARRE AZNAR, Sergio y STÖCKER, Otmar, «Propuesta de regulación de un derecho real de garantía inmobiliaria no accesorio. El ejemplo de la Europa central», RCDI, núm. 671, junio 2002; NÚÑEZ IGLESIAS, Álvaro, *El préstamo hipotecario transfronterizo: la eurohipoteca*, «Boletín del Centro de Estudios Registrales de Cataluña», núm. 93, marzo-abril 2001; SÁNCHEZ JORDÁN, M.^a Elena, «Garantías sobre bienes inmuebles: la Eurohipoteca», en *Derecho privado europeo*, (coord. CÁMARA LAPUENTE, S.), Colex, 2003; SÁNCHEZ JORDÁN, M.^a Elena, «La Eurohipoteca», *Libro-Homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, t. III, Thomson-Cívitas, Madrid, 2003; STÖCKER, Otmar M., «La 'eurohipoteca'», *Revista Española de Financiación a la Vivienda*, núm. 18-19, abril 1992; STÖCKER, Otmar, *La Eurohipoteca: un medio para unificar el*

El principal objetivo de la publicación de este texto, que sólo es el comienzo de la investigación, es incentivar la discusión científica para la búsqueda de un nuevo instrumento de armonización de las garantías inmobiliarias que dinamice los créditos hipotecarios transnacionales, que actualmente representan apenas un 1 por 100 del total del negocio hipotecario. Existe, hoy por hoy, una necesidad de buscar un instrumento común, flexible pero seguro al mismo tiempo, que sea útil para hipotecante y acreedor hipotecario, no sólo en lo que se refiere a las operaciones activas sino también a las operaciones pasivas del mercado hipotecario.

Tanto académicos, como notarios, registradores, entidades de crédito, promotores inmobiliarios, operadores del mercado de valores, economistas, asociaciones de consumidores y demás expertos jurídico-económicos están llamados a esta reflexión, cuyas opiniones pueden dirigirse a la dirección de correo electrónico que aparece en la página web del Grupo (www.eurohypotheq.com).

Todo ello servirá para mejorar nuestra propuesta que, según los términos fundacionales del grupo, deberá acabar en un proyecto de Directiva para la Unión Europea en materia de Eurohipoteca.

B) TEXTO

I. OBJETIVO

El objetivo de este documento de trabajo es efectuar una propuesta para el diseño de una Eurohipoteca, cuya principal disyuntiva a la hora de su configuración es su carácter o bien accesorio o bien independiente de la obligación garantizada, pero que en cualquier caso pueda ser empleada para garantizar deudas.

Esta disyuntiva básica se fundamenta en que, si bien la hipoteca accesorio es la más común en Europa y la más conocida, utilizada y aceptada por los operadores ⁵, la hipoteca independiente es la que se ha venido proponiendo como modelo para la Eurohipoteca desde que surgió por primera vez esta idea en el Informe Segré en

Derecho Hipotecario en Europa, «Anales I 1996/1997», Centro para la Investigación y Desarrollo del Derecho Registral Inmobiliario y Mercantil (CIDDRIM), Coord. Alfonso HERNÁNDEZ MORENO, Cedecs, Barcelona, 1998. Para más bibliografía sobre la materia, puede consultarse la página web del grupo.

⁵ Esta es la opinión, por ejemplo, de WACHTER, Thomas, *La garantie de crédit transfrontalier sur les immeubles au sein de l'Union européenne. L'Eurohypothèque*, «Notarius International», vol. 4, 1999, pp. 183 a 185.

los años 60⁶, además es una figura exitosa allí donde ya está presente⁷.

El carácter independiente de la Eurohipoteca presenta las siguientes ventajas:

a) La Eurohipoteca ofrecería un amplio grado de flexibilidad, lo que es más difícil de conseguir con una hipoteca accesoria.

b) La Eurohipoteca podría existir ya antes de que se celebre el contrato de préstamo o antes de que se desembolse la cantidad prestada. El desembolso del préstamo resultaría, de este modo, más

⁶ Hace más de treinta años, la Comisión de la CEE encargó a un grupo de expertos, bajo la dirección del Prof. *Claudio Segré*, la tarea de llevar a cabo una investigación relativa a los problemas surgidos por la liberalización de los movimientos de capitales y las implicaciones de la integración del mercado de capitales. En 1966, este grupo de expertos elaboró un informe titulado «Desarrollo de un Mercado Europeo de Capitales», conocido como Informe Segré, en el que se proponía, entre otras medidas, la armonización de las previsiones legales relativas a los derechos de garantía sobre bienes inmuebles existentes en cada uno de los Estados miembros, proponiendo como modelo la deuda territorial alemana (*Grundschild*).

Esta iniciativa fue recuperada años después por la Unión Internacional del Notariado Latino, Comisión para Asuntos Europeos, que el 22 de mayo de 1987 envió al Consejo de Ministros de la UE la propuesta siguiente:

- debe establecerse una hipoteca regulada de manera uniforme en todos los Estados miembros, susceptible de ser empleada por las instituciones financieras, que coexista con los derechos de garantía inmobiliaria ya existentes en los distintos estados;

- este derecho uniforme debe ser construido sobre la base de la cédula hipotecaria suiza;

- en el seno de la UE, las instituciones financieras y los prestatarios tendrían acceso, de esta manera, a un derecho de garantía más flexible, como alternativa a los derechos de garantía ya existentes en cada estado miembro, y, por último,

- de esta manera, se evitarían los problemas de carácter jurídico, económico y práctico ligados a una hipoteca estrictamente accesoria.

Sobre la Eurohipoteca puede consultarse, además de la bibliografía citada anteriormente, la siguiente: Unión Internacional del Notariado Latino, *The Euromortgage*, 2.^a ed., Amsterdam, 1994 (con un ejemplo de contrato de garantía y de confirmación de rango); WEHRENS, Hans G., *Überlegungen zu einer Eurohypothek*, «Wertpapier Mitteilungs-Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht», núm. 14, abril 1992; y STÖCKER, Otmar, *Die Eurohypothek*, Berlin, 1992.

El documento «A non-accessory security right over real property for Central Europe», elaborado por Dr. Hans Wolfsteiner, Notary, Munich / Dr. Otmar Stöcker, Asociación de Bancos Hipotecarios Alemanes, publicado en la ZBB [Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft = Journal of Banking Law and Banking] 1998, 264) fue recuperado y reelaborado por un grupo de trabajo formado por las siguientes personas: Dr. Peter Ditzes, Frank Dresch, Leonhard Goebel, Hartwig Glatzki, Peter Heller, Albrecht Meyer, Ekkehard zur Megede, Dr. Sergio Nasarre Aznar, Dr. Otmar Stöcker, Tim Lassen, Andreas Luckow. Este segundo documento también ha sido utilizado para realizar el presente documento.

El grupo «La Eurohipoteca: una hipoteca común para Europa» (www.eurohypothec.com) nació en 2004. Sus miembros son académicos e investigadores de cinco Estados europeos diferentes y su principal objetivo es redactar un proyecto de Directiva para una eurohipoteca. Algunos de sus miembros ya han escrito diversas publicaciones sobre esta materia.

⁷ La hipoteca independiente está presente en Suiza, Alemania, Hungría, Suecia, Estonia, Eslovenia y existe un Proyecto avanzado en Polonia. Como dato relevante, ha de indicarse que la mayoría de los préstamos hipotecarios concedidos por las entidades de crédito alemanas están garantizados mediante hipoteca independiente (SCHWAB, Karl Heinz y PRÜTTING, Hanns, *Sachenrecht*, 27.^a ed., Ed. Verlag C.H. Beck, München, 1997, p. 344).

sencillo, puesto que el banco no tendría que correr con el riesgo de efectuar un desembolso sin que existiese previamente un derecho de garantía. En consecuencia, el prestatario podría constituir un derecho real de garantía sobre un bien inmueble antes o durante las negociaciones tendentes a la consecución del préstamo, de manera que el desembolso de la suma prestada, una vez concluido el contrato, podría acelerarse de forma considerable.

c) Cuando el crédito a garantizar ha sido total o parcialmente amortizado, la misma Eurohipoteca puede asegurar un nuevo crédito, sin necesidad de crear una nueva hipoteca. La Eurohipoteca puede emplearse, también, para garantizar obligaciones de cantidades variables; se trata de una importante ventaja para la financiación del desarrollo inmobiliario y de la construcción por fases, así como para asegurar obligaciones relacionadas con cuentas corrientes.

d) También es posible mantener la misma Eurohipoteca como garantía cuando la obligación actualmente garantizada sea sustituida por otra nueva (novación). Es posible ampliar o incluso sustituir un préstamo con un tipo de interés fijo, después de la finalización del período a interés fijo, por otro préstamo por el resto del plazo, conservando la garantía. Se puede aplicar la misma solución cuando varios créditos de escasa cuantía sean sustituidos por otros de gran entidad.

e) La Eurohipoteca podría ser empleada para garantizar varias obligaciones contraídas con el mismo acreedor.

f) La flexibilidad de la Eurohipoteca facilita el cambio de acreedor, lo que promueve la competencia entre prestamistas. Debido a su naturaleza no accesorio, puede ser transmitida a un nuevo acreedor para garantizar un nuevo préstamo.

g) La Eurohipoteca contribuye al desarrollo de nuevas técnicas de financiación por parte de las entidades bancarias. Así, la simplificación de los métodos de cesión hace posible que las entidades de crédito puedan transmitir préstamos garantizados con Eurohipoteca a otras entidades financieras. También es más fácil que las entidades de crédito adquieran otros créditos garantizados con Eurohipotecas sin gastos elevados ni pérdida de tiempo con el fin de mejorar su estructura de riesgo. Además, ello ayuda a concentrar los préstamos en las instituciones financieras que tienen mejores posibilidades de financiación de manera que el mercado pueda ofrecer mejores condiciones. Esto es beneficioso para aumentar los mercados de cédulas hipotecarias (*covered/mortgage bonds*) y de bonos de titulización hipotecaria (*mortgage-backed securities, MBS*).

h) La independencia respecto a la obligación garantizada, también permite ceder parte de préstamos hipotecarios entre instituciones financieras rápida y económicamente de una manera que no pueda verse afectada dicha cesión en caso de concurso (*insolvency-proof form*); ello es posible para la parte de préstamos sindicados realizados de este modo para diversificar riesgos y conceder préstamos a gran escala.

i) No es necesario para la Eurohipoteca que exista un modo de gestión electrónica de hipotecas, pero está claro que dicho sistema favorece el crédito transfronterizo. El simple registro de la Eurohipoteca la hace ser un adecuado instrumento para los registros electrónicos y para aplicaciones informáticas.

La carta hipotecaria es preferible en este contexto, dado que todas las nuevas transacciones que afectan a la Eurohipoteca, como las cesiones, pueden tener lugar sin necesidad de cambios en el Registro.

Las futuras reformas tendentes a lograr una negociación totalmente electrónica podrían ir dirigidas a emitir cartas electrónicas y créditos electrónicos. La Eurohipoteca está diseñada para adaptarse a este proceso.

j) La Eurohipoteca contiene (garantiza) un capital principal total, sin añadirle un determinado tipo de interés.

No somos ajenos a las dificultades teóricas y prácticas que puede plantear la introducción de una hipoteca no accesoria en ordenamientos donde ésta es desconocida, máxime con la idea de que ésta se convierta en el instrumento común para Europa. Entre ellas apuntamos los riesgos para el deudor de que garantía y obligación se cedan separadamente a dos terceros distintos; el funcionamiento de las excepciones; la falta de experiencia de las entidades de crédito con este tipo de hipotecas; posibles abusos de la figura que recomienden su uso limitado a instituciones controladas como las entidades de crédito; el riesgo de que el contrato de garantía se realice por contrato privado sin necesidad de elevarlo a público; cuestiones como la causa de la Eurohipoteca; su jurisdicción (posibilidad y proceso de ejecución); la Eurohipoteca sobre diversas fincas concebida como hipoteca solidaria; su innecesariedad porque algunas de las funciones de la hipoteca independiente expuestas ya se realizan (p. ej., en España) mediante otras figuras (hipotecas de máximo, flexibilización en la refinanciación de la hipoteca por parte del deudor mediante leyes especiales, etc.), entre otras.

No obstante, las ventajas que aporta la flexibilización de la hipoteca independiente tanto para el acreedor hipotecario como

para el deudor (en el ámbito de su respectiva refinanciación hipotecaria), la experiencia de funcionamiento exitoso de esta figura en otros ordenamientos y el hecho de que muchas de las fisuras planteadas pueden o bien explicarse o bien deberían ser analizadas en un segundo estadio de la investigación, nos conminan a realizar una exploración de cómo podría configurarse una Eurohipoteca de naturaleza independiente a la obligación garantizada en cada caso, puesto que, apriorísticamente y teniendo en cuenta las propuestas históricas en la materia desde los años sesenta, parece apuntarse como la solución más eficiente para dinamizar el préstamo transnacional en Europa.

II. REGULACIÓN GENERAL Y CONSTITUCIÓN DE UNA EUROHIPOTECA, ENTENDIDA COMO GARANTÍA INDEPENDIENTE

1. El propietario es el único sujeto legitimado para crear una Eurohipoteca. La Eurohipoteca debe ser susceptible de ser creada tanto por el propietario para sí mismo como para el futuro tenedor de la Eurohipoteca, en función de los deseos de las partes contratantes o únicamente del propietario. La creación de la Eurohipoteca es útil para el propietario si, por ejemplo, éste está en tratos con varios bancos con el objeto de obtener un crédito y, una vez que la decisión ha sido adoptada, quiere obtener pronto los fondos del préstamo. De esta manera, el propietario ya no tiene que ocuparse de los requisitos formales para la creación de la Eurohipoteca y tiene un derecho de garantía «en reserva».

2. Debe existir un contrato de garantía que regule el uso de la Eurohipoteca y que establezca los requisitos para su ejecución y para su cancelación. La ley debería señalar el contenido mínimo de los contratos de garantía, en aras de la protección del deudor. Los perjuicios que se ocasionen al propietario (sujeto que ofrece la garantía) o al acreedor como consecuencia del incumplimiento de los pactos contenidos en el contrato de garantía habrán de ser indemnizados.

El contrato de garantía debe estar sujeto al requisito de forma escrita. No es preciso que sea elevado a escritura pública y no es necesario que se inscriba en el Registro de la Propiedad. La posible invalidez del contrato de garantía no afecta a la válida constitución de la Eurohipoteca. No obstante, en caso de invalidez del contrato de garantía, la Eurohipoteca tendrá que ser devuelta al propietario de la finca.

3. Debería ser posible tener una Eurohipoteca fiduciariamente. En este sentido, habrá que adoptar precauciones para que esta forma de fiducia siga existiendo incluso en el supuesto de la insolvencia del fiduciario, de manera que el derecho de garantía no se incluya entre la masa pasiva concursal. Estas estructuras cobran virtualidad en los supuestos de financiación puente y de préstamos sindicados, en relación con la adquisición de carteras de préstamos entre bancos con el fin de diversificar riesgos y de aumentar y mejorar la refinanciación, así como en relación con la transferencia de préstamos a vehículos tituladores (*special-purpose vehicles*, *SPVs*) en el contexto de estructuras para la emisión de bonos de titulización hipotecaria (MBS).

4. La Eurohipoteca puede ser creada de dos maneras: como un derecho de vida registral y como un derecho incorporado a un certificado. Un derecho adjunto a un certificado (carta hipotecaria) facilita su transmisión. Esto presenta algunas ventajas para el prestatario en el caso de una reestructuración y permite la refinanciación por su tenedor en el mercado de capitales a través de una cesión de la Eurohipoteca a otro banco o, en el contexto de una transacción de MBS, a un SPV. Estas posibilidades mejoradas de cesión son también buenas para el prestatario. La transmisión de la carta/certificado a la que se incorpora la Eurohipoteca sigue las normas de la cesión de valores. En consecuencia, es también posible que la carta sea custodiada por un depositario en una forma inmaterial y, en caso de reclamación de devolución, para ser cedida en lugar del certificado/carta. Tales depositarios pueden ser sociedades privadas sometidas a la supervisión de los mercados de valores. Por esta vía puede transmitirse la Eurohipoteca entre distintos acreedores de manera simple y efectiva. La gestión electrónica de los derechos adheridos a una carta/certificado se encuentra regulada, por ejemplo, en Suecia, en relación con la «datapantbrev». De forma parecida, el futuro Sistema Americano de Registro Electrónico de la Hipoteca (American Mortgage Electronic Registration System, MERS), permitirá la administración electrónica a los titulares de derechos.

5. La Eurohipoteca puede ser empleada para asegurar créditos transfronterizos pero también, y esto dependerá de la voluntad de las partes, para garantizar préstamos que sólo afecten a un país. Puede ser creada en cualquier país de la UE, en relación con una o más propiedades situadas en uno o en distintos países de la UE. En este sentido, deben ser observados los requisitos que se exigen para la constitución de derechos reales en el lugar donde sea creada la Eurohipoteca. Cada país podrá decidir que, en el caso de que se

constituya una Eurohipoteca sobre inmuebles situados en dicho país, será necesaria la intervención de una determinada persona que sea competente, en función de la ley del país en el que la Eurohipoteca se cree (ej. el Notario).

6. Debería ser posible que a través de la Eurohipoteca se estipulase que, junto a la responsabilidad del inmueble, su propietario (quien lo sea en cada momento) sea responsable personalmente por la cantidad garantizada con la Eurohipoteca con su patrimonio personal. Esto tiene la ventaja de que solamente con el título ejecutivo de la eurohipoteca se abre la vía de la ejecución del patrimonio personal del propietario. En el caso de que se plantearan dificultades de pago por parte del prestatario, el banco no necesitará exigir la ejecución del inmueble inmediatamente: podrá ser satisfecho, al menos temporalmente, con ejecuciones no tan gravosas sobre bienes personales (por ejemplo, embargo de salarios). En ningún caso será posible demandar doblemente en las dos vías.

Dicha responsabilidad personal sería subsidiaria respecto de la garantizada con la Eurohipoteca, como sucede en el caso de la hipoteca accesorio (siempre que en la constitución de hipoteca independiente, deudor y propietario del inmueble gravado fuesen los mismos). Salvo declaración en contrario, no resultará responsable personalmente el hipotecante no deudor.

7. La Eurohipoteca no devenga intereses. Los intereses y las cantidades accesorias en relación con el préstamo puede ser garantizados a través de la creación de una Eurohipoteca por una cantidad suficiente. De esta forma, los titulares de derechos de menor rango pueden conocer, en cada momento, qué significado económico puede tener para ellos el rango superior que posee la Eurohipoteca. El propietario tiene derecho a la «devolución» de la hipoteca en relación con la parte de la Eurohipoteca de inferior rango que no sea necesaria para garantizar el préstamo; esta posibilidad podría ser restringida en la medida en que los intereses del préstamo se refieran a dos años.

8. El alcance de la Eurohipoteca es fijo, y sólo puede ser modificado en virtud de un acuerdo entre el titular de la misma y el propietario. En la medida en que la Eurohipoteca no sea necesaria para garantizar el préstamo, el propietario tiene derecho a la recuperación de aquélla. Este derecho de devolución no puede quedar limitado, en virtud de acuerdo, a un derecho de extinción de la Eurohipoteca. En la distribución que se lleva a cabo después de la ejecución de la Eurohipoteca el derecho de recuperación es tomado en consideración en el lugar correspondiente a su rango. No obstante, el propietario puede ceder este derecho de recuperación/

devolución al titular de una carga de rango inferior o a un tercero, por escrito. El cesionario recibe, pues, la cantidad correspondiente en la distribución.

9. Es posible crear e inscribir una Eurohipoteca en cualquier moneda de cualquier país del Área Económica Europea y, si los países en los que está la propiedad gravada lo permiten, también en otras divisas.

10. La Eurohipoteca grava tanto el inmueble en sí mismo como sus frutos y beneficios; en particular, las rentas, los accesorios y los derechos de crédito derivados de contratos de seguros por pérdidas sufridas en la finca, en los edificios y en otros bienes determinados. Los terceros solamente podrán hacer valer sus derechos en relación con estos bienes frente al titular de la Eurohipoteca si sus derechos están inscritos y poseen mejor rango en el Registro de la Propiedad.

11. La Eurohipoteca debe ser inscrita en el Registro de la Propiedad. Además, no se permite imponer tasas e impuestos más elevados a los que correspondan para crear derechos reales domésticos sobre inmuebles.

12. La Eurohipoteca tiene un rango fijo en relación con otros derechos de garantía sobre inmuebles y en relación con cualquier otro tipo de carga sobre el inmueble. El rango dependerá del orden de inscripción en el Registro. Sólo aquellos derechos, de naturaleza legal y no inscritos en el Registro relacionados con inmuebles, limitados en el tiempo y calculables son susceptibles de tener mejor rango que la Eurohipoteca. Esta relación en materia de rango también se aplica en los procedimientos de ejecución y en los supuestos de insolvencia del propietario.

13. Si se emite una carta hipotecaria, deberá ser expedida por la Oficina del Registro en forma documental o electrónica. Su emisión deberá hacerse constar en el Registro de la Propiedad. La carta hipotecaria reproduce los asientos en el Registro de la Propiedad en relación con la Eurohipoteca. La carta hipotecaria no contiene declaraciones en materia de rango.

14. El procedimiento que hace posible, en caso de pérdida de la carta hipotecaria, la exclusión del titular actual (sin título) de la garantía, y la declaración de nulidad del documento, está regulado por las normas aplicables en materia de valores.

III. CESIÓN DE LA EUROHIPOTECA

1. Uno de los objetivos importantes que se persigue con la introducción de la Eurohipoteca es la facilidad a la hora de su

cesión, manteniendo siempre a salvo la necesaria seguridad jurídica. Así, se concede al constituyente de la Eurohipoteca un amplio grado de flexibilidad en relación con el futuro uso de la garantía. En consecuencia, deberían admitirse distintas posibilidades de cesión.

2. El tipo de cesión depende de la concreta estructura de la Eurohipoteca. Se debe observar la forma legal del documento de cesión (a partir de aquí, simplemente, «la cesión»).

a) En el supuesto de una Eurohipoteca de vida registral, la validez de la cesión exige la inscripción de ésta en el Registro de la Propiedad.

b) Si se ha emitido carta hipotecaria, la cesión debe llevarse a cabo de acuerdo con las reglas del derecho de transmisión de los valores (en soporte físico o anotado en cuenta, si la carta es electrónica). Además, podrá ser anunciada en el Registro de la Propiedad. La Eurohipoteca también puede ser cedida al margen del Registro. Un requisito para que ello suceda es que la creación de la carta pueda ser anotada en el Registro de la Propiedad. En consecuencia, el tercero que consulte el Registro podrá saber inmediatamente que el que figura como titular en el Registro posiblemente no sea el actual titular.

Por esta vía se pueden alcanzar varios objetivos; así, por ejemplo, las relaciones fiduciarias y sindicadas entre varias entidades crediticias que participan en una operación de financiación pueden completarse de forma práctica y sin retraso. Además, en caso de financiación puente temporal por parte de una tercera institución, sería posible ofrecer garantías legales a un prestamista, sin generar una carga por los desembolsos para el propietario o para el prestatario, por lo que posiblemente solo será un corto período de tiempo. También cabe concebir que un acreedor pueda ceder la Eurohipoteca incorporada a la carta para sus propios intereses refinanciadores, ya sea de forma permanente o sólo de manera periódica.

3. La Eurohipoteca no está ligada a la deuda en cuya garantía se constituyó. Esto significa que debería ser posible transmitir la Eurohipoteca sin necesidad de transmitir, simultáneamente, el crédito garantizado. Así, cabría que el propietario celebrara un nuevo contrato de garantía con un nuevo acreedor con el fin de garantizar otro crédito con esta garantía, siempre que el antiguo crédito estuviera satisfecho. Si el crédito original no estuviera plenamente abonado, entonces quedaría sin garantía o debería quedar garantizado con una nueva garantía. Por lo tanto, se incrementa la flexibilidad del propietario a la hora de estructurar sus contratos de garan-

tía. Debería ser posible excluir en el contrato de garantía la posibilidad de la transmisión aislada de la Eurohipoteca sin la cesión del crédito garantizado.

4. En el supuesto de que el crédito garantizado pase al nuevo acreedor junto con la Eurohipoteca, el deudor conservará todas las excepciones y medios de defensa relativos al contrato de garantía original, y habrá de permitirse que puedan ser opuestas al cesionario. En este punto debe prevalecer la protección al deudor.

5. En relación con los gastos de cesión, se propone la aplicación de los mismos principios que en relación con los costes de constitución.

IV. EXTINCIÓN

1. La Eurohipoteca se extingue cuando se libera con el consentimiento de su titular y del propietario del inmueble y cuando se cancela en el Registro de la Propiedad. No se extingue por el transcurso del tiempo.

2. La extinción o la prescripción de la deuda garantizada permite al deudor intentar la recuperación de la Eurohipoteca. En caso de que el crédito garantizado se extinga, la Eurohipoteca no se extingue automáticamente. Si así se ha estipulado en el contrato de garantía, el propietario del inmueble tiene una acción contra el titular de la Eurohipoteca para la recuperación de la misma. El propietario puede, según su voluntad, pedir o bien la restitución o bien la cancelación de la Eurohipoteca.

3. Debe establecerse un procedimiento para facilitar la cancelación de la Eurohipoteca en aquellos casos en los que su titular es desconocido o esté ausente.

V. EJECUCIÓN

1. La calidad de un derecho real de garantía sobre inmuebles depende, esencialmente, de las posibilidades de ejecución. En consecuencia, tiene que existir un procedimiento de ejecución efectivo para la Eurohipoteca.

2. No es necesario un título independiente y separado para la ejecución de la Eurohipoteca, pues ésta es directamente ejecutable.

3. El titular de la Eurohipoteca puede llevar a cabo la ejecución sin necesidad de probar la existencia de la deuda; el procedi-

miento debe permitir que el deudor oponga las excepciones y los medios de defensa que surjan de la obligación garantizada. Si el propietario del inmueble gravado discute la cuantía o la existencia de la obligación, la carga de la prueba recae sobre el titular de la Eurohipoteca.

4. En principio, se prevé que el procedimiento de ejecución sea judicial.

Debe tenerse en cuenta la posibilidad de permitir y articular, además, un procedimiento alternativo de ejecución o de subasta controlado por el Estado (o notarialmente) o a través de un procedimiento de venta privada. En tal caso, deben establecerse mecanismos de protección del propietario.

5. En el procedimiento de ejecución/subasta estatal, o controlada por el Estado, todos los derechos con rango preferente al del acreedor ejecutante deberían subsistir, mientras que los del mismo o posterior rango, así como el derecho del acreedor ejecutante, deben extinguirse. Los derechos que se extinguen deberán ser satisfechos con las sumas obtenidas de acuerdo con el orden de prioridad de cada uno.

6. Debe concederse a todo acreedor que sufra la pérdida de algún derecho como consecuencia de la venta o subasta la posibilidad de sustituir al acreedor ejecutante.

La sustitución tiene lugar a través del pago al titular de la Eurohipoteca, ejecutante en el procedimiento de venta forzosa. El acreedor que sustituye al ejecutante paga la cantidad por cuya causa se sigue el procedimiento de ejecución. Para la Eurohipoteca, concebida como independiente del crédito garantizado, significa que el acreedor sustituto no paga el crédito garantizado, sino el derecho de garantía mismo. En consecuencia, la sustitución sólo supone la transmisión del derecho de garantía a los acreedores sustitutos. El crédito garantizado no se transmite, sino que permanece en manos del acreedor sustituido. Este último está obligado, de acuerdo con el contrato de garantía, a abonar la suma entregada (por el acreedor sustituto) en la cuenta del deudor y compensarla con el crédito garantizado.

VI. PROCEDIMIENTO EN CASO DE INSOLVENCIA

1. La Eurohipoteca debe conferir a su titular la posibilidad de obtener plena satisfacción incluso en el supuesto de insolvencia del propietario. El orden de rango no debe resultar deteriorado como consecuencia del procedimiento de ejecución.

2. Sólo podrán tener prioridad de rango en relación con la Eurohipoteca aquellos derechos no inscritos en el Registro de la Propiedad, creados por disposiciones legales, relativos a bienes inmuebles, limitados en el tiempo y calculables.

CRÓNICA DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA COMUNITARIAS

MARTA REQUEJO ISIDRO

Profesora Titular de Derecho internacional privado
Universidad de Santiago de Compostela

I. LEGISLACIÓN

A) NORMATIVA VIGENTE

ACUERDO EEE

Vid. DOUE, L, núm. 116, de 22 de abril de 2004.

Vid. DOUE, L, núm. 277, de 22 de agosto de 2004.

1. **Decisión del Comité Mixto del EEE núm. 78/2004, de 8 de junio de 2004, por la que se modifican el anexo XIV (Competencia), el Protocolo 21 (sobre la aplicación de las normas de competencia relativas a las empresas), el Protocolo 22 [relativo a la definición de empresas y volumen de negocios (artículo 56)] y el Protocolo 24 (sobre la cooperación en materia de control de concentraciones) del Acuerdo EEE. *DOUE*, L, núm. 219, de 19 de junio de 2004.**
2. **Decisión del Comité Mixto del EEE núm. 79/2004, de 8 de junio de 2004, por la que se modifican el anexo XIV (Competencia), el Protocolo 21 (sobre la aplicación de las normas de competencia relativas a las empresas) y el Protocolo 24 (sobre la cooperación en materia de control de concentraciones) del Acuerdo EEE. *DOUE*, L, núm. 219, de 19 de junio de 2004.**

DERECHO DE LA COMPETENCIA

3. **Reglamento (CE) núm. 772/2004 de la Comisión, de 27 de abril de 2004, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de transferencia de tecnología. *DOUE*, L, núm. 123, de 27 de abril de 2004.**
4. **Reglamento (CE) núm. 773/2004 de la Comisión, de 7 de abril de 2004, relativo al desarrollo de los procedimientos de la Comisión con arreglo a los artículos 81 y 82 del Tratado CE. *DOUE*, L, núm. 123, de 27 de abril de 2004.**

5. **Corrección de errores del Reglamento (CE) núm. 802/2004 de la Comisión, de 7 de abril de 2004, por el que se aplica el Reglamento (CE) núm. 139/2004 del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas (DO L 133 de 30 de abril de 2004). DOUE, L, núm. 172, de 6 de mayo de 2004.**

ESPACIO JUDICIAL EUROPEO

6. **Reglamento (CE) núm. 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados. DOUE, L, núm. 143, de 30 de abril de 2004.**

INTERNET

7. **Reglamento (CE) núm. 874/2004 de la Comisión, de 28 de abril de 2004, por el que se establecen normas de política de interés general relativas a la aplicación y a las funciones del dominio de primer nivel «.eu», así como los principios en materia de registro. DOUE, L, núm. 162, de 1 de mayo de 2004.**

MEDIO AMBIENTE

8. **Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales. DOUE, L, núm. 143, de 30 de abril de 2004.**
9. **Decisión del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa la celebración, en nombre de la Comunidad Europea, del Protocolo sobre cooperación para prevenir la contaminación por los buques y, en situaciones de emergencia, combatir la contaminación del mar Mediterráneo, del Convenio de Barcelona para la protección del mar Mediterráneo contra la contaminación. DOUE, L, núm. 261, de 6 de agosto de 2004.**
10. **Protocolo sobre cooperación para prevenir la contaminación por los buques y, en situaciones de emergencia, combatir la contaminación del mar Mediterráneo. DOUE, L, núm. 261, de 6 de agosto de 2004.**

PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL

11. **Reglamento (CE) núm. 782/2004 de la Comisión, de 26 de abril de 2004, por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 2868/95, tras la adhesión de la Comunidad Europea al Protocolo de Madrid. DOUE, L, núm. 123, de 27 de abril de 2004.**
12. **Reglamento (CE) núm. 781/2004 de la Comisión, de 26 de abril de 2004, por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 2869/95**

de la Comisión relativo a las tasas que se han de abonar a la Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos), tras la adhesión de la Comunidad Europea al Protocolo de Madrid. *DOUE*, L, núm. 123, de 27 de abril de 2004.

13. Corrección de errores de la Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual. *DOUE*, L, núm. 195, de 2 de junio de 2004.
14. Información relativa a la fecha de entrada en vigor del Reglamento (CE) núm. 1992/2003 del Consejo, del Reglamento (CE) núm. 781/2004 de la Comisión y del Reglamento (CE) núm. 782/2004 de la Comisión. *DOUE*, L, núm. 256, de 3 de agosto de 2004.

SEGURIDAD CIVIL

15. Corrección de errores del Reglamento (CE) núm. 849/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, que modifica el Reglamento (CE) núm. 2320/2002 por el que se establecen normas comunes para la seguridad de la aviación civil. *DOUE*, L, núm. 229, de 29 de junio de 2004.

TRANSFERENCIAS

16. Orientación del Banco Central Europeo de 21 de abril de 2004 por la que se modifica la Orientación BCE/2001/3 sobre el sistema automatizado transeuropeo de transferencia urgente para la liquidación bruta en tiempo real (TARGET). *DOUE*, L, núm. 205, de 9 de junio de 2004.

VALORES

17. Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, por la que se modifican las Directivas 85/611/CEE y 93/6/CEE del Consejo y la Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga la Directiva 93/22/CEE del Consejo. *DOUE*, L, núm. 145, de 30 de abril de 2004.
18. Reglamento (CE) núm. 809/2004 de la Comisión de 29 de abril de 2004 relativo a la aplicación de la Directiva 2003/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en cuanto a la información contenida en los folletos así como el formato, incorporación por referencia, publicación de dichos folletos y difusión de publicidad. *DOUE*, L, núm. 149, de 30 de abril de 2004.
19. Corrección de errores del Reglamento (CE) núm. 809/2004 de la Comisión, de 29 de abril de 2004, relativo a la aplicación de la Directiva 2003/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en

cuanto a la información contenida en los folletos así como al formato, incorporación por referencia, publicación de dichos folletos y difusión de publicidad (DO L 149 de 30 de abril de 2004). *DOUE*, L, núm. 215, de 16 de junio de 2004.

B) PROPUESTAS, PROYECTOS Y TRABAJOS LEGISLATIVOS

CONSUMIDORES

20. **Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la cooperación entre las autoridades nacionales encargadas de la aplicación de la legislación en materia de protección de los consumidores (Reglamento relativo a la cooperación en materia de protección de los consumidores) [COM(2003) 443 final. 2003/0162 (COD)].** *DOUE*, C, núm. 108, de 30 de abril de 2004.

DERECHO DE LA COMPETENCIA

21. **Comunicación de la Comisión. Directrices relativas a la aplicación del artículo 81 del Tratado CE a los acuerdos de transferencia de tecnología.** *DOUE*, C, núm. 101, de 27 de abril de 2004.
22. **Comunicación de la Comisión sobre la cooperación en la Red de Autoridades de Competencia.** *DOUE*, C, núm. 101, de 27 de abril de 2004.
23. **Comunicación de la Comisión relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la UE para la aplicación de los artículos 81 y 82 CE.** *DOUE*, C, núm. 101, de 27 de abril de 2004.
24. **Comunicación de la Comisión sobre la tramitación de denuncias por parte de la Comisión al amparo de los artículos 81 y 82 del Tratado CE.** *DOUE*, C, núm. 101, de 27 de abril de 2004.
25. **Comunicación de la Comisión relativa a las orientaciones informales sobre cuestiones nuevas relacionadas con los artículos 81 y 82 del Tratado CE que surjan en asuntos concretos (cartas de orientación).** *DOUE*, C, núm. 101, de 27 de abril de 2004.
26. **Comunicación de la Comisión. Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del Tratado.** *DOUE*, C, núm. 101, de 27 de abril de 2004.
27. **Comunicación de la Comisión. Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado.** *DOUE*, C, núm. 101, de 27 de abril de 2004.
28. **Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa**

a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior (Directiva sobre las prácticas comerciales desleales) [COM(2003) 356 final-2003/0134 (COD)]. *DOUE, C*, núm. 108, de 30 de abril de 2004.

29. **Comunicación con arreglo al apartado 1 del artículo 23 del Reglamento de la Comisión (CE) núm. 802/2004, por el que se aplica el Reglamento (CE) núm. 139/2004, del Consejo, sobre el control de las concentraciones entre empresas.** *DOUE, C*, núm. 139, de 19 de mayo de 2004.

ESPACIO JUDICIAL EUROPEO

30. **Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el Libro Verde, sobre la transformación del Convenio de Roma de 1980, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales en instrumento comunitario y sobre su actualización [COM (2002) 654 final].** *DOUE, C*, núm. 108, de 30 de abril de 2004.

MEDIO AMBIENTE

31. **Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el acceso a la justicia en materia de medio ambiente [COM (2003) 624 final-2003/0246 (COD)].** *DOUE, C*, núm. 117, de 30 de abril de 2004.

PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL

32. **Declaración del Parlamento Europeo sobre la lucha contra el piraterío y la falsificación en la UE ampliada.** *DOUE, C*, núm. 68 E, de 18 de marzo de 2004.

SOCIEDADES

33. **Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capitales [COM (2003) 703 final-2003/0277 (COD)].** *DOUE, C*, núm. 117, de 30 de abril de 2004.

II. PRÁCTICA DEL TJCE Y DEL TPICE

AYUDAS DE ESTADO

34. **Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 1 de abril de 2004 en el asunto C-99/02: Comisión de las Comunidades Euro-**

peas contra República Italiana (Incumplimiento de Estado. Ayudas de Estado. Artículo 88 CE, apartado 2, párrafo segundo. Ayudas incompatibles con el mercado común. Obligación de recuperación. Imposibilidad absoluta de ejecución). *DOUE*, C, núm. 106, de 30 de abril de 2004.

35. Sentencia del Tribunal de Justicia (Pleno), de 29 de junio de 2004, en el asunto C-110/02: Comisión de las Comunidades Europeas contra Consejo de la Unión Europea (Ayuda del Gobierno portugués a los ganaderos de porcino. Ayuda destinada a permitir el reembolso de las ayudas declaradas incompatibles con el mercado común. Decisión del Consejo por la que se declara tal ayuda compatible con el mercado común. Ilegalidad. Artículo 88 CE, apartado 2, párrafo tercero). *DOUE*, C, núm. 217, de 28 de agosto de 2004.
36. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda), de 1 de julio de 2004, en el asunto C-295/02 (petición de decisión prejudicial planteada por el Niedersächsisches Oberverwaltungsgericht: Gisela Gerken contra Amt für Agrarstruktur Verden (Política agrícola común. Sistema integrado de gestión y de control relativo a determinados regímenes de ayudas comunitarias. Reglamentos (CEE) núm. 3887/92 y (CE) núm. 2419/2001. Solicitudes de ayuda «animales». Irregularidades. Reducción del importe de la ayuda. Artículo 2, apartado 2, del Reglamento (CE, Euratom) núm. 2988/95. Aplicación retroactiva de una disposición menos severa). *DOUE*, C, núm. 217, de 28 de agosto de 2004.

CONSUMIDORES

37. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 1 de abril de 2004 en el asunto C-237/02 (petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof): Freiburger Kommunalbauten GmbH Baugesellschaft & Co. KG contra Ludger Hofstetter, Ulrike Hofstetter (Directiva 93/13/CEE. Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Contrato que tiene por objeto la construcción y entrega de una plaza de aparcamiento. Inversión del orden de cumplimiento de las obligaciones contractuales previsto en disposiciones supletorias de Derecho nacional. Cláusula por la que se obliga al consumidor a pagar el precio antes de que el profesional cumpla sus obligaciones. Obligación del profesional de prestar una garantía). *DOUE*, C, núm. 106, de 30 de abril de 2004.

DERECHO DE LA COMPETENCIA

38. Sentencia del Tribunal de Justicia (Pleno), de 22 de junio de 2004, en el asunto C-42/01: República Portuguesa contra Comisión de las Comunidades Europeas (Control comunitario de las operaciones de concentración entre empresas. Artículo 21, apartado 3, del Reglamento (CEE) núm. 4064/89, del Consejo. Protección de inte-

reses legítimos por parte de los Estados miembros. Competencia de la Comisión). *DOUE*, C, núm. 201, de 7 de agosto de 2004.

ESPACIO JUDICIAL EUROPEO

39. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda), de 10 de junio de 2004, en el asunto C-168/02 (petición de decisión prejudicial planteada por el Oberster Gerichtshof): Rudolf Kronhofer contra Marianne Maier, Christian Möller, Wirich Hofius, Zeki Karan (Convenio de Bruselas. Artículo 5, número 3. Competencia en materia delictual o cuasi delictual. Lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso. Perjuicio patrimonial sufrido como consecuencia de inversiones de capital realizadas en otro Estado contratante). *DOUE*, C, núm. 190, de 24 de julio de 2004.

LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

40. Sentencia del Tribunal de Justicia Sala Quinta de 25 de marzo de 2004 en el asunto C-71/02 (petición de decisión prejudicial planteada por el Oberster Gerichtshof): Herbert Karner Industrie-Auktionen GmbH contra Troostwijk GmbH (Libre circulación de mercancías. Artículo 28 CE. Medidas de efecto equivalente. Restricciones de publicidad. Referencia al origen comercial de los bienes. Bienes procedentes de la quiebra de una empresa. Directiva 84/450/CEE. Derechos fundamentales. Libertad de expresión. Principio de proporcionalidad). *DOUE*, C, núm. 106, de 30 de abril de 2004.

PROPIEDAD INDUSTRIAL E INTELECTUAL

41. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 31 de marzo de 2004 en el asunto T-20/02, Interquell GmbH contra Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos) (OAMI) [Marca comunitaria. Solicitud de marca comunitaria figurativa y denominativa HAPPY DOG. Marca nacional denominativa anterior HAPPIDOG. Riesgo de confusión. Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94]. *DOUE*, C, núm. 106, de 30 de abril de 2004.
42. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 17 de marzo de 2004 en los asuntos acumulados T-183/02 y T-184/02, El Corte Inglés, S.A., contra Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos) (OAMI) [Marca comunitaria. Procedimiento de oposición. Marcas denominativas anteriores MUNDICOLOR. Solicitud de marca denominativa comunitaria MUNDICOR. Motivo de denegación relativo. Riesgo de confusión. Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94]. *DOUE*, C, núm. 106, de 30 de abril de 2004.

43. **Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 3 de marzo de 2004 en el asunto T-355/02, Mühlens GmbH & Co. KG contra Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos) (OAMI) [Marca comunitaria. Procedimiento de oposición. Riesgo de confusión. Solicitud de la marca denominativa comunitaria ZIRH. Marca gráfica comunitaria anterior que contiene el elemento verbal «sir». Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm 40/94].** *DOUE, C*, núm. 106, de 30 de abril de 2004.
44. **Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas de 18 de febrero de 2004 en el asunto T-10/03, Jean-Pierre Koubi contra Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos) (OAMI) [Marca comunitaria. Solicitud de marca comunitaria denominativa CONFORFLEX. Marcas nacionales anteriores denominativas y figurativas FLEX. Riesgo de confusión. Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm 40/94].** *DOUE, C*, núm. 106, de 30 de abril de 2004.
45. **Auto del Tribunal de Primera Instancia de 9 de febrero de 2004 en el asunto T-120/03, Synopharm GmbH & Co. KG contra Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos) (OAMI) (Marca comunitaria. Oposición. Retirada de la oposición. Sobreseimiento).** *DOUE, C*, núm. 106, de 30 de abril de 2004.
46. **Auto del Tribunal de Primera Instancia de 11 de febrero de 2004 en el asunto T-304/03: Bayer AG contra Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos) (OAMI) (Marca comunitaria. Oposición. Solución amistosa entre el solicitante de la marca comunitaria y el titular de marcas nacionales anteriores. Sobreseimiento).** *DOUE, C*, núm. 106, de 30 de abril de 2004.
47. **Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda), de 24 de junio de 2004, en el asunto C-49/02 (petición de decisión prejudicial planteada por el Bundespatengericht): Heidelberger Bauchemie GmbH (Marcas. Aproximación de las legislaciones. Directiva 89/104/CEE. Signos que pueden constituir una marca. Combinación de colores. Colores azul y amarillo para varios productos destinados a la construcción).** *DOUE, C*, núm. 201, de 7 de agosto de 2004.

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO SOBRE EL ESTADO CIVIL (AÑO 2003)

JUAN MARÍA DÍAZ FRAILE

Letrado adscrito de la Dirección General de los Registros y del Notariado
Registrador de la Propiedad
Miembro de la Comisión Internacional del Estado Civil
Profesor de Derecho civil. Universidad de Barcelona

1. INSCRIPCIONES DE NACIMIENTO Y DE FILIACIÓN

1.1 Inscripciones fuera de plazo de nacimiento

- **El hecho de que no pueda constar ninguna filiación no es motivo para denegar las inscripciones, pues deben inscribirse los nacimientos probados en España manteniendo nombres y apellidos usados de hecho, así como nombres de padres a efectos identificadores también usado de hecho.**
- **No es inscribible la filiación materna no matrimonial, porque hay una cuestión prejudicial penal en torno a la identidad de la madre.**
- **No es inscribible el reconocimiento en Cataluña de la paternidad no matrimonial de unos menores mientras no se obtenga la aprobación judicial necesaria.**

Resolución de 7 de enero de 2003.

HECHOS:

1. Por comparecencia en el Registro Civil de B. el 10 de mayo de 2002 doña E.-J. C. F., nacida el 9 de diciembre de 1969 en M., solicitaba la inscripción de nacimiento de sus hijos M. y S. N. C., nacidos en B. el 27 de mayo de 1995 y el 5 de mayo de 1999, respectivamente, como hijos de M. N. R. Adjuntaba los siguientes documentos: cuestionarios para la declaración de nacimiento en que los menores constaban como hijos de D. V. G., nacida en M. el 9 de diciembre de 1969.

2. En comparecencia, don M. N. R. reconoció como hijos suyos a los menores, prestando su consentimiento a dicho reconocimiento la promotora y aportándose la siguiente documentación: certificaciones literales de nacimiento de ambos, copia del documento nacional de identidad de M. N. R. y petición de renovación del mismo por la promotora, copia del libro de familia de M. N. R. y de D. V. G., en la que constaban como hijas comunes I., nacida

el 24 de junio de 2000, y C., el 22 de noviembre de 2001, ambas en L. y certificado de empadronamiento conjunto de los cuatro miembros de la familia a la que venía referida el libro. Ratificada la promotora, se notificó la incoación del expediente a don M. N. R. que prestó su conformidad con el mismo. El Ministerio Fiscal se opuso a lo solicitado al no haber quedado suficientemente acreditada la identidad de la madre de los menores debiendo solicitarse las inscripciones de nacimiento por la vía judicial civil ordinaria. El Juez Encargado del Registro Civil dictó auto con fecha 5 de junio de 2002 denegando lo solicitado al no poderse extender asientos contradictorios con el estado de filiación en aplicación de los artículos 47 y 50 LRC, 181 RRC y 113 CC, no habiendo quedado suficientemente acreditada la identidad de la madre de los menores, debiendo solicitarse las inscripciones de nacimiento por la vía judicial civil ordinaria.

3. Notificada la resolución al Ministerio Fiscal y a los promotores, éstos comparecieron solicitando que se les designase letrado de oficio por carecer de medios para interponer recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, comunicándose tal petición al Colegio de Abogados de G.

4. Asimismo, teniendo conocimiento la Sección de Atención del Menor del Departamento de Justicia de la Generalitat de Cataluña de la incoación del expediente y teniendo la misma bajo su tutela a los menores en situación de desamparo M., S., I. y C. N. V. por resolución de 15 de mayo de 2002 con suspensión de la patria potestad de los progenitores, remitió escrito al Registro Civil de B. informando de tal situación y de que durante la tramitación del expediente, fundamentalmente por la apreciación de posibles manipulaciones de las copias del libro de familia presentado, se iba a poner de manifiesto la posible doble identidad de la que aparecía como madre de los menores, señora que se había identificado hasta entonces como D. V. G. y que iba a resultar ser, según copia de documento nacional de identidad que se aportaba, E.-J. C. F., hechos que habían sido puestos en conocimiento de la Fiscalía de G. y originado las diligencias previas del Juzgado número 3 de B. así como la inscripción de dos hijos, solicitando que, como tutor de los menores, se le comunicara la resolución dictada en el expediente de inscripción fuera de plazo, adjuntando como documentos: certificaciones literales de nacimiento de I. y C. N. V. y negativas de M. y S. N. V. El Juez Encargado del Registro Civil dictó providencia a la vista de dicho escrito ordenando la notificación del auto dictado a la Sección de Atención al Menor y reiterando la petición de designación de abogado de oficio al Colegio de Abogados por no haberse recibido respuesta.

5. Notificada la resolución a la Sección de Atención del Menor, ésta interpuso recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado alegando que el auto no ponía en duda el lugar ni fecha de los nacimientos ni la omisión de su inscripción, pero denegaba la inscripción en base a la falta de acreditación de la filiación materna y que la discordancia entre el parte facultativo y la filiación materna pretendida no debía dar lugar a la denegación de la inscripción sino que se estaba ante una cuestión prejudicial penal que debía paralizar la inscripción de la filiación materna hasta que no se pronunciase el órgano penal competente, debiendo inscribirse los menores con los apellidos N. V. y con M. y D. como nombres propios de sus padres a efectos identificadores.

6. De la tramitación del recurso se dio traslado al Ministerio Fiscal que reiteró su informe anterior. El Juez Encargado del Registro Civil ordenó la

remisión del expediente a la Dirección General de los Registros y del Notariado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I. Vistos los artículos 96 del Código de Familia de Cataluña aprobado por la Ley 9/1998, de 15 de julio; 3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; 10 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial; 4, 48, 49 y 95 de la Ley del Registro Civil; 186, 188, 191, 213, 311 a 316 y 347 del Reglamento del Registro Civil, y las Resoluciones de 27 de abril de 1988, 4 de julio de 1992, 9 de mayo de 1995, 21 de junio de 1996 y 14-2.^a de enero de 2002.

II. Dada la íntima conexión entre los dos recursos entablados, que se refieren a similares actuaciones de hecho, y al ser competente esta Dirección General para resolver uno y otro, es procedente su acumulación de oficio conforme permite el artículo 347 del Reglamento del Registro Civil.

III. Ante todo hay que tener presente que unas inscripciones de nacimiento fuera de plazo, si está determinado el lugar y la fecha de nacimiento en España, deben practicarse en el Registro Civil competente, sin que sea obstáculo para ello que por las circunstancias del caso no puede ser inscrita ninguna filiación. En tal caso, conforme resulta de los artículos 191 y 213 del Reglamento del Registro Civil, deben ser inscritos los menores afectados manteniéndoles los nombres y apellidos que vengan usando de hecho y consignando también a los solos efectos de identificar a la persona los nombres propios del padre y madre que estén ya utilizando como menciones de identidad.

IV. La filiación no matrimonial materna no puede ser inscrita porque hay un problema previo sobre la identidad de la madre que incluso ha dado ya lugar a las diligencias penales oportunas. En todo caso entra en juego la regla general establecida por el artículo 10.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (cfr. también los arts. 3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 4 de la Ley del Registro Civil) en el sentido de que la «existencia de una cuestión prejudicial penal de la que no puede prescindirse para la debida decisión o que condicione directamente el contenido de ésta, determinará la suspensión del procedimiento, mientras aquélla no sea resuelta por los órganos penales a quienes corresponda». Consiguientemente ha de paralizarse la inscripción de la filiación materna hasta que no se pronuncie sobre la cuestión el órgano penal competente.

V. Tampoco es inscribible la filiación paterna no matrimonial porque, aunque haya sobrevenido un reconocimiento de la paternidad por comparecencia ante el Encargado, tal reconocimiento no es eficaz en Cataluña mientras no se obtenga la necesaria aprobación judicial (cfr. art. 96 del Código de familia).

La Dirección General acordó:

1.º Estimar los recursos y revocar los autos apelados.

2.º Ordenar que se inscriban en el Registro Civil de B. los nacimientos acaecidos en esa población de M. y S. N. V., ocurridos respectivamente los días 27 de mayo de 1995 y 5 de mayo de 1999; no constará su filiación y como nombres propios de padres a los solos efectos de identificar a la persona se consignarán los de M. y D.

1.2 Reconocimiento de la paternidad no matrimonial

- **Respecto de una española nacida en España en 1942 no es inscribible el reconocimiento de la paternidad otorgado en documento notarial extranjero en 1959, porque no se ha obtenido el consentimiento de la madre y representante legal de la menor ni la aprobación judicial, y porque no consta que la reconocida al llegar a la mayoría de edad haya prestado su consentimiento expreso o tácito al reconocimiento.**

Resolución de 16 de enero de 2003 (1.ª).

HECHOS:

1. Por escrito remitido al Registro Civil de O. el 27 de septiembre de 2000 don D. G. P., mayor de edad, español, vecino de dicha localidad, solicitaba la inscripción del reconocimiento paterno en la inscripción de nacimiento de doña J. de L. R., vecina de C.-Venezuela, nacida el 2 de abril de 1940 en S. Adjuntaba certificación literal de nacimiento de la interesada y acta notarial de reconocimiento paterno efectuado por don M.-R. M. E. el 8 de julio de 1959 en L. -Cuba.

2. Ratificado el promotor declarando ser mandatario verbal de la interesada, se remitió la solicitud al Registro Civil de S. Visto lo solicitado y la documentación aportada, el Juez Encargado del Registro Civil dictó providencia requiriendo a la promotora que manifestase si sus padres habían fallecido o no, aportando, en su caso, certificaciones de defunción, y que aportase asimismo certificaciones de nacimiento de los mismos y que se oficiase al Consulado de Cuba para que comunicase la legislación relativa a los reconocimientos efectuados por los ciudadanos cubanos en 1959. El Juez Encargado del Registro Civil dictó nueva providencia ordenando el pase de las actuaciones al Ministerio Fiscal por no haberse podido cumplir las diligencias interesadas según diligencia del Consulado General de España en C. y habiendo solicitado la inscripción el mandatario verbal don D. G. P. El Ministerio Fiscal interesó que se denegase lo solicitado por el mandatario verbal y se archivase el expediente.

3. Seguidamente se dictó nueva providencia ordenando que se requiriese al Registro Civil de I. que remitiese certificación literal de nacimiento de M.-R. M. E., nacido antes de 1940, y al de O para que se hiciera saber al promotor del expediente que el mismo estaba pendiente de unírsele dicha certificación literal y que se le requiriese sobre el paradero o domicilio de doña J. L. R., dado que, citada en la dirección aportada, no compareció en el Consulado de Caracas para su consentimiento al reconocimiento debiendo acreditar el mandatario verbal tal condición, no constando que el escrito viniese firmado por la interesada. El Registro Civil de I. informó de que, consultados los índices correspondientes a los nacimientos entre 1920 y 1941 y el libro de nacimientos fuera de plazo, no constaba el nacimiento de la persona interesada. Por otra parte, en fecha 24 de mayo, el promotor presentó escrito en el Registro Civil de O. en el que declaraba que la certificación literal de nacimiento solicitada anteriormente estaría solucionada en aproximadamente tres días, que en cuanto al paradero de doña J. de L. R. se remitía a su escrito de solicitud, ya que dicha señora en su pasaporte figuraba como doña J. M. de L., con el apellido de su padre hacía cuarenta y dos

años, con dichos apellidos contrajo matrimonio y tenía tres hijas, que también llevaban el apellido del abuelo, estando claro, por tanto, que desde el reconocimiento había hecho uso del apellido de su padre, por lo que era evidente la aceptación de tal reconocimiento, y, por último, que el acreditar su consentimiento como mandatario verbal se le debía haber exigido en el momento de presentación de los documentos. El Juez Encargado del Registro Civil de S. dictó providencia requiriendo al promotor, habida cuenta de que el consentimiento exigido por el CC debía ser expreso o tácito y que la interesada no compareció ni constaba ningún documento en que se verificase que ostentaba la filiación paterna ni que apoderó al mandatario, acreditase el consentimiento de la interesada a ser reconocida por M.-R. M. E., sin cuyo requisito, transcurrido el plazo, se dictaría resolución denegando el reconocimiento tal como interesó el Ministerio Fiscal. Finalmente, el Juez Encargado del Registro Civil dictó auto con fecha 25 de abril de 2002 denegando el reconocimiento instado por don D. G. P. en nombre de doña J. M. de L. por no constar el consentimiento de ésta ni de forma expresa ni tácita, ya que, aunque podía obviarse el no acreditar documentalmente el mandato que el promotor decía ostentar puesto que el mismo podía ser tácito o expreso según el artículo 1710 CC y el expreso podía darse incluso de palabra, lo que no podía obviarse eran los términos imperativos del artículo 123 CC y el consentimiento del mayor de edad al reconocimiento debía constar de manera expresa o tácita y, de manera expresa no constaba, ni se tenían elementos para deducir el consentimiento tácito ya que no se acreditaba la voluntad del mandante, al no firmar el escrito ni aparecer ningún escrito de ella interesando la inscripción del reconocimiento, y la interesada, citada con los apellidos M. L. como interesó el mandatario por ser los apellidos que utilizaba, no había comparecido para prestar su consentimiento o hacer alegaciones en el Consulado, sin que posteriormente, pese a haberle sido requerido, el promotor hubiese acreditado el consentimiento de la interesada ni para el mandato ni para el reconocimiento.

4. Notificada la resolución al Ministerio Fiscal y al promotor, éste presentó recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado alegando que no era cierto que en 1959 la señora M. fuese mayor de edad conforme a las leyes de la época, se reconocía que el mandato expreso podía darse de palabra y la interesada fue citada con los apellidos de su madre aclarado en su escrito, adjuntándose copia del pasaporte donde la interesada nacida el 2 de abril de 1940 en S. constaba con los apellidos M. de L.

5. De la tramitación del recurso se dio traslado al Ministerio Fiscal, que interesó la desestimación del mismo y la confirmación del auto recurrido. El Juez Encargado del Registro Civil confirmó el auto apelado remitiendo el expediente a la Dirección General de los Registros y del Notariado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I. Vistos los artículos 17 y 133 del Código Civil en su redacción originaria; 9, 120, 123 y 124 del Código Civil en su redacción actual; la disposición transitoria primera de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, y los artículos 27 y 48 de la Ley del Registro Civil y 187 del Reglamento del Registro Civil.

II. Dado que la reconocida es española como nacida en España en 1942 e hija no matrimonial de española sin constancia de la filiación paterna, la

filiación de esa persona ha de ajustarse a lo designado en la ley española (cfr. art. 9.4 CC).

III. Se ha intentado por estas actuaciones inscribir la filiación no matrimonial paterna de la interesada en virtud de un documento notarial extranjero, formalizado en 1959. En principio el reconocimiento no es por sí solo inscribible, pues aplicando la legislación española vigente en el momento, el reconocimiento de la paternidad de un menor de edad no otorgado en el acta de nacimiento ni en testamento requería necesariamente para su eficacia la aprobación judicial (cfr. art. 133 CC, redacción originaria).

IV. Si, conforme a la disposición transitoria primera de la Ley de 13 de mayo de 1981 se aplican a dicho reconocimiento las normas vigentes en la actualidad la conclusión negativa se impone igualmente, porque no se ha obtenido el consentimiento de la madre y representante legal de la menor ni la aprobación judicial, necesarios para la eficacia del reconocimiento de los menores de edad (cfr. art. 124.I, CC) y porque, aunque puede entenderse que ese reconocimiento de menores deviene eficaz cuando el reconocido, una vez alcanzada la mayoría de edad, presta su reconocimiento expreso o tácito al reconocimiento (cfr. art. 123 CC), en el caso presente no consta en modo alguno que la reconocida, pues no ha comparecido en las actuaciones, haya prestado expresa o tácitamente tal consentimiento.

La Dirección General acordó desestimar el recurso y confirmar el acuerdo apelado.

1.3 Determinación de filiación materna no matrimonial

- **En aplicación de la doctrina dictada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1999, hoy hay que entender que rige en nuestro Derecho el principio *mater semper certa est*, de modo que la maternidad queda determinada legalmente por el parto, como ya resultaba, no sólo de los principios constitucionales, sino también del Convenio número 6 de la CIEC.**

Resolución de 20 de mayo de 2003.

HECHOS:

1. Por comparecencia en el Registro Civil de Vigo el 12 de junio de 2002 don F. S. M. y doña D. C., ambos de nacionalidad rumana, solicitaban la inscripción fuera de plazo del nacimiento de su hijo S. C. según ley del país de origen, nacido el 13 de agosto de 2001 en Vigo, en el Hospital General, con reconocimiento de filiación paterna no matrimonial. Adjuntaban los siguientes documentos: respecto del menor: resultados de reconocimiento médico practicado a S. C. nacido el 13 de agosto de 2001; respecto de la madre: certificado extranjero de nacimiento el 10 de octubre de 1986; respecto del padre: certificado extranjero de nacimiento y solicitud de permiso de residencia.

2. Visto lo solicitado, la Juez Encargada del Registro Civil dictó providencia interesando la práctica de las diligencias encaminadas a determinar la veracidad del nacimiento, fecha y lugar, sexo y determinación de su filiación para lo que se reconocería al no inscrito por el médico forense y se oficialaría

al Hospital General, donde se decía que había nacido, para que se informase sobre tales extremos, acreditándose en su caso la no inscripción del nacimiento. Adjuntada al expediente certificación negativa de inscripción del nacimiento en ese Registro Civil, se realizó examen por el médico forense emitiéndose dictamen según el cual se había reconocido a S. C., de sexo masculino, con una edad aproximada de nueve meses. El Ministerio Fiscal informó que, con carácter previo a informar sobre el fondo del asunto, se debía unir al expediente informe del Hospital General donde se dijo que había acontecido el nacimiento, sobre el mismo. El Hospital General remitió informe al Registro Civil de Vigo en el que hizo constar que, según sus actas e historias clínicas, la Sra. D. C. que al parecer tenía otra hermana con el mismo nombre y la misma documentación, dio a luz un varón el 7 de junio de 2002 constando en varias partes de su historia anotaciones como «Ojo, utilizan los mismos familiares la misma historia y cartilla», registrándose en la historia que la paciente no estaba embarazada de 19 semanas, constando, sin embargo, en la historia que una D. C. estaba embarazada de ese tiempo, por tanto, resultaba de cierta ambigüedad designar la verdadera madre de la criatura, no promoviendo ese centro la inscripción del nacimiento de los recién nacidos pero entregando a la madre una hoja del Registro Civil debidamente cumplimentada. Visto el contenido del informe del Hospital General y su no concordancia con los antecedentes obrantes en el expediente del que dimanaba, comprobándose que en ese Registro constaba inscrito un varón con el nombre de A. e hijo de D. C., por si pudiera tratarse del mismo niño, se interesó como diligencia la unión a las actuaciones de certificación literal y testimonio de las actuaciones que dieron lugar a la referida inscripción. Unidas a las actuaciones certificación literal de nacimiento y testimonio del expediente de inscripción de nacimiento de A. C. nacido el 7 de junio de 2002 en ese Hospital General, hijo no matrimonial de los padres A-M. C. y D. C. nacida el 27 de marzo de 1986, ambos de nacionalidad rumana, el Ministerio Fiscal se opuso a la aprobación del expediente al no resultar acreditado en los autos el nacimiento en España del menor cuya inscripción de nacimiento fuera de plazo se solicitaba como tampoco su filiación respecto de un español, por lo que no se trataba de ninguno de los supuestos en los que, según los artículos 15 LRC y 66 RRC, eran competentes los Registros españoles para practicar la inscripción. La Juez Encargada del Registro Civil interesó como diligencia que se oficiase a la Policía Judicial, remitiéndole copia de aquellos antecedentes obrantes en el expediente que pudieran ser de interés para la investigación, para que practicara las averiguaciones encaminadas a determinar la certeza o no de los hechos y sus circunstancias, dando cuenta de sus resultados. Como consecuencia del tal requerimiento, la Comisaría de Vigo informó que, tras gestiones realizadas en el Hospital General, si bien era cierto que en el «Registro de Admisiones» no constaba inscrita como paciente de maternidad, sí constaba en el «Libro de Certificación de Partos» haber dado a luz la paciente D. C. el 13 de agosto de 2001 a un niño, remitiéndose posteriormente por esa misma Comisaría certificado del propio centro hospitalario según el cual, en el mismo, D. C., nacida el 27 de marzo de 1986, dio a luz el 13 de agosto de 2001 un varón.

3. Dado traslado nuevamente del expediente al Ministerio Fiscal, el mismo informó que, visto el informe de la Policía, constaba acreditado que el 13 de agosto de 2001 nació un menor en el Hospital General de quien dijo llamarse D. C., pero, habida cuenta de que los promotores del expediente que decían ser los padres no acreditaron su identidad en el mismo y que existían

dos mujeres al menos que se identificaban como D.C. con la misma fecha de nacimiento tal y como se podía comprobar en las actuaciones, se consideraba no acreditado que el menor fuese hijo de los promotores y de quienes ellos decían ser y, en consecuencia, no se oponía a la inscripción fuera de plazo del menor, pero, eso sí, como hijo de padres desconocidos. La Juez Encargada del Registro Civil dictó auto con fecha 4 de diciembre de 2002 ordenando la inscripción de nacimiento de S. C., por ser los apellidos que venía utilizando, nacido en Vigo en el Hospital General el 13 de agosto de 2001, de sexo varón e hijo de S. y D. a los solos efectos identificativos por tratarse de filiación desconocida.

4. Notificada la resolución al Ministerio Fiscal y a los promotores, el Ministerio Fiscal y D. F. S. M. presentaron recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, el primero para que se inscribiese al menor con dos apellidos de uso corriente con arreglo al artículo 55 LRC al no estar determinada la filiación, no siendo «Cirpaci» de uso corriente ni existiendo una situación consolidada en la vida social dada la fecha de nacimiento del menor y, aún cuando se aceptase el apellido «Cirpaci», que era el que venía usando el nacido, debía ostentar legalmente dos apellidos, y, el segundo, porque quería la identificación de la familia y el libro original.

5. La Juez Encargada del Registro Civil ordenó la remisión del expediente a la Dirección General de los Registros y del Notariado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I. Vistos los artículos 9, 120 y 124 del Código Civil; 47, 48 y 95 de la Ley del Registro Civil; 186, 188 y 314 del Reglamento del Registro Civil; el Convenio número 6 de la Comisión Internacional del Estado Civil (CIEC) de 12 de septiembre de 1962 (*BOE* 17 de abril 1984); la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1999, y las Resoluciones de 24 de octubre de 2000, 29 de enero, 17 de marzo, 9 de octubre, 8-2.ª de noviembre y 28 de diciembre de 2001.

II. Cualesquiera que sean las dudas que se han producido sobre la identidad de la madre, está comprobado que la rumana debidamente identificada y llamada D. C. ha dado a luz un varón en Vigo el 13 de agosto de 2001. Por lo tanto, sin necesidad de más requisitos y en acatamiento de la doctrina dictada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1999, hoy hay que entender que rige en nuestro Derecho el principio *mater semper certa est*, de modo que la maternidad queda determinada legalmente por el parto, como ya resultaba, no sólo de los principios constitucionales, sino también del Convenio número 6 de la CIEC citado en los vistos.

III. Determinada así la filiación no matrimonial materna, y habiendo sobrevenido un reconocimiento de la paternidad no matrimonial otorgado por el padre por comparecencia ante el Encargado (art. 120.1.º CC) y contando con el consentimiento de la madre y representante legal del menor, tal reconocimiento de la paternidad es eficaz e inscribible (cfr. art. 124.1 CC) y, siendo el hijo y los padres de nacionalidad rumana, corresponde al primero como único apellido el paterno.

La Dirección General acordó:

- 1.º Estimar en parte el recurso entablado por el padre.
- 2.º Ordenar que se inscriba en el Registro Civil de Vigo el nacimiento de un varón, llamado S. M., con los datos que constan en el auto apelado,

completados por los de su filiación paterna y materna según los datos comprobados del padre y de la madre.

1.4 **Filiación adoptiva constituida en el extranjero a favor de un mayor de edad. Ley aplicable a la capacidad del adoptando**

- **En la adopción constituida por la competente autoridad extranjera la ley del adoptando rige en cuanto a capacidad y consentimientos necesarios (cfr. art. 9.5 CC).**
- **No hay dificultad para admitir la adopción en favor de un mayor de edad peruano que se ajusta a la ley peruana, sin que haya que aplicar las normas restrictivas españolas, que sólo excepcionalmente admiten la adopción formalizada a favor de los mayores de edad (cfr. art. 175 CC).**
- **Si el adoptante español tiene su domicilio en Perú, no es necesaria la declaración de idoneidad de la entidad pública española.**
- **No hay duda tampoco de que la adopción peruana se corresponde en cuanto a sus efectos con la adopción española, ya que supone la integración del adoptado en la familia del adoptante, la ruptura de vínculos con la familia por naturaleza y la irrevocabilidad de la adopción.**

Resolución de 9 de abril de 2003 (3.ª).

HECHOS:

1. Por comparecencia en el Consulado General de España en Lima el 15 de junio de 2002, don S. A. G., nacido en Burgos, con nacionalidad española y peruana, vecino de Chacaclayo-Perú, solicitaba la inscripción del nacimiento de E. A. G., nacido el 6 de agosto de 1961 en Ica-Perú por haber sido adoptado por ciudadano español. Adjuntaba los siguientes documentos: respecto del adoptado: certificación de nacimiento extranjera en la que constaba sólo con la filiación paterna alegada y marginalmente la adopción el 27 de junio de 2002 por declaración de voluntad del promotor y aceptación del adoptado con la consiguiente modificación de sus apellidos y documento nacional de identidad peruano; y respecto del adoptante: copia del pasaporte español en vigor, de su libro de familia con doña F. M. Q. y documento notarial de adopción de E. A. M. por el promotor con intervención de su esposa.

2. Visto lo solicitado y la documentación aportada, se realizó trámite de audiencia reservada con el adoptado en la que declaró que tenía cuarenta y un años, no recordaba muy bien la fecha de nacimiento de su padre adoptivo, que, si mal no recordaba, nació en Zaragoza, él era peruano, conocía a su padre adoptivo mas o menos desde 1980, cuando empezó a trabajar con él en Chacaclayo, empezó a trabajar de cobrador de micro, su padre adoptivo tenía una empresa de transportes llamada Sarita Colonia, momentáneamente se quedaría a vivir en su propia casa, pero como su padre adoptivo se iba a vivir a Estados Unidos quería que se hiciera cargo de la empresa, él tenía sus propiedades, su padre adoptivo tenía seis hijos, una mujer y cinco hombres, él no había viajado a España, su padre adoptivo residía actualmente en Lima y usualmente viajaba a Estados Unidos para traer repuestos, habían convivido desde 1987 a 1992 cuando él tenía veintiocho o veintinueve años, él era

encargado de la administración de la empresa Sarita Colonia, estaba soltero, nunca había solicitado visado y sólo tenía parientes o amistades en España por parte de su padre adoptivo. El Canciller del Consulado, en funciones de Ministerio Fiscal, se opuso a lo solicitado, ya que de la entrevista se evidenciaba que no se cumplía el requisito del artículo 175.2 del Código Civil, la existencia de una situación no interrumpida de acogimiento o convivencia iniciada antes de que el adoptado hubiese cumplido catorce años, siendo la relación existente entre ellos más de trabajo que de convivencia propiamente dicha; asimismo, en el expediente existía una discrepancia entre la documentación del promotor en el que constaba con el apellido materno «González» y la escritura de adopción, la partida de nacimiento y el documento nacional de identidad peruanos en los que el adoptado se identificaba con el apellido «Gonzales». El Encargado del Registro Civil Consular dictó auto con fecha 16 de octubre de 2002 denegando la inscripción de la adopción, vista la documentación aportada, la entrevista efectuada y el informe del Ministerio Fiscal, por no cumplir con el principio de legalidad conforme a la ley española.

3. Notificada la resolución al promotor, éste presentó recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado alegando que, realizada la adopción bajo la aplicación de las normas vigentes del Perú en compatibilidad con el orden público internacional y las buenas costumbres, debía surtir su eficacia en España, según la Real Academia Española el término acogimiento era más amplio, comprendiendo, no sólo la hospitalidad y admisión entre otros, sino también el amparo y la protección, actos que había cumplido por muchos años con el adoptado, otorgándole protección y amparo físico, moral y económico, originando la relación una estrecha familiaridad entre ambos y su esposa, el Registrador debía declarar la improcedencia o no de la inscripción de la adopción con arreglo a los principios del país que la otorgó, debían aplicarse supletoriamente las normas de Derecho internacional privado que establecían que, para que la adopción fuera posible, debía estar permitida por la ley del domicilio del adoptante y la del domicilio del adoptado, siendo el adoptante español, pero radicado hacía muchos años en Perú, habiendo obtenido la nacionalidad de este último país, siendo discriminado como español por haber adquirido la doble nacionalidad y ocasionándosele un grave perjuicio a quien ante la ley peruana era hijo de un ciudadano español, correspondiéndole todos sus derechos ante el país natal de su padre adoptivo.

4. De la tramitación del recurso se dio traslado al Canciller del Consulado, que en funciones de Ministerio Fiscal interesó la confirmación del auto recurrido ya que en la audiencia se comprobó que el adoptado desconocía datos personales del adoptado y la intención de los promotores estaba vinculada a aspectos ajenos a lo que era una adopción, no habiéndose acreditado el tiempo de convivencia exigido por el artículo 175.2 CC. El Encargado del Registro Civil Consular de España confirmó el auto apelado, ya que no se cumplía el requisito del artículo 175.2 CC, se pretendía utilizar la vía de la adopción con una finalidad totalmente distinta del verdadero matiz de un régimen de adopción, el adoptado no vivía ni viviría con el padre adoptivo, llamaba la atención que la esposa adoptante no hubiera intervenido como madre adoptiva sino simplemente a efectos de prestar su consentimiento la misma y, por último, estando ausentes las instancias judiciales en la normativa legal peruana sobre adopción regulada por la Ley de Competencia Notarial en Asuntos Contenciosos, la misma no tenía las más mínimas garantías jurídicas que contemplaba el ordenamiento español, remitiendo el expediente a la Dirección General de los Registros y del Notariado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I. Vistos los artículos 9, 19 y 175 del Código Civil; 15, 16 y 23 de la Ley del Registro Civil; 66, 68 y 85 del Reglamento del Registro Civil, y la Resolución de 12-6.ª de septiembre de 2002.

II. Se discute en este recurso si es inscribible en el Registro Consular una adopción constituida en Perú, de acuerdo con la legislación peruana, por un ciudadano español a favor de un ciudadano peruano mayor de edad.

III. Como en la adopción constituida por la competente autoridad extranjera la ley del adoptando rige en cuanto a capacidad y consentimientos necesarios (cfr. art. 9.5 CC), no hay dificultad para admitir la adopción en favor de un mayor de edad peruano que se ajusta a la ley peruana, sin que haya que aplicar las normas restrictivas españolas, que sólo excepcionalmente admiten la adopción formalizada a favor de los mayores de edad (cfr. art. 175 CC). Por lo demás, como el adoptante español tiene su domicilio en Perú, no es necesaria la declaración de idoneidad de la entidad pública española y no hay duda tampoco de que esta adopción peruana se corresponde en cuanto a sus efectos con la adopción española, ya que supone la integración del adoptado en la familia del adoptante, la ruptura de vínculos con la familia por naturaleza y la irrevocabilidad de la adopción (cfr. art. 9.5 CC).

IV. Por lo demás, el adoptado podrá optar por la nacionalidad española en el plazo de dos años a partir de la constitución de la adopción.

La Dirección General acordó:

1.º Estimar el recurso y revocar el auto apelado.

2.º Ordenar que se inscriba en el Registro Consular el nacimiento del adoptado y marginalmente la adopción por un español formalizada por escritura de 27 de junio de 2002.

2. NACIONALIDAD**2.1 Opción a la nacionalidad española a favor de los hijos de padre o madre originariamente españoles y nacidos en España**

- A) **En virtud a la reforma operada en el Código Civil en esta materia a virtud de la Ley 36/2002, de 8 de octubre, que ha dado nueva redacción al artículo 20 del citado cuerpo legal, se reconoce el derecho a optar por la nacionalidad española a aquellos cuyo padre o madre hubiera sido originariamente español y nacido en España.**

Resolución de 21 de febrero de 2003 (1.ª).

HECHOS:

1. Por comparecencia en el Registro Civil de El Ferrol el 4 de julio de 2001 doña G. M. R. G., de nacionalidad argentina, vecina de Ares, nacida el 18 de marzo de 1973 en Buenos Aires-República Argentina, solicitaba la

inscripción de su nacimiento por ser hija de madre española. Adjuntaba los siguientes documentos: respecto de ella: certificación de nacimiento extranjera y certificado de empadronamiento; y respecto de su madre: certificación literal de nacimiento.

2. Visto lo solicitado y la documentación aportada, el Juez Encargado del Registro Civil dictó acuerdo con fecha 15 de enero de 2002 denegando la inscripción de nacimiento, ya que en la fecha de nacimiento de la interesada la madre no transmitía la nacionalidad aun en el supuesto de haberla ostentado, no pudiendo tampoco practicarse al amparo de los artículos 15 LRC y 66 RRC, al no afectar la inscripción al estado civil de un español, ya que la madre de la misma contrajo matrimonio con un súbdito italiano en 1962, fecha en que tal matrimonio suponía la pérdida de la nacionalidad española, sin que constase que la hubiese recuperado, todo ello sin perjuicio de que pudiera practicarse la inscripción al amparo de los artículos vistos, sin prejuzgar la nacionalidad de la interesada, si la madre recuperaba la nacionalidad española.

3. Notificada la resolución al Ministerio Fiscal y a la interesada a través del Consulado de España en Buenos Aires por cambio de domicilio, ésta presentó recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado alegando que su madre había iniciado los trámites para recuperar la nacionalidad española, adjuntando recibo de declaración de recuperación de 5 de noviembre de 2002, y nunca había adquirido la nacionalidad del país donde entonces residía, la República Argentina, y debía tenerse en cuenta la nueva legislación en la materia por ser hija y nieta de ciudadanos españoles

4. De la tramitación del recurso se dio traslado al Ministerio Fiscal, que interesó la confirmación del acuerdo por sus fundamentos. El Juez Encargado del Registro Civil confirmó la resolución recurrida remitiendo las actuaciones a la Dirección General de los Registros y del Notariado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I. Vistos los artículos 17, 20 y 22 del Código Civil, en su redacción originaria; 17 y 23 del Código Civil, en su redacción por la Ley de 15 de julio de 1954; 20 del Código Civil, en su redacción dada por Ley 36/2002, de 8 de octubre; 15, 16, 23 y 67 de la Ley del Registro Civil; 66, 68, 85 y 232 del Reglamento del Registro Civil, y las Resoluciones de 12-2.^a y 23-3.^a de febrero, 23 de abril, 12-9.^a de septiembre y 5-2.^a de diciembre de 2001 y 21-5.^a de enero de 2003.

II. Se ha pretendido por estas actuaciones inscribir en el Registro Central como española a una mujer nacida en Argentina en 1973, alegando ser hija de madre originariamente española, nacida en España.

III. Es cierto, como indica el acuerdo recurrido, que la madre de la interesada ya no era española cuando ésta nació, porque perdió esta nacionalidad por su matrimonio en 1962 con ciudadano italiano (cfr. art. 23 CC, redacción de 1954). Aunque las normas sobre pérdida y atribución de la nacionalidad española hayan cambiado, las nuevas normas no están dotadas de la eficacia retroactiva máxima, consistente en no dar por producidos efectos ya agotados de una relación anterior

IV. Por otra parte, no le alcanza a la interesada la posibilidad de optar a la nacionalidad española por la vía de la disposición transitoria primera de la Ley 29/1995, de 2 de noviembre, ya que expiró el plazo de caducidad

para el ejercicio de ese derecho el 7 de enero de 1997. Finalmente, tampoco puede acogerse al derecho de opción por razón de haber estado sometida a la patria potestad de un español, regulado en el artículo 20 del Código Civil, puesto que, sobre no haberse acreditado en este expediente la consumación de la recuperación de la nacionalidad española de origen de la madre, aquélla ha alcanzado ya la mayoría de edad, según su estatuto personal, con anterioridad a la fecha en que la madre recupere la nacionalidad española.

V. Ahora bien, no cabe desconocer en este momento la reciente reforma operada en el Código Civil en esta materia a virtud de la Ley 36/2002, de 8 de octubre, que ha dado nueva redacción al artículo 20 del citado cuerpo legal, reconociendo en su apartado 1 el derecho de optar por la nacionalidad española a «b) Aquellos cuyo padre o madre hubiera sido originariamente español y nacido en España». El supuesto de hecho objeto del presente expediente resulta plenamente subsumible en la citada norma, toda vez que concurre en la interesada el doble requisito de ser hija de madre originariamente española y nacida en España, según se ha acreditada mediante la certificación de nacimiento de la madre aportada al expediente.

VI. Queda tan sólo despejar las posibles dudas sobre la aplicabilidad temporal de la nueva norma al presente caso. La reforma citada del Código Civil entró en vigor el 9 de enero pasado, de acuerdo con la disposición final única de la Ley 36/2002, siendo así que el derecho de opción que incorpora en su artículo 20 núm. 1.b), se introduce *ex novo*, por referencia a la situación legislativa inmediatamente anterior, lo que supone que, aplicando analógicamente la disposición transitoria primera del Código Civil, en su redacción originaria, tal derecho «tendrá efecto desde luego», aunque el hecho que lo origine se verificara bajo la legislación anterior. Esta conclusión ha de mantenerse en el presente caso por mucho que la solicitud inicial y el auto denegatorio sean anteriores a la mencionada fecha de entrada en vigor de la reforma, ya que la falta de desistimiento del recurso pone de manifiesto implícitamente la voluntad de mantener la solicitud inicial en fecha ya posterior a la entrada en vigor de la reforma, siendo contrario al principio de economía procesal que rige en sede de expediente registral entender necesario reproducir nuevamente la referida solicitud inicial. Ahora bien, la eficacia de tal adquisición de la nacionalidad española debe entenderse supeditada al cumplimiento del requisito de que se formalice el juramento o la promesa de fidelidad al Rey y obediencia a la Constitución y a las leyes que prescribe el vigente artículo 23 del Código Civil.

La Dirección General acordó:

- 1.º Estimar el recurso interpuesto;
- 2.º Ordenar que se inscriba en el Registro Civil Central el nacimiento de G. M. R. G., acaecido en Buenos Aires (Argentina) el 18 de marzo de 1973, con los demás datos de filiación comprobados en el expediente, así como que se practique la marginal de adquisición de la nacionalidad española por opción, previo cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 23 del Código Civil.

- B) **Se deniega la facultad de optar a la nacionalidad española en base al nuevo artículo 20 núm. 1.b) del Código Civil, porque no se ha acreditado la alegada nacionalidad española de origen de la madre.**

Resolución de 6 de noviembre de 2003 (3.ª).

HECHOS:

1. Por comparecencia en el Registro Civil Central el 17 de febrero de 2003, doña G. S. B. A., nacida el 9 de julio de 1962 en Montevideo –Uruguay–, con pasaporte B-687135, expedido en Montevideo el 12 de septiembre de 2001, solicita la inscripción de su nacimiento y la opción a la nacionalidad española. Aporta impreso declamatorio de datos personales, certificación literal de nacimiento de la interesada expedida por la República Oriental de Uruguay, certificación del nacimiento de la madre de la interesada expedida por el Registro Civil de Gondomar (Vigo), certificación de empadronamiento de la interesada y de otros miembros de su familia. El Magistrado-Juez Encargado del Registro Civil Central de Madrid dicta acuerdo en fecha 25 de abril de 2003 por el que se deniega la solicitud de opción por la nacionalidad española y consecuentemente la inscripción de nacimiento de la interesada, por entender que no ha acreditado reunir los requisitos exigidos por el artículo 20.1.b) del Código Civil, quedando a salvo su derecho para solicitar la nacionalidad española por residencia. Entiende el Magistrado Juez que la solicitante es hija de madre nacida en España aunque no se ha acreditado que fuera originariamente española, por cuanto, a su vez, es hija y nieta de padre y abuelos paternos nacidos en Portugal.

2. Notificada la resolución al Ministerio Fiscal y a la interesada mediante comparecencia de la misma en el Registro Civil Central el día 18 de julio de 2003, ésta interpone recurso el 14 de agosto de 2003 ante la Dirección General de los Registros y del Notariado solicitando la revocación de la resolución y que, en consecuencia, se estime y acoja el derecho de la compareciente a optar por la nacionalidad española de conformidad con lo dispuesto en el artículo 20.1.b) en relación con el punto 2 del Código Civil y en los términos del escrito inicial.

3. De la tramitación del recurso se dio traslado al Ministerio Fiscal, que informó en fecha 8 de noviembre de 2003 la confirmación de la resolución recurrida por sus propios fundamentos. El Magistrado-Juez Encargado del Registro Civil Central confirmó la resolución apelada remitiendo el expediente a la Dirección General de los Registros y del Notariado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I. Vistos los artículos 17, 20 y 22 del Código Civil, en su redacción originaria; 17 y 23 del Código Civil, en su redacción por la Ley de 15 de julio de 1954; 15, 16, 23 y 67 de la Ley del Registro Civil; 66, 68, 85 y 232 del Reglamento del Registro Civil, y las Resoluciones de 12-2.ª y 23-3.ª de febrero, 23 de abril, 12-9.ª de septiembre y 5-2.ª de diciembre de 2001 y 21-5.ª de enero y 5 de mayo de 2003.

II. Se ha pretendido por estas actuaciones inscribir en el Registro Civil Central como española a la nacida en Uruguay en 1962, alegando ser hija de madre originariamente española y nacida en España, en virtud del previo ejercicio de la opción prevista por el artículo 20, número 1.b), del Código Civil, en su redacción dada por la Ley 36/2002, de 8 de octubre, conforme al cual tienen derecho a optar por la nacionalidad española «aquellos cuyo padre o madre hubiere sido originariamente español y nacido en España».

III. Esta pretensión no puede ser estimada. En efecto, no cabe entender acreditada la nacionalidad española de origen de la madre de la interesada toda vez que de la documentación aportada a estas actuaciones resulta que la misma, nacida en 1922, era hija y nieta de padre y abuelos paternos nacidos en Portugal, y aunque se estime probado que su madre, abuela de la recurrente, era originariamente española, probablemente perdió de forma automática esta nacionalidad por matrimonio con extranjero al corresponderle la nacionalidad del marido (cfr. art. 22 CC, redacción originaria). Pero aunque la madre hubiera conservado la nacionalidad española al tiempo del nacimiento de la hija, tampoco ésta hubiera nacido española ya que en la redacción originaria del Código Civil, vigente en la época en que sucedieron los hechos, regía en toda su pureza el principio de unidad familiar en materia de nacionalidad centrado en la figura del padre titular de la patria potestad, de modo que la hija, madre de la recurrente, siguió la nacionalidad del padre, del que en función de los antecedentes reseñados no cabe concluir fuese de nacionalidad española, bajo cuya patria potestad se encontraba (cfr. arts. 18 y 154 CC originarios).

La Dirección General acordó desestimar el recurso y confirmar el acuerdo apelado.

2.2 Reconocimiento de la nacionalidad española de origen a favor de los nacidos de madre española después de la entrada en vigor de la Constitución

- **Por aplicación inmediata del principio constitucional que no admite discriminaciones injustificadas por razón del sexo, hay que entender que los nacidos de madre española después de la entrada en vigor de la Constitución española son españoles de origen, recibiendo el mismo trato que los hijos de padre español.**

Resolución de 21 de febrero de 2003 (4.ª).

HECHOS:

1. Con fecha 1 de julio de 2002, el Registro Civil de Castellón de la Plana remitió al Registro Civil Central acta levantada, ante el Encargado del Registro, de la comparecencia realizada por don R. P. M. y P., mayor de edad, nacido en Tecumseh (Missouri) el 6 de octubre de 1981, e inscrito en ese Registro Civil, declarando su voluntad de optar a la nacionalidad española al amparo del artículo 20.1 CC, manifestando que durante su minoría de edad

había estado bajo la patria potestad de su madre, doña M. P. y P., de origen española. Acompañaba los siguientes documentos: certificación literal de nacimiento expedida por el Cónsul General de España en Chicago, donde figura en el apartado de Observaciones la siguiente nota: «se practica esta diligencia por ser el inscrito de madre española y en virtud de transcripción de certificado del Registro Civil y declaración de la madre; esa inscripción no prejuzga la nacionalidad española del inscrito»; tarjeta de permiso de residencia; fotocopia de la solicitud de tarjeta en régimen comunitario y certificado de empadronamiento expedido por el Ayuntamiento de Castellón de la Plana; de su madre: DNI y acta de nacimiento expedida por el Registro Civil de Muro del Alcoy (Castellón).

2. A la vista de lo actuado, el Encargado del Registro Civil Central dictó auto con fecha 2 de septiembre de 2002, por el que acordaba la rectificación de la inscripción de nacimiento del solicitante, practicándose en dicha inscripción nota marginal que deje sin efecto lo consignado en el apartado de observaciones referido a la práctica del asiento al amparo del artículo 15 LRC y resolución de 14 de abril de 1971, sin que ello prejuzgara la nacionalidad española, alegando como razonamiento jurídico que en este supuesto había quedado definitivamente clarificada la doctrina de la Dirección General en el sentido de que el artículo 17.2 CC, en su redacción de 1954, había quedado derogado por la eficacia inmediata de la Constitución española, de modo que los hijos de española nacidos después de su entrada en vigor son españoles *iure sanguinis*, recibiendo el mismo trato que los hijos de padre español, al venir impuesta dicha interpretación por aplicación de artículo 39 de la Constitución española.

3. Notificado el Ministerio Fiscal, éste, al amparo de lo dispuesto en los artículos 240 LOPJ, 97.4.º LRC y 355 RRC, interpuso recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado interesando se acuerde declarar la nulidad de la resolución dictada, alegando que la resolución recurrida se había dictado en el curso de un expediente, incoado a instancias de R. P. M. en el Registro Civil de su domicilio, que debería haber concluido con la calificación de la opción a la nacionalidad española formulada por el promotor. No obstante, en lugar de resolver sobre ese extremo, se había dictado, al amparo de lo dispuesto en el artículo 95.1 LRC, auto por el que, según se declaraba en el mismo, «con el fin de evitar dilaciones innecesarias, no se consideraba preciso el informe previo del Ministerio Fiscal, omitiendo también, debemos entender que por idéntica razón, la obligación de dar audiencia al interesado sobre la nueva cuestión planteada por el Encargado y sobre la que no había tenido conocimiento ni ocasión de formular las alegaciones oportunas, añadía que aun en el supuesto de que se hubiera respetado el derecho de las partes antes aludidas a ser oídas y sin entrar a valorar si al presente supuesto le es de aplicación la doctrina establecida por la Dirección General, el procedimiento elegido por el Encargado no sería el legalmente establecido por cuanto no se aprecia la existencia de error alguno en la inscripción, pues la referencia que consta en el apartado de observaciones no supone en modo alguno la declaración taxativa de que el inscrito no ostenta la nacionalidad española, sino que, como se desprendía del propio asiento y de lo dispuesto en los artículos 15 LRC y 66 RRC, lo que se declaraba era no estar suficientemente acreditada la nacionalidad española. Suponiendo que el procedimiento legal a seguir era el expediente de declaración con valor de simple presunción a que se refiere el artículo 96 LRC, solución, por otra parte, acorde

con la Circular de la Dirección General de fecha 11 de abril de 1978, implicado esto que el competente para resolver la cuestión de fondo sería el Encargado del Registro Civil del domicilio del promotor.

4. Notificada la interposición del recurso al interesado a fin de que haga las alegaciones que estime oportunas en derecho. Con fecha 24 de octubre de 2002, compareció en el Registro Civil de su domicilio doña M. P. y P., haciéndole entrega del certificado de nacimiento para obtención de DNI, la compareciente manifestó que su hijo, por motivo de estudios, estaba residiendo en Australia, comprometiéndose a hacerle entrega de la documentación recibida.

5. El Encargado del Registro Civil Central remitió las actuaciones a la Dirección General de los Registros y del Notariado, informando que a su juicio no habían sido desvirtuados los razonamientos jurídicos que aconsejaron dictar la resolución recurrida, entendiéndose que, ante la falta de alegaciones por parte del interesado, estimaba la confirmación de la misma.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I. Vistos los artículos 14 de la Constitución; 17 y 20 del Código Civil; 93 de la Ley del Registro Civil; 66, 162 y 342 del Reglamento del Registro Civil, y la Resolución de 13 de octubre de 2001.

II. Por aplicación inmediata del principio constitucional que no admite discriminaciones injustificadas por razón del sexo, hay que entender que los nacidos de madre española después de la entrada en vigor de la Constitución española son españoles de origen, recibiendo el mismo trato que los hijos de padre español.

III. Siendo esto así, el nacido en Missouri en 1981, hijo de padre norteamericano y de madre española, es español de origen, siendo improcedente e inútil que opte a una nacionalidad española no de origen por haber estado sometido a la patria potestad de una española (cfr. art. 20 CC); lo oportuno es que por el procedimiento adecuado se cancele la observación practicada en el asiento, en el sentido de que la inscripción de nacimiento no prejuzga la nacionalidad española del nacido (cfr. art. 66 *fine* RRC).

IV. En todo caso, la cancelación de esa observación requiere la tramitación de un expediente que, aunque pueda iniciarse de oficio, no permite prescindir de los trámites necesarios de la audiencia a los interesados y de la intervención del Ministerio Fiscal. En todo caso, es competente para decidir en primera instancia esa supresión del Encargado del Registro Civil Central (cfr. arts. 68, 162 y 342 RRC).

La Dirección General acordó, con estimación parcial del recurso, ordenar que se tramite, conforme a las reglas generales, expediente en el Registro Civil Central para obtener la supresión de lo consignado en la casilla de observaciones de la inscripción de nacimiento debatida.

2.3 Recuperación de la nacionalidad española

- **Para que sea posible inscribir una recuperación de la nacionalidad española es necesario probar que en algún momento anterior se ostentaba *de iure* esa nacionalidad.**

- **El territorio de Guinea no puede ser considerado español a partir de la independencia obtenida el 12 de octubre de 1968 y, de otra parte, los naturales de Guinea Ecuatorial nunca fueron, por ese solo concepto, nacionales españoles, sino solamente súbditos de España que se beneficiaban de la nacionalidad española.**

Resolución de 20 de junio de 2003 (1.^ª).

HECHOS:

1. Por comparecencia en el Registro Civil de Valencia el 10 de julio de 2002, don D. M. I., vecino de dicho municipio, nacido el 29 de julio de 1946 en Río Muni-Guinea Ecuatorial, solicitaba la inscripción de su nacimiento por recuperación de la nacionalidad española, extendiéndose acta de recuperación de la nacionalidad ante la Juez Encargada del Registro Civil.

2. Remitidas certificación literal de nacimiento expedida por el Juzgado del Distrito de Malabo, certificación negativa de inscripción de nacimiento en el Registro Civil Central, certificación de matrimonio de sus padres, certificado de bautismo, copia del documento nacional de identidad y del pasaporte españoles, certificado de empadronamiento, informe de vida laboral y dispensa eclesiástica de estado sacerdotal y el acta de recuperación al Registro Civil Central, el Juez Encargado del mismo dictó auto en fecha 29 de octubre de 2002 denegando la recuperación de la nacionalidad española e inscripción de nacimiento por no haberse ejercido por el interesado en plazo la opción a la nacionalidad española establecida por Real Decreto 2987/1977, de 28 de octubre, ni constar que le beneficiara la disposición adicional primera de dicho Real Decreto, no pudiendo recuperar el interesado una nacionalidad que nunca había ostentado, debiendo adquirir la nacionalidad por residencia, sirviéndole de título acreditativo de la residencia legal en España el documento nacional de identidad, y si pretendía obtener la declaración de la nacionalidad española con valor de simple presunción o su consolidación por aplicación del artículo 18 CC, ello debería obtenerse por el procedimiento específicamente regulado por el artículo 96.2 LRC, siendo competente para su tramitación el Registro Civil de su domicilio y no el Registro Civil Central, y, por último, en el supuesto de que el interesado obtuviese cualquiera de esas declaraciones, debería solicitar de ese Registro Civil Central la inscripción de su nacimiento y declaración de su nacionalidad española aportando certificado de nacimiento expedido por el Registro Civil extranjero o tramitar el correspondiente expediente de inscripción de nacimiento fuera de plazo y demás documentación que le pudiera interesar.

3. Notificada la resolución al Ministerio Fiscal y al interesado, éste presentó recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado alegando que le parecía irónico que, después de haber hecho en el Registro Civil el juramento de español y de recuperación de la nacionalidad, le denegaran ahora su inscripción, en el tiempo del Real Decreto 2987/1977, de 28 de octubre, estaba en la cárcel o no podía salir de Guinea Ecuatorial por ser español y superior de una Congregación de Misioneros Españoles, ser español y católico eran dos propiedades mal vistas por el Régimen, solamente pudo salir con la ayuda de la Embajada de España en agosto de 1986, su documento nacional de identidad figuraba en todos sus documentos oficiales, laborales y comerciales, trabajaba en el Servicio Valenciano de Salud,

pagaba sus impuestos, tenía Seguridad Social y todos los miembros de su familia estaban nacionalizados gracias a su posición, siendo él el único en conflicto, se sentía legalmente desamparado y, en último caso, se ampararía en la posibilidad de adquirir la nacionalidad española por residencia sirviéndole como título acreditativo de su residencia legal el documento nacional de identidad.

4. De la tramitación del recurso se dio traslado al Ministerio Fiscal que interesó la confirmación del acuerdo apelado por sus fundamentos. El Juez Encargado del Registro Civil confirmó el acuerdo apelado remitiendo el expediente a la Dirección General de los Registros y del Notariado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I. Vistos los artículos 17 del Código Civil en su redacción originaria; 17, 18 y 26 del Código Civil en su redacción actual; 15 y 96 de la Ley del Registro Civil; 66 y 335 del Reglamento del Registro Civil, la Ley de 27 de julio de 1968, el Real Decreto 2987/1977, de 28 de octubre, y las Resoluciones de 18 de mayo de 1990, 24.2.^a de febrero, 6 de marzo, 3.1.^a y 19.1.^a y 3.^a de abril, 13.3.^a de mayo y 23.3.^a de agosto de 1997, 14.2.^a de marzo, 2.2.^a y 25.1.^a de abril, 25.2.^a de mayo, 3.2.^a de junio, 1-2.^a y 15.2.^a de julio, 11 de septiembre, 7.1.^a y 2.^a y 10.3.^a de octubre y 10.1.^a de noviembre de 1998 y 5 de marzo y 20 de mayo de 1999 y 27.2.^a de diciembre de 2001.

II. Para que sea posible inscribir una recuperación de la nacionalidad española es necesario, como es obvio, probar cumplidamente que en algún momento anterior se ostentaba *de iure* esa nacionalidad.

III. No ocurre así con el interesado nacido en Guinea Ecuatorial en 1946. En efecto, el territorio de Guinea no puede ser considerado español a partir de la independencia obtenida el 12 de octubre de 1968 y, de otra parte, los naturales de Guinea Ecuatorial nunca fueron, por ese solo concepto, nacionales españoles, sino solamente súbditos de España que se beneficiaban de la nacionalidad española. Es evidente, por razones superiores de Derecho Internacional Público, que el proceso descolonizador implicó por sí mismo un cambio en el estatuto personal de los naturales de la nueva nación, que no pudo crearse sin ciudadanos que constituyeran su elemento personal imprescindible.

IV. Para evitar posibles perjuicios que ese cambio pudiera acarrear a los guineanos residentes en España, el Real Decreto 2987/1977, de 28 de octubre, arbitró una fórmula a fin de que en determinado plazo pudieran aquellos declarar su voluntad de ser españoles e, incluso, su disposición adicional primera admitió el mismo efecto sin necesidad de declaración expresa para los guineanos que, tras el 12 de octubre de 1968, hubieran estado al servicio de las armas españolas o ejercido cargo o empleo público en España como súbditos españoles. No obstante, esta vía está vedada en este caso pues el recurrente no estaba incluido en el ámbito de aplicación del Real Decreto y, aunque lo estuviera, no le beneficiaba la opción tácita y dejó expirar el plazo para la opción expresa.

V. No cabe desvirtuar la conclusión anterior por el hecho de que el interesado esté en posesión de pasaporte y de Documento Nacional de Identidad, que podrán surtir otros efectos, pero no bastan para probar legalmente su nacionalidad española. Es cierto que el DNI sirve para acreditar, salvo prueba en contrario, la nacionalidad española del titular (disposición adicional 1.^a del Real Decreto citado de 1985), pero, como viene reiterando este

Centro Directivo a partir de la Resolución de 18 de mayo de 1990, esa presunción no es absoluta pues su ámbito se ciñe exclusivamente al de los expedientes administrativos e, incluso en éstos, puede ser desvirtuada por otros documentos o datos que consten en el mismo expediente (disposiciones adicionales 2.^a y 3.^a del Real Decreto) y en cualquier caso no rige en el ámbito del Registro Civil por afectar a materias de Derecho Privado en cuya tramitación se aplican supletoriamente las leyes procesales (*cf.*: arts. 16 y 349 RRC) y en el que la prueba de los hechos inscritos se regula por lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley.

La Dirección General acordó desestimar el recurso.

3. MATRIMONIO

3.1 Matrimonio celebrado en el extranjero

- **Matrimonio civil celebrado en Londres en 1979 y sentencia griega de divorcio en 2002 (Reglamento del Consejo de la Unión Europea de 29 de mayo de 2000). No es obstáculo que impida estas inscripciones el hecho de que los mismos interesados contrajesen nuevo matrimonio canónico en Granada en 1979 pocos meses después. Se ponen los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal para que por el procedimiento oportuno promueva la cancelación del matrimonio canónico.**

Resolución de 3 de septiembre de 2003 (2.^a).

HECHOS:

1. Por solicitud presentada en la Sección Consular de la Embajada de España en Atenas el 21 de marzo de 2003, doña, T. A. S., española, solicitaba la inscripción de su matrimonio con D. C. L., griego, celebrado el 27 de marzo de 1979 en Londres-Reino Unido y su posterior divorcio. Adjuntaba los siguientes documentos: certificación extranjera del matrimonio civil celebrado en Londres, certificación literal de matrimonio canónico celebrado en Granada el 25 de agosto de 1979 por los mismos contrayentes y sentencia griega de divorcio entre ambos de 28 de marzo de 2002; respecto de ella: certificación literal de nacimiento y copia del pasaporte; y respecto de él: certificación de nacimiento y copia del pasaporte.

2. Remitida la solicitud y documentación aportada al Consulado General de España en Londres, el Encargado del Registro Civil Consular dictó resolución el 10 de febrero de 2003 denegando la inscripción del matrimonio por no ser competente para su inscripción y la anulación del matrimonio celebrado en Granada e inscrito en el Registro Civil de dicha ciudad.

3. Notificada la resolución a la interesada, ésta presentó recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado solicitando la inscripción del matrimonio celebrado en Londres con anotación marginal de divorcio y la cancelación por el Registro Civil de Granada del matrimonio celebrado en tal ciudad por ser el primer matrimonio celebrado válido.

4. De la interposición del recurso se dio traslado a la Canciller del Consulado que manifestó su conformidad con la resolución dictada sin formular alegación alguna. El Encargado del Registro Consular acordó no efectuar la inscripción solicitada, de la que era competente, hasta que se cancelase la inscripción del matrimonio en el Registro Civil de Granada, ordenando la remisión de lo actuado a la Dirección General de los Registros y del Notariado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I. Vistos los artículos 15, 16 y 23 de la ley del Registro Civil; 66, 68 y 85 del Reglamento del Registro Civil; y el Reglamento del Consejo de la Unión Europea de 29 de mayo de 2000 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes.

II. Hay que partir de la base indudable de que un matrimonio civil celebrado, después de la Constitución, en Londres por una española y un griego es indudablemente válido en nuestro Derecho, por lo que el mismo debe ser inscrito en el Registro Consular correspondiente, sin que obste a esta inscripción que los interesados contrajeran entre sí posterior matrimonio canónico en Granada, el cual fue inscrito en el Registro municipal correspondiente.

III. Si ese matrimonio civil ha sido disuelto en 2002 por sentencia de divorcio de un tribunal griego, también es competente el Encargado del Registro Consular de Londres para calificar la inscripción de la sentencia de divorcio conforme al Reglamento del Consejo de la Unión Europea citado en los vistos.

IV. El hecho antes indicado de que conste inscrito un matrimonio canónico posterior de los mismos interesados no es motivo suficiente para denegar las inscripciones del primer matrimonio civil entre ellos y de la sentencia griega de divorcio. Únicamente ha de bastar que se pongan los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal de Granada para que éste por el procedimiento oportuno promueva la cancelación del posterior matrimonio canónico de los interesados.

La Dirección General acordó estimar el recurso y declarar que el obstáculo apreciado no impide las inscripciones del matrimonio civil celebrado en Londres el 27 de marzo de 1979 y de la sentencia griega de divorcio de 28 de marzo de 2002.

3.2 Matrimonio consular celebrado por español en España

- **El matrimonio consular que pueden válidamente contraer dos extranjeros en España, si así lo permite la ley personal de cualquiera de ellos (cfr. art. 50 CC), no es, en cambio, una forma válida si uno de los contrayentes es español.**
- **Sólo en caso de que el matrimonio coránico haya sido celebrado ante un dirigente religioso islámico perteneciente a una comunidad islámica inscrita que forme parte de la Comisión Islámica de España o de alguna de las Federaciones Islámicas integradas en**

dicha Comisión se atribuyen efectos civiles al matrimonio islámico celebrado en España.

Resolución de 29 de septiembre de 2003 (3.ª).

HECHOS:

1. Por comparecencia en el Registro Civil de Manlleu el 12 de junio de 2002 y el 30 de octubre de 2003, D. A. El M. A., de nacionalidad española, vecino de dicha localidad, solicitaba la inscripción de su matrimonio con doña A. A., marroquí, celebrado el 22 de junio de 2000 en el Consulado General de Marruecos en Madrid. Adjuntaba los siguientes documentos: acta del matrimonio, cuya inscripción solicitaba, en la que el contrayente constaba como de nacionalidad española; respecto de él: copia del documento nacional de identidad expedido en 1995; respecto de ella: copia de la tarjeta de residencia; respecto de un hijo de ambos: certificación literal de nacimiento acaecido el 16 de octubre de 2001 en Manlleu con mención de que el matrimonio de los padres existía según declaración del interesado; y respecto de todos ellos: libro de familia y certificado de empadronamiento conjunto.

2. Visto lo solicitado y la documentación aportada y remitido por error el expediente al Registro Civil Central, se recibieron finalmente las actuaciones en el Registro Civil de Madrid cuyo Juez Encargado dictó providencias con fechas 5 de septiembre de 2002 y 2 de abril de 2003 denegando la inscripción del matrimonio por haberse realizado en el Consulado General de Marruecos en Madrid y, siendo el contrayente de nacionalidad española, no resultaba válido el matrimonio contraído ante dicha autoridad consular no pudiendo contraerlo los españoles más que ante el Juez, autoridad o funcionarios previstos en los artículos 49 y siguientes CC.

3. Notificada la resolución al Ministerio Fiscal y al interesado, éste presentó recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado alegando que el matrimonio se celebró de acuerdo con la ley musulmana ante la autoridad religiosa competente ya que aunque él era español no se podía obviar la voluntad de la otra parte que manifestó su opción de celebrar el matrimonio según sus convicciones religiosas, todo ciudadano español tenía derecho a contraer matrimonio según sus creencias, el matrimonio se celebró en el Consulado sin ningún ánimo de defraudar las leyes españolas, fruto del matrimonio nació un hijo que se vería indirectamente perjudicado por la denegación y, por último, la misma causaba a los interesados perjuicios de difícil reparación y les privaba de muchos derechos.

4. De la interposición del recurso se dio traslado al Ministerio Fiscal que interesó la confirmación de la resolución recurrida por sus fundamentos. El Juez Encargado del Registro Consular confirmó la resolución recurrida por sus propios fundamentos y ordenó la remisión del expediente a la Dirección General de los Registros y del Notariado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

1. Vistos los artículos 9, 11, 49, 50, 65, 73 y 78 del Código Civil; 23 y 73 de la Ley del Registro Civil; 85 y 256 del Reglamento del Registro Civil; 22 y 31 del Convenio de Relaciones Diplomáticas de 18 de abril de 1961, 31 y 43 del Convenio de Viena de Relaciones Consulares de 24

de abril de 1963; 1, 3 y 7 de la Ley 26/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación entre el Estado Español y la Comisión Islámica de España, y las Resoluciones de 13.2.^a de enero de 1996, 4 y 23.4.^a de enero, 12.2.^a de mayo, 18.2.^a de octubre de 1999 y 28.1.^a de mayo y 23.3.^a de octubre de 2001.

II. Conforme establece hoy claramente el artículo 49 del Código Civil, un español ha de contraer matrimonio en España, bien ante el Juez, Alcalde o funcionario señalado por el mismo Código, bien en la forma religiosa legalmente prevista. El matrimonio consular que pueden válidamente contraer dos extranjeros en España, si así lo permite la ley personal de cualquiera de ellos (*cf.* art. 50 CC), no es, en cambio, una forma válida si uno de los contrayentes es español, de suerte que en este segundo caso el matrimonio es nulo por aplicación del artículo 73.3.^o del Código Civil.

III. Consiguientemente y por exigencias del principio de legalidad, básico en el Registro civil (*cf.* arts. 23 LRC y 85 RRC), ha de denegarse la inscripción del matrimonio celebrado en 2000, en el Consulado de Marruecos en Madrid, entre un español y una marroquí. La calificación del Encargado alcanza, sin duda, a la comprobación de la existencia del requisito legal sobre la forma válida de celebración del enlace (*cf.* arts. 65 CC y 256 RRC).

IV. Frente a esta conclusión no puede invocarse que las Embajadas y Consulados extranjeros en España gozan del privilegio de extraterritorialidad. Tales Embajadas y Consulados forman parte integrante del territorio español, una vez que esa antigua ficción de la extraterritorialidad ha sido sustituida en el Derecho Internacional Público por los conceptos de inviolabilidad e inmunidad.

V. Por lo demás, aunque el matrimonio en cuestión se haya celebrado según el rito islámico, no lo ha sido ante un dirigente religioso islámico perteneciente a una comunidad islámica inscrita que forme parte de la Comisión Islámica de España o de alguna de las Federaciones Islámicas integradas en dicha Comisión. Sólo en este caso se atribuyen efectos civiles al matrimonio islámico celebrado en España (*cf.* arts. 1, 3 y 7 de la Ley 26/1992 de 10 de noviembre).

La Dirección General acordó desestimar el recurso y confirmar la calificación recurrida.

3.3 Inscripción de sentencia de divorcio dictada por Tribunal extranjero

- A) **La eficacia del *exequatur* debe entenderse extensiva a la propia eficacia temporal de la sentencia reconocida y, por tanto, con efectos *ex tunc*, esto es, desde la fecha en que tal sentencia haya ganado firmeza.**

Resolución de 21 de mayo de 2003 (4.^a).

HECHOS:

1. Por comparecencia en el Consulado General de España en Casablanca el 14 de enero de 2003, doña G. El B. R., con nacionalidad española por

opción, nacida el 23 de marzo de 1972 en Casablanca-Marruecos, solicitaba la inscripción de su matrimonio con doña A. I. B., marroquí, nacido el 17 de julio de 1953 en Casablanca-Marruecos, celebrado el 14 de diciembre de 1996 en Casablanca-Marruecos. Adjuntaba los siguientes documentos: solicitud de 25 de noviembre de 1996 y escrito del Consulado de 20 de enero de 1997 sobre certificado de capacidad matrimonial para contraer el matrimonio del que se solicitaba ahora la inscripción con resultado negativo por no existir exequátur de la sentencia de divorcio de un matrimonio anterior, acta de reanudación de los lazos matrimoniales el 2 de noviembre de 2002 y acta testimonial de 19 de diciembre de 2002 sobre beneficio de la nacionalidad española de la esposa; respecto de ella: certificación literal de nacimiento con anotaciones marginales de adquisición de la nacionalidad española por opción el 5 de diciembre de 1991, de matrimonio anterior y de divorcio de dicho matrimonio el 12 de marzo de 1993 con exequátur de 2 de febrero de 1998, certificado consular de residencia, acta extranjera y certificación literal de matrimonio anterior y copia del pasaporte; y respecto de él: copia integral de acta de nacimiento, certificado de residencia y copia del pasaporte.

2. Citados los interesados para trámite de audiencia, se revisó la documentación y observada la falta del acta de matrimonio, no equiparable al acta de reanudación de lazos matrimoniales, se solicitó que se aportase la misma. Aportada acta de matrimonio coránico entre la promotora y doña A. I. B. celebrado el 14 de diciembre de 1996, el Encargado del Registro Civil Consular dictó resolución el 10 de febrero de 2003 denegando la transcripción del matrimonio ya que, según al artículo 107 RRC, el divorcio de su primer matrimonio no tuvo efectos hasta el 2 de febrero de 1998.

3. Notificada la resolución a los interesados, doña G. El B. R. presentó recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado alegando que la sentencia de divorcio de su primer matrimonio dictada por el Juez Notarial del Juzgado de Primera Instancia de Casablanca-Anfa el 12 de marzo de 1993 era firme y definitiva desde esa fecha, fue legalizada por el Consulado General el 18 de febrero de 1997 y el 9 de abril de 1997 se solicitó la ejecución de la sentencia obteniéndose el exequátur del Tribunal Supremo el 2 de febrero de 1998 y, respecto a su segundo matrimonio, lo contrajo el 14 de diciembre de 1996 en Marruecos bajo el rito musulmán, se dictó divorcio del mismo por el Juez Notarial del Juzgado de Primera Instancia de Casablanca-Anfa el 23 de febrero de 1999, adjuntando como nuevo documento acta de divorcio a petición de la esposa de este segundo matrimonio, reanudándose posteriormente los vínculos matrimoniales.

4. De la interposición del recurso se dio traslado al Canciller del Consulado que interesó su desestimación, ya que el divorcio de la recurrente no tuvo efectos hasta el 2 de febrero de 1998, la contrayente celebró ambos matrimonios habiendo uso de su nacionalidad marroquí a pesar de su renuncia a la misma por adquisición de la nacionalidad española evitando así la manera de obtener el certificado de capacidad matrimonial y, para salvar los obstáculos impuestos por la normativa española, optó por celebrar su matrimonio al margen de ella, como marroquí con un nacional marroquí, bajo la ley marroquí y en Marruecos matrimonio que no tenía acceso en tales condiciones al Registro Civil español y el hecho de que se hubiese divorciado de su segundo marido y vuelto a reanudar sus lazos matrimoniales con el mismo en un nuevo intento de inscribir el matrimonio era irrelevante a los efectos pretendidos siendo el acta de reanudación de lazos matrimoniales como continuación de un divorcio revocable una institución de derecho musulmán sin

equivalente en derecho español. El Encargado del Registro Consular confirmó la resolución apelada por cuanto las sentencias de divorcio dictadas por Tribunales extranjeros producían efectos en el ordenamiento español desde la fecha de su reconocimiento por lo cual la recurrente celebró su segundo matrimonio permaneciendo aún los vínculos jurídicos de su primer matrimonio, ordenando, finalmente, la remisión de las actuaciones a la Dirección General de los Registros y del Notariado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I. Vistos los artículos 9, 46, 73 y 107 del Código Civil; 23 de la Ley del Registro Civil; 85 y 256 del Reglamento del Registro Civil; artículos 951 a 958 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 y disposición derogatoria única, apartado 1, excepción 3.ª de la actual Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero; Sentencias del Tribunal Constitucional de 17 de junio de 1991 y del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 1998 y las Resoluciones de 23.1.ª de marzo y 19.3.ª de abril y 5.2.ª de octubre de 2001.

II. La interesada, que adquirió la nacionalidad española por opción en 1991, contrajo un primer matrimonio coránico en Marruecos en 1992 que quedó disuelto por causa de divorcio en 1993 en virtud de sentencia dictada por un juez marroquí, constando tanto el matrimonio como su disolución en el Registro Civil Consular español de Casablanca. La sentencia de divorcio del citado matrimonio obtuvo exequátur del Tribunal Supremo español en 1998. Solicita ahora la inscripción de su segundo matrimonio en Marruecos celebrado en 1996 con un ciudadano de este país.

Esta solicitud es denegada por el Encargado de Registro Civil Consular por entender que a los efectos del Ordenamiento jurídico español la sentencia del divorcio citada sólo tiene efectos a partir de la fecha de reconocimiento de la misma por exequátur obtenido en 1998, por lo que debe estimarse la existencia del impedimento de ligamen en el segundo matrimonio.

III. Es cierto que las sentencias de divorcio dictadas por Tribunales extranjeros, tratándose de un español, no producen efectos en España mientras no se obtenga su reconocimiento a través de exequátur ante la Sala 1.ª del Tribunal Supremo (*cf.* art. 107, II, CC). Hasta entonces, el primer matrimonio subsiste y la inscripción del segundo queda impedida por existir, al menos formalmente, el impedimento de ligamen. Ahora bien, una vez obtenido dicho reconocimiento, el mismo debe entenderse extensivo a la propia eficacia temporal de la sentencia reconocida y, por tanto, con efectos *ex tunc*, esto es, desde la fecha en que tal sentencia haya ganado firmeza, quedando removido desde entonces el impedimento formal que hasta tal momento obstaculizaba su eficacia en España. Así se desprende del carácter meramente homologador que la jurisprudencia atribuye reiteradamente al procedimiento de exequátur, sin más excepciones que las impuestas por el necesario respeto al orden público interno.

La Dirección General acordó:

- 1.º Estimar el recurso interpuesto y revocar el acuerdo apelado;
- 2.º Ordenar que se inscriba en el Registro Civil Consular el matrimonio debatido.

- B) **Eficacia temporal del Reglamento del Consejo de la Unión Europea de 29 de mayo de 2000 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes. Aplicación del Convenio entre España y la República Federal de Alemania de 14 de noviembre de 1985.**

Resolución de 27 de junio de 2004 (5.ª).

HECHOS:

1. Por escrito de 4 de marzo de 2003, presentado en el Registro Civil de Madrid, doña M. del R. G. A., nacida en Madrid el 15 de febrero de 1935, domiciliada en Toledo, promovió expediente solicitando el reconocimiento, según la Ley española, de la sentencia de divorcio dictada por la Sala de lo Civil núm. 36 de la Audiencia Provincia de Munich I (Alemania), el 22 de junio de 1977, relativa al matrimonio canónico celebrado con el ciudadano alemán D. D. K., el 5 de marzo de 1966 en Madrid, e inscrito en el Registro Civil de Madrid, al Tomo 96, Página 422. Fundamentaba su solicitud en que la sentencia dictada era firme por lo que es de aplicación el Convenio firmado entre España y la República Federal Alemana el 14 de noviembre de 1983, que en aplicación del artículo 24 párrafo 2.º, dicho Convenio sería de aplicación asimismo a las resoluciones en cuestiones de matrimonio y relaciones familiares que hubieran adquirido firmeza con anterioridad a su entrada en vigor, siempre que no se hubiera pronunciado en rebeldía; la singularidad de este convenio estriba, frente al régimen general establecido por el artículo 107.II del CC, en que el reconocimiento de la sentencia de divorcio no requiere intervención judicial, ni exequátur, si se cumplían otras condiciones; asimismo, el artículo 4 establece que las Resoluciones de los Tribunales de una de las partes serán reconocidas en el territorio de la otra, si el Tribunal del Estado de origen fuese competente o si en él la resolución hubiera ganado firmeza. Acompañaba los siguientes documentos: certificación en extracto del matrimonio celebrado en Madrid; fotocopia de original y traducción de la sentencia de divorcio que se deseaba inscribir.

2. Ratificada la promotora, el Encargado del Registro Civil, con fecha 10 de marzo de 2003, dictó providencia por la que manifestaba no haber lugar por ahora a su asiento registral dado que la resolución que se pretendía anotar había sido dictada en rebeldía y ello en base a que en este caso el Reglamento (CE) núm. 1347/2000, del Consejo, de 29 de mayo de 2000, relativo a la competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes, dentro de la Sección 3, artículo 32, en su apartado 2 dice que si se tratara de una resolución dictada en rebeldía, la parte que invocare su reconocimiento deberá presentar el original o copia auténtica por el que se acredite la entrega o notificación del escrito de demanda o cualquier otro documento que acredite de forma inequívoca que el demandado ha aceptado la resolución.

3. Notificado el Ministerio Fiscal y la promotora, ésta interpuso recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, manifestando no estar de acuerdo con la resolución dictada, pues a su entender, estimaba que no era de aplicación el Reglamento del Consejo reseñado por el Encargado del Registro y si el Convenio Hispano-Alemán ya mencionado en su escri-

to anterior; realmente, cualquiera que fuera la legislación aplicable, lo que interesaba en ese caso, era determinar si la sentencia cuya inscripción pretendía fue en su día dictada en rebeldía, examinando la sentencia se deduce con toda claridad que la promotora fue parte en el procedimiento compareciendo en el mismo como demandada y declarante, es decir que la sentencia no fue dictada en rebeldía, aunque sí era cierto que la firmante no tuvo representación procesal, añadiendo que había quedado demostrada su negativa a restablecer la convivencia conyugal, deduciéndose de todo ello que la pretensión de que fuera declarado disuelto el vínculo matrimonial era compartida por ambos cónyuges.

4. En la tramitación del recurso el Ministerio Fiscal estimó la confirmación de la providencia dictada, por sus propios fundamentos. El Encargado del Registro Civil único de Madrid remitió lo actuado a la Dirección General de los Registros y del Notariado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I. Vistos los artículos 32 y 96 de la Constitución; 1, 11, 82, 86 y 107 del Código Civil; 951 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881; 23, 28, 29 y 76 de la Ley del Registro Civil; 83, 86, 88 y 265 del Reglamento del Registro Civil; el Reglamento del Consejo de la Unión Europea de 29 de mayo de 2000 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes; el Convenio entre España y la República Federal de Alemania sobre el reconocimiento y ejecución de resoluciones y transacciones judiciales y documentos públicos con fuerza ejecutiva en materia civil y mercantil de 14 de noviembre de 1985; el auto del Tribunal Supremo de 8 de Abril de 1992, y las Resoluciones de 2 de julio y 29 de noviembre de 1990, 25 de marzo de 1991, 19 de febrero, 12 de mayo y 23 de octubre de 1993, 22.1.ª de enero de 1996, 31.2.ª de agosto y 21 de diciembre de 1998 y 14.1.ª de abril de 2000.

II. La calificación recurrida opone a la inscripción de una sentencia de divorcio alemana, dictada en 1977 y que afecta al matrimonio de una española y un alemán, el hecho de que la sentencia se ha dictado en rebeldía de la demandada, con infracción del artículo 32 del Reglamento del Consejo de la Unión Europea del año 2000 citado en los vistos. Es evidente, sin embargo que este Reglamento no es de aplicación a la sentencia mencionada, dada la fecha de ésta muy anterior a la entrada en vigor del Reglamento y lo dispuesto en el artículo 42 del mismo.

III. La norma aplicable al caso es, por el contrario, el Convenio Hispano-Alemán citado en los vistos y a la vista del mismo no es obstáculo que impida la inscripción de la sentencia de divorcio que la sentencia haya adquirido firmeza con anterioridad a la entrada en vigor del Convenio, porque también el Convenio es de aplicación a estas resoluciones anteriores en cuestiones de matrimonio y relaciones familiares, con la única condición de que no hayan sido pronunciadas en rebeldía (cfr. art. 24-2 del Convenio) y en el caso presente la española demandada, según resulta del texto de la sentencia, fue oída personalmente en el pleito.

La Dirección General acordó estimar el recurso y declarar que el obstáculo aducido no impide la inscripción de la sentencia debatida.

3.4 Inscripción de capitulaciones matrimoniales

- **Se deniega el acceso al Registro Civil de unas capitulaciones matrimoniales que tienen como contenido exclusivo establecer estipulaciones para el supuesto de que en un futuro se produjera una separación judicial y/o un divorcio.**

Resolución de 19 de junio de 2004 (4.^a).

HECHOS:

1. Por comparecencia en el Registro Civil de Barcelona, doña M. D. P. T., como mandataria verbal de los cónyuges D. A. S. C. y doña R. M. G. V., solicitaba la inscripción de capitulaciones matrimoniales, aportando documento notarial conteniendo diversas estipulaciones en caso de futura separación judicial o divorcio.

2. Visto lo solicitado, la Juez Encargada del Registro Civil dictó providencia ordenando la devolución de la escritura presentada por no consistir los pactos realizados entre los cónyuges en ninguno de los regímenes matrimoniales previstos en la legislación habida cuenta de ser *numerus clausus* y no poder resultar creados *ex novo* o inventados por las partes a través de pactos obligacionales de inviable constancia registral.

3. Notificada dicha providencia a los interesados, D. A. F. N., como mandatario verbal de D. A. S. C., interpuso recurso de reposición alegando que el sistema regulador del régimen económico-matrimonial se sustentaba en la idea central de la libertad de pactos entre los contrayentes según el Código de Familia, pudiéndose establecer cuantas estipulaciones y pactos lícitos estimasen oportunos en relación con el régimen matrimonial e incluso en previsión de una ruptura matrimonial, siempre que no contraviniesen las leyes. Ratificado el propio interesado en el contenido del recurso de reposición, la Juez Encargada del Registro Civil dictó auto con fecha 20 de enero de 2003 desestimando el recurso interpuesto, ya que con la resolución recurrida no se infringía el sistema normativo regulador del régimen económico matrimonial, sustentado en Cataluña por el principio de libertad de pactos, sino que los pactos y estipulaciones otorgadas por los interesados en la escritura aportada eran totalmente ajenos al Registro Civil, no pudiendo pretenderse aplicar la legislación civil autonómica al ámbito de la LRC y el RRC que regulaban la indicación al margen de la inscripción de matrimonio de los pactos, resoluciones y demás hechos modificativos del régimen económico matrimonial toda vez que la futura liquidación o distribución de bienes operarían automáticamente una vez que se decretase la quiebra del matrimonio contraído.

4. Notificada la resolución al Ministerio Fiscal y al interesado, éste interpuso recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado alegando que el artículo 1333 CC determinaba que se harían constar en la inscripción de matrimonio las capitulaciones matrimoniales otorgadas así como también los pactos y demás hechos modificativos del régimen económico del matrimonio, por lo que las capitulaciones debían inscribirse previendo el promotor, por ejercer el comercio, el interés que pudieran tener terceros respecto del régimen liquidatorio de la sociedad conyugal llegado el caso de una ruptura y el artículo 77 LRC establecía que podía hacerse indicación de la existencia de los pactos, resoluciones judiciales y demás hechos

que modificasen el régimen económico-matrimonial de la sociedad conyugal, sin tratarse en este supuesto de una inscripción de un auto judicial de separación sino de unas capitulaciones matrimoniales.

5. De la tramitación del recurso se dio traslado al Ministerio Fiscal que informó favorablemente el contenido del mismo por considerar que, si bien el pacto del que se pretendía obtener publicidad registral respecto de su régimen económico matrimonial únicamente regulaba los efectos que se producirían en caso de separación judicial o divorcio, era igualmente aplicable lo dispuesto en los artículos 1333 CC y 77 LRC siendo de interés de terceros conocer la existencia de un pacto que modificaba la normativa legal prevista para el caso de disolución del vínculo. La Juez Encargada del Registro Civil confirmó la resolución apelada ya que el posible acceso al Registro Civil de pactos que modificasen el régimen económico matrimonial implicaba o requería la adopción de un determinado régimen económico previo pero, no como se pretendía, la mera indicación *ex novo* de acuerdos de adjudicación y liquidación sin la expresa adopción previa de un régimen económico matrimonial claramente definido del que dichos actos liquidatorios supusieran modificación, ordenando, finalmente, la remisión de las actuaciones a la Dirección General de los Registros y del Notariado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I. Vistos los artículos 1325 y 1333 del Código Civil; 15, 16 y 17 del Código de Familia de Cataluña; 76 y 77 de la Ley del Registro Civil, 263, 264 y 266 de su Reglamento y la Resolución de 20 de septiembre de 1995.

II. Se ha intentado por estas actuaciones que tenga acceso al Registro Civil unas capitulaciones matrimoniales que tienen como contenido exclusivo establecer unas estipulaciones para el supuesto de que en un futuro se produjera una separación judicial y/o un divorcio.

III. Tal y como señala el Juez Encargado la publicidad de estas capitulaciones es totalmente ajena al Registro Civil. El hecho de que el artículo 15 del Código de familia de Cataluña permita que en capitulaciones se puedan establecer pactos en previsión de una ruptura matrimonial no implica que deban ser objeto de publicidad. Las capitulaciones matrimoniales son un contrato accesorio del matrimonio que tiene por fin fijar el régimen económico del consorcio conyugal siendo este el objeto de la publicidad que brinda el Registro Civil. Dicho de otro modo, en el Registro Civil no se inscriben las capitulaciones matrimoniales en todo caso sino sólo aquellas en las que se regula el régimen económico matrimonial, su modificación o su sustitución. No puede pretenderse aplicar a este caso el artículo 77 de la Ley del Registro Civil que regula la indicación, al margen de la inscripción de matrimonio, de los pactos, resoluciones judiciales y demás hechos que modifiquen el régimen económico del matrimonio. Las capitulaciones pueden contener «cualesquiera otras disposiciones por razón de matrimonio» (cfr. art. 1325) como disposiciones que por vía de donación o de cualquier otro acto uno de los esposos hace a favor del otro, o las que les hace un tercero como los ascendientes (donaciones, mejora promesas de mejorar o no mejorar) que en modo alguno son objeto de publicidad en el Registro Civil, sin perjuicio de que algunas de ellas deban inscribirse en el Registro de la Propiedad. El mismo Código de familia (cfr. art. 17) avala esta interpretación cuando se refiere a la inscripción en el Registro Civil de los capítulos matrimoniales, sus modificaciones y «demás hechos que modifiquen el régi-

men económico matrimonial». Es evidente que los pactos en previsión de una ruptura quedan al margen de la publicidad registral, que como queda dicho (cfr. art. 77 LRC) se limita a la indicación de la existencia de los pactos, resoluciones judiciales y demás hechos que modifiquen el régimen económico de la sociedad conyugal.

La Dirección General acordó desestimar el recurso y confirmar la decisión apelada.

BIBLIOGRAFÍA

Notas críticas

MAGNUS, Ulrich (Ed.): *The Impact of Social Security on Tort Law (Tort and Insurance Law, 3)*, Springer, Wien, New York, 2003, 314 pp.

1. El *European Centre of Tort and Insurance Law* de Viena (en adelante ECTIL) se creó en 1999, por iniciativa de su actual director ejecutivo, el profesor Helmut Koziol, con el apoyo de los Ministerios de Justicia austríaco y alemán, así como de varias grandes empresas aseguradoras suizas y alemanas. Desde entonces, ECTIL ha coordinado más de una docena de proyectos internacionales, la mayoría de ellos dirigidos a promover los esfuerzos de armonización europea del Derecho de daños (véase al respecto <http://www.ectil.org>). De hecho, ECTIL ha sido y sigue siendo el principal soporte logístico y económico de los trabajos del *European Group on Tort Law*, formado por especialistas de reconocido prestigio en materia de responsabilidad civil y que tras años de trabajo ha culminado en tiempos recientes la elaboración de unos principios europeos en esta materia (cuya última versión oficial está disponible en <http://civil.udg.es/tort/Principles/text.htm>).

The Impact of Social Security Law on Tort Law es el resultado de uno de los proyectos más ambiciosos acometidos por ECTIL desde su creación y su conclusión ha llevado más de tres años. El objetivo del proyecto era trazar una panorámica lo más amplia posible sobre la interacción entre seguridad social y responsabilidad civil en Europa. Comprobar hasta qué punto la extensión de la protección social ha dado lugar a la exclusión total o parcial de la responsabilidad civil en supuestos de lesiones corporales o muerte, y qué grado de interacción existe todavía entre ambos instrumentos.

La obra incluye informes sobre Alemania (J. Fedtke, U. Magnus), Austria (W. Holzer), Bélgica (H. Cousy, D. Droshout), Francia (S. Carval), Grecia (K. Kremalis, E. Skyllakou, Z. Spyropoulos), Inglaterra y Gales (R. Lewis), Italia (G. Comandé, D. Poletti), Países Bajos (E. du Perron, W. van Boom), Suecia (L. Wendel) y Suiza (A. Rumo-Jungo). Además, contiene un extraordinario trabajo con enfoque jurídico-económico escrito por Michael Faure y Ton Hartlief, ambos de la Universidad de Maastrich. El informe español lo firman los civilistas M.^a Paz García Rubio y Javier Lete (Santiago de Compostela) y los profesores de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Francisco Gómez Abelleira (Universidad Rey Juan Carlos I) y Consuelo Ferreiro Regueiro (Santiago de Compostela).

El coordinador del proyecto y editor del libro ha sido Ulrich Magnus, coautor del informe alemán y responsable del informe de Derecho comparado que cierra la obra.

2. Desde mediados del siglo xx no pocos autores han vaticinado la desaparición de la responsabilidad civil del campo de los daños corporales y su paulatina mutación en un Derecho de accidentes donde todas las víctimas tendrían garantizado el derecho a recibir una compensación adecuada (véase, por ejemplo, Antonino Procida Mirabelli di Lauro, «I danni alla persona tra responsabilità civile e sicurezza sociale. A proposito del modello neozelandese», *Rass. dir. civ.* 3/1998, pp. 599-647 y 638 ss., y allí más referencias). Entre nosotros, a finales de los setenta el profesor Díez-Picazo subrayaba en un artículo que ha devenido clásico que la profunda transformación del sistema tradicional de la responsabilidad civil, al compás de la exigencia social de que en todos los supuestos de muerte o lesiones corporales se obtuviese algún tipo de reparación, llevaba a «la necesidad de escindir el Derecho de daños en dos grandes sectores... Uno de los campos se halla regido por los nuevos principios y en el otro se aplican todavía los criterios tradicionales. Para ser coherente, el primer campo debería llevar a una completa socialización de los riesgos, a un pago de las reparaciones por un organismo público y a medir cuidadosamente el derecho de regreso contra alguna persona individualizada» («La responsabilidad civil hoy», *ADC*, 1979, p. 738).

Subraya Magnus en el prólogo de la obra que los negros presagios que se cernían sobre la responsabilidad civil no hace ni tan sólo un par de décadas hoy se han desvanecido. «En los últimos tiempos» —concluye— «parece que el paciente se ha recuperado considerablemente» y que la penetración de los instrumentos de protección social en el área del daño resarcible en vía civil se ha detenido, cuando no retrocede. La responsabilidad civil parece recuperar terreno con la liberalización de la economía y la crisis del modelo social de mercado. Por ello, el libro pretende indagar cuál es el estado de la cuestión en los principales ordenamientos de nuestro entorno respecto a la compleja relación entre seguridad social —principal instrumento de «socialización» de los riesgos en Europa Occidental— y responsabilidad civil.

Para el lector español, además, la obra es una muy buena oportunidad de ampliar la perspectiva sobre temas que aquí preocupan sobremanera. De hecho, podría ser un antídoto muy eficaz frente al desconcierto en el que está instalado el Derecho español a causa de una legislación parca y obsoleta y de una jurisprudencia contradictoria.

Por si hacía falta, la obra pone de nuevo en evidencia la singularidad de nuestro ordenamiento —denunciada en numerosas ocasiones por nuestra doctrina— en materia de responsabilidad civil por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Paradójicamente, sin embargo, también permite constatar que hay piezas de nuestro «modelo» (si es que puede llamarse así) sobre las que el tiempo ha acabado dando la razón al Derecho español. Hasta cierto punto, además, algunas de sus carencias podrían incluso facilitar el tránsito hacia un modelo de distribución del coste social de los accidentes más eficiente. Así, la regla que impide que la víctima de un accidente de trabajo pueda exigir la reparación de los daños sufridos al empresario o a otras personas relacionadas con él está hoy en entredicho. Nuestro Derecho, al menos desde 1966, la ignora por completo (cfr. art. 127.3 LGSs) (en este sentido, véase también Mercedes Fernández Rubio, «La responsabilidad civil por daños derivados del trabajo en el ordenamiento jurídico alemán», *Temas laborales*, 60/2001, pp. 168 y 169). Por otra parte, como que entre nosotros no existe una vía general de regreso mediante la que repetir contra el causante el importe de las prestaciones sociales no sanitarias reconocidas a la víctima por razón del siniestro, tal vez podría ser más fácil instaurar aquí un

modelo basado en la deducción del importe de aquéllas de las indemnizaciones civiles, modelo que resulta ser mucho más eficiente que el de la acción de reembolso frente al causante de los daños, que todavía es el más generalizado en Europa (véase *infra* núm. 9).

3. Dos ideas generales subyacen en muchos informes nacionales, en el trabajo de análisis económico y también en el informe comparado.

La primera es que pese a que la responsabilidad civil no ha sido abolida sí ha sido desplazada de facto por el sistema de protección social como instrumento de compensación de las víctimas. En Europa Occidental, la seguridad social tiende hoy a proporcionar una cobertura básica ante las lesiones corporales, en particular frente a la pérdida de ingresos por incapacidad temporal o permanente. Además, da cobertura al coste de la asistencia médica y sanitaria. Si es que alguna vez tuvo un papel al respecto, la responsabilidad civil ya no tiene hoy como objetivo primordial que la víctima obtenga los recursos económicos precisos para recibir el tratamiento médico que necesita o para poder atender a su sostenimiento a pesar de la invalidez. Este mínimo se lo garantiza la seguridad social o, en su defecto, otros instrumentos de protección social. El objetivo básico de la responsabilidad civil consiste en proporcionar una indemnización adicional o complementaria, que complete aquel núcleo reparador y cuyo reconocimiento va a depender del cumplimiento de requisitos mucho más estrictos que los que se requieren causar derecho a prestaciones sociales. Generalmente esa protección adicional va a consistir en la indemnización del lucro cesante no cubierto por la seguridad social, siempre que se acredite, y en la reparación de los daños morales que, como regla general, no cubre ningún sistema de seguridad social.

De lo anterior cabe concluir, con Magnus (núm. 56), que lo normal es que las víctimas no se planteen reclamar en vía civil y que acudan sólo a las prestaciones de la seguridad social. ¿Es válida esta afirmación para España? El informe español parece sugerir que no (véanse al menos las conclusiones de Magnus, nota 170). Entre nosotros, el uso de la vía civil sería mucho más frecuente que en otros países.

Con un importe medio de 727,54 euros/mes en 2003 no sería extraño, por ejemplo, que buena parte de las 53.570 personas que se dieron de alta de prestaciones de incapacidad permanente en ese mismo año 2003 (fuente: www.mtas.es/estadisticas) pensarán en reclamar en vía civil contra la persona o personas a quienes pudieran imputar sus daños. Como mínimo, para obtener la diferencia entre el importe de la prestación social y los perjuicios económicos y morales realmente sufridos. A lo que habría que añadir que la todavía escasa implantación del seguro privado de accidentes hace muy poco probable que en la mayor parte de los accidentes con resultado de lesiones corporales o de muerte la víctima posea una cobertura privada adicional. Tanto la doctrina española como la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo han planteado abiertamente, en más de una ocasión, que la negativa de la jurisdicción civil a renunciar a conocer sobre la responsabilidad civil del empresario en supuestos de enfermedades profesionales o accidentes de trabajo obedece a lo escaso de las prestaciones económicas de la Seguridad Social [por todos, Fernando Pantaleón, «Comentario de la sentencia de 6 de mayo de 1985», *CCJC* vol. 6, abril/agosto de 1985, p. 2616; en la jurisprudencia reciente de la Sala 1.^a véase STS de 31 de diciembre de 2003 (RJ 2004, 367)].

A falta de más datos, con todo, mi impresión es que –como sucede en otros países– el principal obstáculo a la reclamación civil es el coste eco-

nómico e inmaterial de un proceso judicial cuyo resultado es incierto y que sólo compensará en lesiones muy graves o accidentes mortales. Por eso, creo que en realidad quienes llevan adelante sus acciones civiles, aunque puedan ser muchos, no representan en realidad –tampoco en España– una proporción significativa de todos los que podrían litigar, ni por ende una proporción mucho mayor a la de otros países.

La segunda reflexión, muy relacionada con la anterior, es que en muchos países de nuestro entorno la responsabilidad civil se ha convertido en un mero recurso técnico con el que justificar el ejercicio de acciones de regreso por las entidades gestoras de las prestaciones sociales. Habitualmente, además, el sujeto pasivo de tales pretensiones no es el individuo que causó el accidente sino la compañía que asegura su responsabilidad civil. Así las cosas, como la asistencia sanitaria es pública o está financiada con fondos públicos y las prestaciones económicas de incapacidad o supervivencia se nutren cada vez más de los presupuestos del Estado, la «socialización» de los riesgos mediante la extensión paulatina del sistema de seguridad social ha venido acompañada del desarrollo de un conjunto de recursos con los que allegar dinero fresco a las arcas del Estado. En este caso, a cuenta de los fondos disponibles por las compañías de seguros.

En Alemania, por ejemplo, más del 50 por 100 de las cantidades pagadas en 1997 por las aseguradoras del ramo de automóviles en concepto de responsabilidad civil fue abonado a entidades asistenciales en virtud de convenios entre estas y las compañías de seguros. El mismo año, en Holanda, de los más de 1.200 millones de euros abonados por daños a las personas en accidentes de tráfico las aseguradoras abonaron más de 270 millones a entidades que ejercieron acciones de regreso. Los datos disponibles en las mismas fechas en Suiza situaban el importe recuperado en vía de regreso por las entidades asistenciales en más de 374 millones de francos, lo que supera el 50 por 100 de los más de 671 millones abonados por las aseguradoras por daños corporales causados en accidentes de tráfico. En Inglaterra, sólo entre 1998 y 1999, tras la implantación del sistema de deducción previa de los costes sanitarios y sociales de la indemnización a abonar a la víctima por las aseguradoras del ramo del automóvil, se estima que se han recaudado más de 925 millones de euros.

El informe español pone de relieve que la falta de una vía de regreso para recuperar el importe de las prestaciones económicas explicaría la ausencia de instrumentos para hacer efectivos los derechos de la seguridad social frente al causante o su aseguradora (núm. 25). Sin embargo, esto no hubiera debido llevar a omitir el *Convenio marco de asistencia sanitaria derivada de accidentes de tráfico*, celebrado entre el Consorcio de Compensación de Seguros y UNESPA, por un lado, y el INSALUD y diversos servicios autonómicos de salud [véase la última versión, publicada por Resolución de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones de 24 de mayo de 2002 (BOE núm. 142, de 14 de junio de 2002)]. Convenio marco al que han seguido iniciativas paralelas de las Comunidades Autónomas con competencias transferidas en materia sanitaria. Tal vez hubiera sido interesante recabar datos sobre el alcance cuantitativo de las transferencias producidas en ejecución de estos convenios, y la proporción que representan sobre el coste total de la asistencia sanitaria pública y privada en España.

4. El cuestionario base del proyecto partía de una definición amplia de seguridad social, entendida como el conjunto de «normas e instituciones, fundamentalmente públicas, diseñadas para ofrecer protección frente a las consecuencias de cualquier tipo de daños corporales, incluyendo las enfer-

medades». Esta definición es aceptada en todos los sistemas examinados, por más que casi todos los informes se sienten obligados a hacer constar matices y especialidades del propio sistema.

En general, es bien sabido que los sistemas europeos de protección social divergen mucho en cuanto al modo en que se organizan, a la acción protectora y al modo de financiación. Sin embargo, no hay que olvidar que el objetivo del proyecto era confrontar el ámbito y la función del derecho de la responsabilidad civil con el principal instrumento alternativo de compensación de los daños personales, que no es otro que lo que en general conocemos como «seguridad social». Por eso, al margen de las vicisitudes históricas de cada ordenamiento, el libro permite establecer unas premisas generales, válidas para todos los sistemas y a partir de las que dibuja las diferencias esenciales entre responsabilidad civil y seguridad social. Estas diferencias afectan tanto a las condiciones de la indemnización como al alcance de la misma.

Las condiciones para acceder a las prestaciones sociales son, en general, mucho menos rigurosas que las que se requieren para obtener una indemnización en la vía civil. Es habitual que la acción protectora de la seguridad social esté delimitada subjetiva y objetivamente. Pero el acceso a las prestaciones sociales dependerá sólo de que la víctima tenga la condición de beneficiario del sistema y de que haya sufrido los daños con ocasión de cierto tipo de actividades o situaciones (básicamente, durante el desarrollo de su actividad laboral). Como regla general, para causar derecho a prestaciones sociales sólo es preciso establecer que la actividad profesional fue una de las causas que determinaron los perjuicios sufridos por la víctima (véase por ejemplo Austria, núm. 32).

Otra importante diferencia es la exclusión de las prestaciones de la seguridad social —en casi todos los países (por ejemplo, véase Francia, núm. 16; Alemania, núm. 16; Bélgica, núm. 16; Inglaterra, núm. 29; Grecia, núms. 13 y 42)— de la indemnización de los daños no patrimoniales, en particular del daño moral. Esto obedece a que la seguridad social tendría como objetivo reducir el impacto de ciertos riesgos sociales y no la plena reparación de los perjuicios sufridos por las víctimas de infortunios (véase Austria, núm. 6). El beneficiario perjudicado sólo tendrá derecho a recibir lo que le corresponda según los ingresos tomados como base para fijar su contribución al sistema. Sin correspondencia con el daño real sufrido, que puede ser superior (aunque también inferior).

Algunos informes aventuran que esa exclusión de la reparación de los daños morales estaría vinculada a la presunta naturaleza preventivo-punitiva de este tipo de daños (así, véase Italia, núm. 10). Eso explicaría por qué pueden obtenerse del empresario al que le es imputable un ilícito penal (*ibid*, núm. 29). Concuerta, además, con el hecho excepcional de que en Austria en caso de accidente producido por incumplimiento grave de las normas de seguridad e higiene en el trabajo puede exigirse al empresario la llamada «indemnización de integridad» (*Integritätsabgeltung*), que se caracteriza precisamente por incluir el daño moral (núm. 15).

En realidad, sin embargo, la predeterminación cuantitativa de las prestaciones sociales no tiene por qué excluir la compensación de los daños morales. Es muy posible que gran parte de esos daños vengan incluidos en las cantidades previstas en la legislación social para los supuestos de lesiones menos graves y para las incapacidades temporales. Quizá esto último explique por qué Magnus no encuentra suficientemente claro el informe español en cuanto a si las prestaciones económicas de la seguridad social incluyen o

no el resarcimiento de daños morales (véase la nota 155). Tal vez hubiera debido subrayarse que en España, como regla general, la seguridad social no da cobertura a los daños morales vinculados a casos graves o muy graves o a accidentes mortales (véase al respecto el planteamiento de Santiago Cavanillas Múgica, «Comentario de la sentencia de 30 de octubre de 1990», *CCJC* vol. 24, sept./dic. 1990, p. 1158) y que, a título de excepción, cabe obtener el resarcimiento de daños no patrimoniales con ocasión de la indemnización por «lesión permanente no invalidante» (art. 150 LGS; OM de 16 de enero de 1991).

5. El origen histórico del sistema de la seguridad social dentro del marco más amplio de la «cuestión social» explica que, como regla general, la responsabilidad civil del empresario haya sido desplazada por la posibilidad de exigir prestaciones sociales [por ejemplo, Austria: párrafos 332 y 333 ASVG (núms. 13 ss.); Bélgica: artículo 46 *Loi des accidents industriels* 10 de abril de 1971 (núm. 22); Grecia, núm. 35; Suiza, núm. 21; Italia, núms. 32-35]. Esta regla estaría basada en dos argumentos principales: *a*) que los empresarios asumen toda la cuota del seguro de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, y *b*) que la ley debe procurar mantener la paz entre las partes en el contrato de trabajo. En el modelo originario, la inmunidad supone que la víctima no posee acción civil contra el empresario (y en muchos sistemas tampoco contra los encargados o contra los compañeros de trabajo) ni siquiera en caso de dolo o culpa grave (en algún sistema esto sólo faculta a la seguridad social a repetir en vía de regreso contra el causante; así, Austria, núms. 14 ss.), excluyéndose la posibilidad de la víctima de reclamar los daños que no estén cubiertos por la acción protectora de la seguridad social, como por ejemplo el daño moral (Alemania: párrafos 104a, 106 III *Sozial Gesetzbuch VII*).

En Francia está vigente una versión corregida de este efecto. En principio, una antigua ley de 1890 estableció la responsabilidad objetiva en accidentes de trabajo, partiendo de la premisa de excluir cualquier otra acción civil por los mismos hechos. Hoy, sin embargo, a pesar del desplazamiento de la responsabilidad civil del empleador y de los compañeros de trabajo [art. L-451 (1) *Code de la sécurité sociale*], la víctima posee acción de responsabilidad civil contra el causante o su aseguradora por: *a*) los daños no cubiertos por el sistema de seguridad social; *b*) los daños causados por dolo o *faute inexcusable*; *c*) los daños incluidos en el ámbito de la llamada *Loi Badinter* (accidentes automovilísticos), y *d*) los daños producidos por terceros (núms. 9-10). En los dos últimos casos, con la posibilidad de acumular la correspondiente indemnización civil a las prestaciones sociales reconocidas.

En algunos casos, los informes nacionales dan fe de la crítica doctrinal a la exclusión de la acción civil de responsabilidad cuando no existen prestaciones sociales que ofrecen una cobertura alternativa (especialmente, Austria o Alemania con respecto a la reparación del daño moral). Incluso en su versión corregida, el desplazamiento de la responsabilidad civil del empleador y de los compañeros de trabajo se califica en Francia como una opción «pasada de moda» (núm. 28). En Bélgica, que posee un modelo muy semejante al francés, recientemente se presentó una proposición de ley dirigida a eliminar el privilegio del empresario, si bien no ha llegado a materializarse en ley [véase Dimitri Droskout, «Belgium», en H. Koziol/B. Steininger (Eds) *European Tort Law 2003*, Springer, Wien, 2004].

El informe de Derecho comparado de Magnus concluye que las razones para sustituir la responsabilidad civil en ciertos ámbitos —que el causante contribuyó a financiar el sistema de prestaciones y se habría «ganado» la inmuni-

dad, o que los pleitos en la empresa o entre sus empleados son indeseables— no parecen convincentes. Por eso, se muestra a favor de abolir las inmunidades allí donde existan, sin que la existencia de la seguridad social deba permitir al causante de los daños salir librado de las consecuencias de sus actos (núm. 42). Al respecto, sin embargo, el informe holandés es muy interesante. Desde 1967 en los Países Bajos está derogada la ley de 1901 que estableció el privilegio del empresario. El modelo vigente ya no se basa en la inmunidad de éste frente a la víctima, sino en la estricta coordinación de las prestaciones sociales y de la acción de responsabilidad civil. De modo que las prestaciones sociales reconocidas a la víctima pueden y deben deducirse de la indemnización reclamada por ésta, y está claro que el perjudicado podrá exigir en vía civil el importe total de los daños no cubiertos por el sistema de protección social (núm. 22; véase también Suecia, núms. 30 y 31). Las entidades responsables de las prestaciones sociales, sin embargo, no pueden repetir contra el empresario lo abonado a la víctima (núms. 32 y 55). En esta misma dirección se mueven las propuestas *de lege ferenda* para Suiza (véase núm. 47).

6. Admitido que la existencia de prestaciones a cargo de la seguridad social por razón de un accidente o de un hecho dañoso imputable a otra persona no implica —o no debería implicar— la pérdida de la acción de responsabilidad contra esa persona, aunque se trate del empresario, de compañeros de trabajo o de los familiares de la uno u otros, el problema consiste en saber cómo organizar la coexistencia y la interacción entre la protección ofrecida por la seguridad social a las víctimas y la responsabilidad civil de los causantes de los perjuicios.

Dejando aparte algunas particularidades, por así decir, «nacionales» —como cuál es jurisdicción competente para discernir la responsabilidad civil del empresario por accidentes de trabajo o enfermedades profesionales sufridos por sus empleados, cuestión que tanto ocupa y preocupa a la doctrina española (también al informe español, véase núms. 21 y 22)— lo primero que hay que subrayar es que la existencia de un sistema de protección como la seguridad social debe tenerse en cuenta al establecer las *condiciones* de la responsabilidad civil del empresario. En este sentido, el profesor Díez-Picazo ha subrayado que las acciones compatibles ejercitadas al amparo del régimen general de la responsabilidad civil no pueden fundarse en la doctrina del riesgo o en las demás variantes de la responsabilidad objetivada. Pues «si los trabajadores de una empresa tienen cubierto el riesgo de accidentes de trabajo y de enfermedades profesionales a través de un sistema de responsabilidad objetiva como es el de la seguridad social, no es legítimo superponer haciéndolo además compatible con una segunda responsabilidad —la del empresario que se ha cuidado de asegurar los riesgos— que presente también un carácter jurisprudencialmente creado objetivo, pues las acumulaciones de dos responsabilidades ambas objetivas es algo que carece de justificación fuera de aquellos casos en que el legislador así lo decidiera» (*Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 1999, p. 178; más recientemente, véase «La distribución social de los daños y la Seguridad Social», en *Liber amicorum. Economía, empresa y trabajo. Homenaje a Manuel Alonso Olea*, Thomson Cívitas, Madrid, 2003, pp. 187 y 188). En otras palabras, resulta por completo improcedente aplicar expedientes *praeter legem* de «objetivización» o de inversión de la carga de la prueba de la culpa en el establecimiento de la responsabilidad civil del empresario por accidentes de trabajo o enfermedades profesionales.

A una conclusión análoga llegan Faure y Hartlief en el libro que se comenta. A su juicio, la conjunción de un sistema de protección social básico

que alcance al conjunto de la población y una responsabilidad civil empresarial sometida a expedientes como la inversión de la carga de la prueba de la culpa, las presunciones de causalidad o la práctica eliminación de la concurrencia de culpa de la víctima, es inviable. Ese estado de cosas supone para la víctima lo mejor de ambos mundos, pues goza de un derecho incondicionado a las correspondientes prestaciones sociales y a la vez tiene a su alcance la reparación total de sus daños mediante el recurso a la responsabilidad civil del empresario aplicando en este segundo caso condiciones típicas del devengo de prestaciones sociales. Naturalmente, el precio a pagar es la completa distorsión de los fundamentos razonables de la responsabilidad civil (Faure/Hartlief, núm. 67), que erróneamente se concibe como un instrumento universal de compensación al alcance de cualquier infortunado (*ibid.*, núm. 72).

Nuestra última jurisprudencia civil parece decidida a seguir la razonable línea preconizada por Díez-Picazo [véase especialmente la STS de 31 de diciembre de 2003 (RJ 2004, 367). En la jurisprudencia de la Sala 4.^a véase ya SSTS de 30 de septiembre de 1997 (RJ 1997, 6853) y de 20 de julio de 2000 (RJ 2000, 6754). En la doctrina, véase sobre todo Jesús R. Mercader Uguina, *Indemnizaciones derivadas del accidente de trabajo. Seguridad Social y Derecho de daños*, La Ley-Universidad Carlos III, Madrid, 2001, pp. 132 y 133]. No cabe descartar, sin embargo, que en más de una ocasión el alto Tribunal todavía siga insistiendo en que la empresa demandada debe responder con base en una responsabilidad por riesgo o sin culpa, ya que esta «coincide con la realidad social y... con la idea de justicia, siempre latente en todo caso y tanto más en los temas de los lamentablemente frecuentes accidentes de trabajo» [STS de 29 de abril de 2004 (RJ 2004, 2092); anteriormente, véase SSTS de 22 de abril de 2003 (RJ 2003, 3545), de 1 de octubre de 2003 (RJ 2003, 6206) y de 17 de octubre de 2001 (RJ 2001, 8642). Una buena síntesis del estado de la cuestión en Natalia Álvarez Lata, en L. F. Reglero Campos (Coord.), *Lecciones de Responsabilidad Civil*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002, p. 463 y 464, y en Susana Casado Díaz, «Accidentes de Trabajo: cúmulo de responsabilidades y competencia jurisdiccional», *Aranzadi Civil*, 2/2000, pp. 18-20]. Sólo lo exiguo de las prestaciones económicas de la seguridad social y una tendencia a la infracompensación en las indemnizaciones de las lesiones corporales o la muerte podrían explicar —que no justificar— el mantenimiento de estos postulados doctrinales (véase, sin embargo, muy recientemente Beatriz Gutiérrez-Solar Calvo, *Culpa y riesgo en la responsabilidad civil por accidentes de trabajo*, Thomson Cívitas, Madrid, 2004, pp. 289-306).

7. Así las cosas, respecto al *alcance* de la obligación de indemnizar de la persona civilmente responsable, en teoría cabría distinguir dos posibles criterios [entre nosotros véase Fernando Gómez Pomar, «Responsabilidad extracontractual y otras fuentes de reparación de daños: “Collateral Source Rule” y afines», *Working paper* núm. 5, Indret 10/1999 (www.indret.com). Para el marco teórico, fundamental: Richard Lewis, *Deducting Benefits from Damages for Personal Injury*, Oxford, New York, OUP, 1999, pp. 21-47].

El primer criterio, que ningún ordenamiento de los examinados en esta obra se plantea como regla general —y que el informe español, en línea con la doctrina aquí dominante, no duda en descalificar (véase núm. 26)—, es la *acumulación* de pretensiones, en virtud de la cual existiría una independencia recíproca entre ambas formas de compensación de los daños a las personas. En otras palabras, el reconocimiento de prestaciones sociales no afectaría a la

posibilidad del perjudicado de dirigirse contra el causante para reclamar la totalidad de los daños sufridos.

El criterio preferido en perspectiva comparada es el de la *coordinación* de pretensiones, que puede desglosarse en:

a) *Deducción* en la acción de responsabilidad civil de la víctima del importe de las prestaciones sociales, así como de los costes soportados por terceros o por entidades públicas o privadas. De manera que el demandante sólo percibirá el importe correspondiente a daños no cubiertos con aquellas sumas o el importe correspondiente a daños cubiertos pero que exceda de los límites aplicados a las correspondientes prestaciones sociales.

b) *Subrogación* del tercero que ha prestado asistencia a la víctima en las acciones civiles de ésta frente al causante de los daños, que ejercerá para recuperar en todo o en parte el importe de las prestaciones sociales correspondientes.

Se trata de dos niveles o planos distintos, tal y como demuestra el hecho de que en algún ordenamiento es posible la deducción del importe correspondiente a las prestaciones reconocidas a la víctima, pero como regla general la ley excluye la vía de regreso (§ 5:3 *Skadeståndslag* sueca). La justificación consiste en que pueden y deben evitarse los costes inherentes al ejercicio de los derechos de repetición contra el causante o contra su aseguradora. Como veremos, ésta es una de las cuestiones cruciales y de ella depende el ser o no ser de la vigencia efectiva de la responsabilidad civil en el marco de la acción protectora de la seguridad social (véase Suecia, núms. 38 ss.).

Tanto respecto a la deducción como a la subrogación, en la coordinación de pretensiones opera lo que se denomina «principio de equivalencia» (Inglaterra y Gales, núm. 33; Suiza, núm. 33), en virtud del cual la acción civil del perjudicado frente al causante sólo podrá deducirse o bloquearse con respecto a daños compensados por las prestaciones de la seguridad social y no respecto a otros tipos de daños. Naturalmente, esto obliga a los operadores jurídicos a ser escrupulosos a la hora de calificar las sumas a que pueda tener derecho la víctima de un siniestro. En el caso español, por ejemplo, hablar en serio de la deducción del importe de las prestaciones sociales debería presuponer que se han establecido con claridad los conceptos que se están compensando con las indemnizaciones civiles o por aplicación de las normas de Derecho civil. De lo contrario se corre el riesgo de que se descuenten a la víctima unas sumas que le fueron concedidas por la seguridad social para conceptos distintos de los que justifican la condena ulterior del responsable civil (o de su aseguradora) [sobre este aspecto, véase Cavanillas, cit. 1156-1158; véase también Fernando Gómez, «Indemnización civil e indemnización laboral: Un intento de reconstrucción», *RDP* 5 (1996), p. 940].

8. Una parte fundamental de la obra es el análisis del régimen legal y del modo de funcionamiento del derecho de regreso de las entidades gestoras de las prestaciones sociales frente al causante del daño. O, como ocurre con mayor frecuencia, frente a la compañía aseguradora de su responsabilidad civil.

El fundamento económico de este derecho radica en que el causante tiene que asumir todos los costes de su actividad, pues solo así tendrá incentivos correctos al realizar un análisis de costes y beneficios y para reducir, en su caso, el riesgo de accidentes (véase Faure/Hartliet, núms. 88 ss.). Este planteamiento no se altera si el causante está asegurado pues en teoría el ejercicio del derecho de regreso contra la aseguradora debe implicar un incremento en la prima o la imposición de cláusulas más rigurosas para contratar la renova-

ción del seguro, circunstancias que se supone que influyen en la prevención de nuevos accidentes. En todo caso, la exclusión del derecho de regreso de las entidades gestoras de prestaciones sociales tendería a estimular la infra-prevenición. A menos, claro está, que medios ajenos al Derecho de daños fueran suficientes para influir sobre las medidas preventivas que adoptan los potenciales causantes de daños.

En general, este derecho de regreso se configura como un supuesto de subrogación *ex lege* de la entidad gestora en las acciones civiles de la víctima o de los perjudicados, que tendría lugar desde el momento mismo del accidente en tanto que en ese momento se causa el derecho a la correspondiente prestación sanitaria o económica (Suiza, núm. 55). Tal cesión legal, además, es irrenunciable (Austria núm. 22: § 332 ASVG; Alemania núm. 20: art. I § 116 I SGB X).

Por otra parte, en el ámbito germánico también se discute si la subrogación se aplica a cualquier régimen de compensación (Austria núm. 22; Alemania núm. 13) o si se requiere que tal posibilidad esté expresamente reconocida para cada supuesto o tipo de prestación (como se exige en Suiza, núm. 55).

El derecho de regreso está generalmente excluido cuando el causante es: *a)* el empresario (excepto en el supuesto de dolo o culpa grave, por ejemplo, Austria núm. 22: § 334 ASVG; véase también Francia, núms. 17 y 18); *b)* un compañero de trabajo [excepto en el supuesto de dolo o culpa grave, por ejemplo Austria núm. 22; § 332 (5) ASVG; Suiza, núm. 39; Bélgica, núms. 36 y 39: art. 42 *Loi des accidents industriels* 1971 «daños intencionales»], e incluso *c)* miembros de la familia del empresario (Suiza núm. 38; Alemania, núm. 13 y § 67 II VVG, 116 VI 1 SGB X, salvo daños intencionales; véase también la jurisprudencia austríaca). La explicación de estas exclusiones está íntimamente relacionada con la configuración de la protección que brinda la seguridad social como un supuesto de seguro de responsabilidad civil, dirigido a amparar indirectamente al trabajador lesionado o a su familia frente a la posible insolvencia del empresario declarado responsable por sus propios actos o por los de aquellos de quienes debe responder. Por eso frente a terceros la repetición es generalmente admitida [por ejemplo, en Grecia por el art. 18.1 de la Ley 4476/1965 (Grecia núm. 25); también Italia, respecto al empleador y en favor del INAL *ex art.* 10 del decreto PR núm. 1124/1965 y en otros casos conforme al art. 1916 del *Codice Civile* (núm. 18)]. En Holanda se prevé la concreta excepción del caso en que la responsabilidad del tercero sea objetiva (núms. 28 y 57).

Un caso especial –dado que no se trata de entidades públicas de protección social– es el del empresario que tiene que seguir abonando el salario al trabajador que se encuentra temporalmente incapacitado por un hecho imputable a un tercero. Se trata de un caso de lesión del derecho de crédito (derivado del contrato de trabajo), pero que en principio no incluye la pérdida del beneficio derivado de la actividad del empleado. Por eso en Austria se refieren a los «daños por continuación del pago del salario» (*Lohnfortzahlungsschaden*). Es significativo que el supuesto diste de estar resuelto en un único sentido en los países examinados. Si bien en algunos el derecho de repetición del empresario está previsto por la ley (Alemania, nota 223; Suiza, núms. 52 y 53; Bélgica, arts. 52.4, 54.4 y 75 de la *Loi du contrat de travail* de 3 de julio de 1978; Francia, art. 29 de la Ley de 5 de julio de 1985, *Loi Badinter*, específicamente para el supuesto de accidentes automovilísticos), en otros ha tenido que promoverse una reforma legal para que el empresario pudiera recuperar esos costes. Así, en Austria, donde además el OGH ha modificado su doctrina

jurisprudencial para permitir la subrogación del empresario en los derechos del empleado [véase OGH (1994) ZVR núm. 1988 y (1998) ZVR núm. 95], y en Holanda (véase art. 6:107a BW). En Inglaterra, en cambio, todo parece depender de los términos del contrato de trabajo; de modo que si el contrato no dice nada al respecto entonces es el empleador quien soporta el coste. Suecia no admite esta repetición (núm. 56).

Respecto a España, el informe señala que el empresario tendría derecho de repetición, pero no del salario —que como regla general no estaría obligado a seguir abonando— sino de las prestaciones sociales, que están a su cargo al menos durante los doce primeros días de baja (núm. 37). Acaso cabría añadir que nuestra jurisprudencia civil se ha pronunciado reiteradamente en contra de la repetición de los salarios abonados por el Estado a guardias civiles de tráfico durante el período de incapacidad temporal causado por un accidente automovilístico [SSTS de 14 de febrero de 1980 (RJ 1980, 516), de 14 de abril de 1981 (RJ 1981, 1539), de 25 de junio de 1983 (RJ 1983, 3685) y de 29 de septiembre de 1986 (RJ 1986, 4922); véase además SSTS 2.ª de 13 de mayo de 1999 (RJ 1999, 3812) y de 9 de junio de 1999 (RJ 1999, 3882)]. Y también cabría plantearse por qué predomina en la jurisprudencia la negativa a admitir la repetición por conceptos distintos al coste de las prestaciones sanitarias frente a la opinión doctrinal dominante favorable a la extensión de los supuestos de repetición más allá de los términos literales del artículo 127.3.II LGSs (cfr. también art. 83 LGS) [Gómez, cit., pp. 947 y 948; Manuel Luque, Carlos Gómez, Juan Antonio Ruiz, «Accidentes de trabajo y responsabilidad civil», *Working paper* núm. 21, *InDret* 5/2000 (www.indret.com), p. 14; Mercader Uguina, cit. pp. 222 ss.; Álvarez Lata, cit. p. 475; Mariano Yzquierdo Tolsada, en L. F. Reglero Campos (Coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, 2.ª ed., Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2003, pp. 1529-1531]. Entre otros argumentos, los tribunales subrayan la falta de relación de causalidad entre el accidente y el salario abonado al empleado y que abonar el salario durante el período de baja constituiría una contrapartida que repercuta positivamente en los costes de la empresa por cotizaciones a la Seguridad Social en relación con las situaciones de incapacidad laboral transitoria.

9. En Holanda, se ha calculado que el 95 por 100 de las acciones de responsabilidad civil ejercitadas en vía de regreso se dirige contra compañías aseguradoras del ramo del automóvil (véase Faure/Hartlief, núm. 92). En Bélgica el privilegio del empleador no se aplica si el accidente fue ocasionado con un vehículo asegurado, de modo que es posible repetir contra el asegurador obligatorio o voluntario del mismo. Se estima que esto comporta un ahorro anual para la seguridad social de más de 39 millones de euros (núms. 41 y 42).

El principal problema de la vía de regreso, sin embargo, es su elevado coste de administración. Faure y Hartlief citan varios estudios realizados en los Países Bajos que estiman que los costes de la repetición pueden llegar a suponer el 15 por 100 de las sumas que se consiguen recuperar (véase núm. 93, y allí más referencias). En general, esos costes se juzgan excesivos y han llevado a pensar en la abolición de la vía de regreso (Alemania, núm. 32), como sucede ya en Suecia. En el libro, en cambio, se exploran enfoques menos radicales.

En primer lugar, tiende a valorarse positivamente el posible impacto del derecho de regreso en términos de prevención, por más que la ausencia de un sistema de selección de riesgos y de clasificación *bonus-malus* de los potenciales causantes de daños provoca que aquel pretendido efecto preventivo no

resulte, hoy por hoy, del todo convincente (véase, al respecto, Lewis, cit., pp. 44-46, y allí más referencias).

Otro enfoque pasa por estudiar cómo operan los instrumentos de repetición de los costes de la seguridad social, tratando de minimizar su coste administrativo. En esta línea, se destaca la importancia de los acuerdos sectoriales o protocolos suscritos por las entidades gestoras de prestaciones sociales y las compañías de seguros o sus organizaciones representativas. Los acuerdos sectoriales o protocolos hacen innecesario aplicar la vía de regreso individualmente contra los aseguradores firmantes del acuerdo (véase Francia, núm. 23), sin perjuicio de hacer recaer los costes del accidente sobre el sector en que se ha producido (principalmente, en el sector de los automóviles).

Este modelo puede llegar a ser eficiente sólo si participa un número significativo de aseguradoras y de entidades gestoras de la seguridad social (Faure/Hartlief, núm. 108), y siempre que el convenio no se limite a la simple estandarización de las pretensiones individuales a ejercer en vía de regreso y comporte la renuncia de las entidades gestoras de la seguridad social a la acción de regreso, a cambio del abono de una cantidad alzada o global (*ibid.* núm. 105). Como que el importe objeto del convenio suele consistir en un porcentaje del total de prestaciones abonadas a víctimas de personas que estaban aseguradas por las compañías signatarias del convenio, una parte de los daños imputables a causantes asegurados lo tiene que asumir el sistema de protección social. Presumiblemente, a cambio del previsible ahorro en costes administrativos (en este sentido, véase Alemania, núm. 27; también Suiza, núm. 40).

Por último, con el mismo objetivo de reducir los costes administrativos asociados a la acción de reembolso, en Inglaterra se ha ensayado otra vía. A partir de la promulgación de la *Social Security. Recovery of Benefits Act*, en 1997, y de la *Road Traffic (National Health System) Act*, en 1999, y sólo para supuestos de accidentes de tráfico, el importe de la indemnización que puede reclamar la víctima al responsable civil se reduce en la cuantía correspondiente a las prestaciones sociales que haya percibido. El importe deducido genera un derecho de crédito a favor de la entidad gestora de las prestaciones sociales que se hace efectivo mediante la intervención de la oficina administrativa creada con este fin (la *Compensation Recovery Unit*) durante el proceso de negociación que tiene lugar entre la víctima y la compañía aseguradora del responsable previamente al abono de la indemnización correspondiente. A este respecto, la nueva normativa obliga a las aseguradoras a recabar información acerca de las prestaciones sociales que la víctima haya recibido por razón del accidente. Esta información la obtienen de la *Compensation Recovery Unit* (Inglaterra y Gales, núm. 28). Como que sólo se deducirá lo percibido de la seguridad social hasta el día en que el seguro abone la indemnización, así se pone presión sobre la víctima para llegar a un acuerdo lo más pronto posible. Cuanto antes lo alcance menos deberá deducir a cuenta de las prestaciones sociales. En todo caso, sólo se podrá deducir lo que la víctima perciba durante los cinco primeros años, contados desde el día del accidente (*ibid.* núm. 29).

De acuerdo con las estimaciones oficiales, los costes administrativos del sistema aplicado en Inglaterra se sitúan en torno al 4 por 100 del importe recuperado. Mucho menor, por tanto, que el coste medio asociado al ejercicio de las acciones de reembolso comunes en otros países. De donde se concluye que la deducción previa al abono de las indemnizaciones sería un sistema más eficiente. Por eso Magnus considera oportuno proponerlo como modelo a seguir de cara a una futura armonización europea (p. 306). Lo cual, sin

embargo, contrasta con el enfoque crítico adoptado al respecto por el autor del informe inglés (Inglaterra y Gales, núm. 40).

10. Finalmente, también cabe plantearse cómo articular el ejercicio de la vía de regreso por la seguridad social con la posibilidad del causante de los daños de oponer como causa de reducción o de exoneración de responsabilidad la contribución de la propia víctima a la causación de los daños. El principal problema radica en saber si la seguridad social puede repetir contra el causante de los daños todo el importe correspondiente a las prestaciones sociales o bien sólo una parte, de modo que su pretensión se reduzca a la correspondiente a la parte del daño no imputable a la propia víctima.

La primera posición supone que, como que el causante sólo debe indemnizar una parte de los daños, la víctima y la seguridad social tienen intereses contrapuestos. Al poder recuperar la seguridad social todo el importe, sin correctivo alguno, esto puede conllevar que la víctima no pueda reclamar nada al causante o que su pretensión se vea drásticamente reducida. Esto es lo que sucede en Inglaterra, donde la ley permite deducir todas las prestaciones reconocidas, aunque la indemnización debida por el responsable se haya reducido en atención a la concurrencia de culpa de la víctima (véase Inglaterra y Gales, núm. 63). También en Italia, donde lo que podía haber reclamado en su propio nombre la víctima es el único límite cuantitativo a la pretensión de regreso del INAL (Italia, núm. 38). Por último, en Francia la seguridad social también puede recuperar del causante todo lo que abonó, aunque el responsable sólo esté obligado a compensar una parte de los daños. Como excepción, no obstante, la víctima conserva íntegramente su pretensión por los daños morales, de modo que parece que la parte correspondiente a este concepto es el tope cuantitativo a la pretensión de regreso de la seguridad social (Francia, núm. 40).

En los países del área germánica, en cambio, la repetición sólo alcanza a una parte equivalente a la cuota imputable al responsable civil (Alemania, núms. 20 y 43; también Holanda, núm. 56), de modo que, como consecuencia, la seguridad social soporta definitivamente un coste en forma de prestaciones sociales proporcional a la contribución de la propia víctima en la causación de los daños. En Suiza rige la misma regla, que garantiza a la víctima la posibilidad de recibir la indemnización, siquiera sea reducida, por conceptos no cubiertos por la seguridad social. Esto no sucede, sin embargo, en caso de dolo o negligencia grave de la víctima (pp. 209 y 210). En Austria, el llamado «privilegio de cuota» permite limitar el regreso a las prestaciones sociales equivalentes a la indemnización, de modo que en la porción de indemnización correspondiente a daños no cubiertos por la seguridad social la acción de la víctima no se verá reducida por la acción de reembolso de ésta.

En sus conclusiones, Magnus parte del principio de que la vía de regreso no debería suponer un perjuicio para la víctima (p. 306). Por eso concluye que debería tenderse a aplicar soluciones que, permitiendo a la víctima gozar íntegramente de las prestaciones sociales causadas por el siniestro, limitara el derecho de reembolso de la seguridad social a la proporción en que se reduciría la acción ejercitada por la propia víctima.

Por otra parte, en el supuesto inverso, allí donde la ley dispone que el asegurador de la responsabilidad civil del causante no puede oponer la concurrencia de culpa de la víctima, esta regla no es aplicable en el ejercicio de la acción de la víctima en vía subrogatoria. Por lo tanto la aseguradora del responsable civil podrá oponer a la seguridad social que la víctima contribu-

yó a causar los daños, viendo así reducida o incluso excluida su obligación de reembolsar a aquélla el importe de las prestaciones recibidas por esta (Holanda, núm. 30).

11. Como se ha podido comprobar, la obra que se comenta es densa y difícil. Cada pregunta del cuestionario plantea multitud de problemas, tanto de tipo técnico como cuestiones de política jurídica de enorme complejidad. Con todo, creo que el conjunto formado por los informes nacionales y los dos trabajos que cierran el libro es un logrado intento de aportar luz, desde la amplia perspectiva de la armonización europea del Derecho de daños, sobre una realidad relativamente ignorada por los tratadistas del Derecho de daños. Debe celebrarse, por tanto, la decisión del ECTIL de dedicar uno de sus primeros proyectos a un asunto tan complejo, cuyo análisis en perspectiva comparada es inexcusable.

Desde la perspectiva española, el libro invita al lector a plantearse muchos temas que entre nosotros ni siquiera han sido apuntados. En muchos puntos el territorio explorado por el cuestionario propuesto por Magnus sigue virgen. De ahí la gran dificultad de redactar un informe español sobre este tema. Nuestro Derecho sigue demasiado ocupado en cuestiones como la competencia jurisdiccional en materia de accidentes de trabajo o la naturaleza del llamado recargo de prestaciones. Temas que, a no dudar, son de gran importancia, pero que en perspectiva más amplia empobrecen el análisis y contribuyen a dejar permanentemente abiertas otras cuestiones muy importantes. Es cierto, como ha dicho la doctrina más autorizada, que a menudo esos debates esconden tomas de postura en temas clave, como la posibilidad de coordinar las pretensiones basadas simultáneamente en normas laborales y civiles (Mercader Uguina, cit. pp. 195-198; véase también Pantaleón, cit., p. 2618). Sin embargo, un tratamiento en profundidad del tema, desde la perspectiva del Derecho español de daños, está todavía por hacer. Además, como se desprende del panorama comparado resumido en este libro, creo que ese trabajo sólo podrá hacerse con solvencia si se toman en consideración elementos esenciales de la realidad investigada, entre los que hay que destacar la práctica del sector asegurador y sus relaciones con los proveedores públicos y privados de prestaciones sanitarias y asistenciales, así como la abundante jurisprudencia existente en esta materia. En todo caso, para llevar a cabo esta tarea el libro examinado en esta reseña constituye sin duda alguna una referencia de primer orden.

Jordi RIBOT IGUALADA
Profesor Titular de Derecho civil (Universidad de Girona)
Fellow del European Centre of Tort and Insurance Law

DIOS MARTÍNEZ, Luis Miguel de: *Títulos-valor simples y documentos de legitimación*, ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2003, 368 pp.

1. El libro objeto de la presente reseña consta de tres partes bien diferenciadas. En la primera de ellas (epígrafes 1 a 6) clasifica en distintas categorías los distintos documentos y contraseñas que se utilizan en el tráfico jurídico cuya función exceda la meramente probatoria de cualquier documento ordinario. Partiendo de esta clasificación, en los epígrafes 9 a 13 analiza las propiedades jurídicas de cada una de las categorías de documentos,

centrándose fundamentalmente en los títulos-valores simples y en los documentos de legitimación. Finalmente, en la tercera parte procede al estudio concreto del régimen jurídico de algunos títulos y contraseñas que se encuadran en alguna de estas dos categorías genéricas (epígrafes 14 a 18).

2. Comienza el autor constatando la abundante utilización de documentos, fichas o contraseñas con una finalidad distinta a la meramente probatoria que ordinariamente se les atribuye. Esto es, aclara que su ámbito de estudio no son los soportes documentados que comúnmente se realizan para acreditar por ejemplo la existencia de un hecho con relevancia jurídica o de un contrato, sino aquellos que revisten una transcendencia mayor para el derecho que incorporan o al que se refieren o se vinculan. Ahora bien, también aclara que el grado de conexión entre estos documentos, fichas o contraseñas con el derecho patrimonial con el que se vinculan es muy diverso, siendo también obvio que ese *plus* que presentan respecto a la sola función probatoria ordinaria tiene distinto alcance en cada caso en concreto. Así, en algunos de ellos la relación derecho-soporte documentado es tan intensa que tanto el ejercicio como la transmisión del derecho depende o se vincula al ejercicio o transmisión del soporte documentado. En otros, en cambio, la vinculación no es tan intensa, y si bien el ejercicio del derecho queda supeditado a la presentación del documento o contraseña, la transmisión del derecho se hará por los medios ordinarios del derecho privado (a través de la cesión de créditos) de forma independiente al soporte documentado. Existen además otros supuestos en que este grado de conexión o vinculación es aún menor, puesto que tampoco es estrictamente necesaria la presentación del documento o contraseña para el ejercicio del derecho, aunque eso sí, su aportación ayuda y facilita tal ejercicio, siendo por tanto muy útil a estos efectos, lo que constituye el *plus* respecto a la función probatoria de todo documento.

Pues bien, teniendo presente las distintas características de los documentos y contraseñas objeto de estudio, De Dios Martínez entiende útil la sistematización de todos ellos en distintas clases atendiendo a sus diferentes propiedades jurídicas, porque sólo así se podrá elaborar una teoría general sobre los mismos. Tal teoría general es necesaria para concretar el régimen jurídico de cada categoría, para lo que se interpretarán e integrarán los datos normativos en las distintas clases de documentos o contraseñas, utilizándolos para colmar las lagunas que se encuentran en otros documentos incardinados en la misma categoría. Ciertamente, no le falta razón al autor en esta afirmación, especialmente si tenemos en cuenta que los soportes documentales objeto de estudio apenas cuentan con una regulación mínima en nuestro derecho, dato a destacar si lo comparamos con otros ordenamientos de nuestro entorno. Tal circunstancia no hace sino reforzar aún más la idea de la utilidad y conveniencia de la existencia de una sólida teoría general sobre estos documentos y contraseñas ¹, puesto que las lagunas normativas sobre el régimen de cada uno de ellos, que serán muchas, podrán ser colmadas a través de la aplicación analógica de los principios que se predicán de la categoría a la que pertenece el documento o contraseña en concreto; principios que han sido derivados del estudio de las normas referentes a todos y cada uno de los documentos o contraseñas incluidos en el mismo grupo, y que servirá para colmar el vacío

¹ En esta idea insiste EIZAGUIRRE, *Derecho de los títulos-valores*, Madrid, 2003, p. 19.

legal aunque la norma o normas de las que se deriva no se refieran directamente al documento o contraseña en cuestión.

A la hora de realizar esta clasificación el autor parte del estudio pormenorizado de dos modelos clasificatorios antagónicos: el alemán y el italiano, por ser los que más directamente influyen en nuestra doctrina. El primero defiende un concepto amplio de título-valor en el que cabe cualquier soporte documentado siempre que sea necesaria su presentación para el ejercicio del derecho con el que se vincula, independientemente de que la transmisión del derecho dependa de la del documento o no. Quedarían fuera de este concepto los documentos de legitimación (*Legitimationspapiere*), que si bien no son estrictamente imprescindibles para el ejercicio del derecho, sí que ayudan a su más rápido cumplimiento porque facilitan la identificación del legitimado activo, trascendiendo así la mera función probatoria de cualquier documento. El modelo italiano, en cambio, es más asistemático, al reservar el concepto de título-valor para las hipótesis en que tanto el ejercicio como la transmisión del derecho dependen del documento, utilizando otra categoría distinta, la de los títulos impropios, para designar a aquellos en los que únicamente se requiere su presentación para el ejercicio del derecho siendo la transmisión de éste independiente del documento. En una tercera categoría estarían los documentos de legitimación, que coinciden con los de la clasificación alemana.

Tras constatar que la doctrina española mayoritaria se adscribe al modelo italiano², él opta por el alemán, que también tiene defensores en nuestra doctrina pese a ser aún minoritario³, ya que considera que tal clasificación tiene un punto de vista más unitario de todos los soportes documentados al destacar los elementos comunes entre ellos y permitir así una más fácil ubicación de los variados supuestos de soportes documentados que se den en la práctica. Tal perspectiva es mucho más útil para el logro del objetivo que la teoría general busca: la elaboración de principios comunes que nos permitan colmar las abundantes lagunas mediante la *analogía iuris*. Efectivamente, la percepción antiunitaria de la clasificación italiana, dificulta la elaboración de tales principios, al contemplarse las distintas categorías de documentos como compartimentos estancos o realidades totalmente diversas sin que apenas exista conexión alguna entre ellas, lo que impide o dificulta una teoría general sólida y completa, por lo que no nos resulta útil para nuestros objetivos y debemos rechazarla⁴. A estas consideraciones del autor hay que añadir, además, que la clasificación italiana en vez de partir de la hipótesis que menos transciende el derecho común, esto es, de aquella en la que el grado de vinculación entre derecho y documento es más débil aunque ya va más allá de la ordinaria eficacia probatoria, se basa en el supuesto más

² Entre muchos, RECALDE, voz «Título-valor», *EJB*, IV, Madrid, 1995, pp. 6576 y 6577; *id.*, voz «Documento de legitimación y título impropio», *EJB*, II, Madrid, 1995, p. 2573.

³ Su principal valedor entre nosotros es EIZAGUIRRE, «La opción por el concepto amplio de título-valor», *RDM*, 57 (1995), pp. 9 ss.; *id.*, *Derecho de los títulos-valores*, 21 ss.

⁴ Por más que el autor trate de relativizar la polémica en torno al concepto de título-valor afirmando en la p. 112 que es más dogmática que práctica y que no se puede decir que una u otra es correcta o incorrecta, reconoce y se decanta por el modelo alemán en la p. 113 precisamente porque es el que sirve para conseguir su objetivo (práctico y no teórico) de completar el régimen jurídico de estos soportes documentados. No estamos por tanto ante una polémica conceptual sino ante una cuestión de gran transcendencia práctica.

excepcional o que más rompe el derecho común, esto es, en la hipótesis en la que la vinculación entre derecho y soporte documentado es más intensa, degradando incluso con la terminología el resto de soportes documentados⁵, a los que, como De Dios Martínez dice (p. 115), no define en función de sus propiedades jurídicas, sino simplemente negando su carácter de título-valor⁶.

3. Bajo esta premisa De Dios Martínez clasifica los soportes documentados en dos categorías distintas: los títulos-valores y los documentos de legitimación. En los primeros la presentación del título, ficha o contraseña es necesaria para el ejercicio del derecho porque van dotados de la llamada cláusula de presentación necesaria, por la que las partes acuerdan precisamente que el grado de vinculación entre derecho y soporte documentado lleve a este extremo, de forma que el deudor puede rechazar la prestación si el acreedor no le muestra y devuelve el título a cambio (salvo amortización). Queda así desplazado por la voluntad de las partes el artículo 1527 CC que protege al deudor desconocedor de la cesión, puesto que tal protección se articula ahora a través de la necesaria presentación del título para el ejercicio de la prestación, y se anula así el riesgo de que el deudor pueda liberarse cumpliendo frente al titular originario pero no actual en tanto no se le haya comunicado la cesión (p. 176)⁷.

Ahora bien, dentro de los títulos-valores, la vinculación o propiedades jurídicas entre unos y otros no son las mismas, puesto que en algunos, el grado de vinculación entre soporte documentado y derecho va más allá de la mera necesidad de presentación para su ejercicio, de forma que la titularidad del derecho sigue a la propiedad del documento. Pues bien, a estos últimos se les califica, siguiendo el modelo alemán seguido por el autor, de títulos-valores cualificados, en los que cabe que se pueda adquirir el título y el derecho de quien no era su auténtico titular porque quedan protegidas las adquisiciones de buena fe (tutela jurídico-real), quedando excepcionada así la regla general del derecho de cosas de reivindicabilidad ilimitada del artículo 464 I CC. Además, en los títulos-valores cualificados, el deudor no podrá oponer al tercer adquirente los vicios o excepciones que tuviera contra el primer acreedor (tutela jurídico-obligacional) si son transmitidos a través de endoso o al portador, inaplicando también en este caso la regla general del derecho de obligaciones de oponibilidad ilimitada de excepciones al nuevo acreedor al que se haya cedido el derecho (arts. 1526 ss. CC).

Por tanto, los títulos-valores a los que la ley dote de la tutela jurídico-real y jurídico-obligacional serán cualificados y los que presenten el básico grado de vinculación entre derecho y documento simples. Como en estos últimos no se excepcionan normas de nuestro derecho de cosas o de obligaciones, las

⁵ Téngase presente que el significante «impropio» no está exento de cierta carga peyorativa, al utilizarse para calificar algo no auténtico o carente de las cualidades necesarias. Así, con el uso de tal término parece darse a entender que son documentos que pretendían ser títulos-valores (en el sentido por ellos utilizado), pero que se han quedado a medio camino y no lo han logrado, siendo por ello imperfectos.

⁶ Disfunción apuntada también por EIZAGUIRRE, *RDM*, 57 (1995), p. 30. Reconoce igualmente que las categorías de título impropio y de documento de legitimación son definidas negativamente respecto a la de título-valor RECALDE, voz «Título-valor», *EJB*, IV, p. 6578; *íd.*, voz «Documento de legitimación y título impropio», *EJB*, II, p. 2573.

⁷ En tal sentido, RECALDE, voz «Documento de legitimación y título impropio», *EJB*, p. 2575; EIZAGUIRRE, *RDM*, 57 (1995), pp. 38 ss.; *íd.*, *Derecho de los títulos-valores*, pp. 26, 30 y 31.

partes podrán crear libremente títulos-valores atípicos o no previstos por la ley, ya que se respetan los límites del artículo 1255 CC. Respecto a los títulos-valores cualificados, el autor afirma con razón que sus propiedades derogan para estos supuestos las normas de derecho de obligaciones y de cosas anteriormente mencionadas, y si bien es cierto que en lo referente a la tutela jurídico-obligacional el deudor puede renunciar unilateralmente o de forma pactada a hacer valer frente al nuevo acreedor cesionario las excepciones que tuviera contra el cedente⁸, también lo es que en ningún caso cabe alterar por la voluntad de las partes las normas que rigen los derechos reales, que son de derecho imperativo, y por esta razón concluye que rige en materia de títulos-valores cualificados el principio de *numerus clausus*⁹.

4. En los títulos-valores simples el autor distingue tres categorías distintas trasladando a nuestro derecho la clasificación alemana, a saber: títulos directos, títulos incompletos sin carácter circulante y títulos-valores simples con carácter circulante (pp. 126 a 132), sin perjuicio de que en ninguno de ellos la transmisión del derecho sigue a la del soporte documentado¹⁰, ni caben tampoco en ninguno de ellos las adquisiciones de buena fe ni se aplicará un régimen de excepciones diverso al general de la cesión de créditos de los artículos 1526 ss. CC. En los primeros, el nombre de la persona del acreedor aparece designado en el propio título, que en principio no está pensado para que circule. En los segundos tampoco está prevista su circulación pero no aparece el nombre de la persona acreedora y en los terceros desde un principio se prevé que el título cambie de manos con frecuencia sin que tampoco aparezca en el mismo el nombre del primer acreedor, apareciendo incluso a veces en estas dos últimas categorías de forma implícita o explícita las cláusulas «al portador» o «a la orden», aunque su transmisión se pueda hacer única y exclusivamente a través de la cesión de créditos.

La distinción entre el segundo y tercer tipo de títulos-valores simples tiene sin duda su razón de ser en el derecho alemán, donde los §§ 807 y 808 se refieren a los títulos-valores simples de las por el autor mencionadas segunda y tercera categoría, otorgándoles ciertas peculiaridades en su régimen jurídico que los diferencian entre sí, al extenderse incluso a una de ellas algunas propiedades de los títulos-valores cualificados. Sin embargo, no existen tales diferencias de régimen en nuestro derecho entre la segunda y tercera especie de títulos simples, al carecer de artículos similares a los acabados de mencionar, por lo que el régimen jurídico de los títulos incompletos y de los simples con carácter circulante será siempre el mismo, como el propio autor reconoce en alguna ocasión (por ejemplo, p. 198)¹¹. Y si el régimen

⁸ PANTALEÓN, *Comentario del Código Civil del Ministerio de Justicia*, II, Madrid, 1993, artículo 1527, p. 1029.

⁹ Llegan a las mismas conclusiones aunque a veces con distintas argumentaciones, RECALDE, voz «Título-valor», *EJB*, p. 6578; EIZAGUIRRE, *Derecho de los títulos-valores*, pp. 34 y 52-53. En la obra recensionada se citan opiniones en sentido contrario de otros autores.

¹⁰ Excepción hecha de la póliza de seguro, en la que la transmisión de ésta conlleva la del derecho de crédito contra la entidad aseguradora, aunque a dicha transmisión se sigue aplicando el régimen de la cesión de créditos (art. 9 LCS).

¹¹ La única diferencia está en que en la póliza de seguro, que el autor sitúa en los títulos-valores simples con carácter circulante, la transmisión del derecho sigue a la transmisión del documento y no viceversa, aunque tal transmisión se le sigue aplicando el régimen de la cesión de créditos (art. 9 LCS). Pero esta diferencia debe matizarse y relativizarse sobremañera tal y como De Dios Martínez afirma en las pp. 166 y 167, puesto que «aunque desde un punto de vista jurídico-formal la transmisión del papel pueda conllevar

jurídico de ambos es el mismo, no vemos utilidad alguna en diferenciar estas dos categorías en atención a datos que carecen en nuestro ordenamiento de relevancia jurídica alguna, puesto que es artificial y engañoso diferenciar lo que jurídicamente es igual. El que un título-valor simple se emita previendo que vaya o no a circular no altera en nada su régimen jurídico, porque sea como fuere, el régimen de transmisión será el de la cesión de créditos debido al principio de *numerus clausus* de títulos-valores cualificados por el que las partes no pueden crear títulos de tales características no contemplados por la ley; y aunque así lo pretendan, se les aplicará igualmente el régimen de los títulos-valores simples¹². No estimamos por ello adecuada la separación en nuestro derecho de estas dos últimas categorías de títulos-valores simples, pareciendo más oportuno subdividir éstos únicamente en dos: títulos directos y títulos simples emitidos con cláusula implícita o explícita «al portador» o «a la orden». Entre estas dos clases de títulos simples sí existen diferencias en cuanto a legitimación (*infra* 5) que justifican la creación de dos categorías distintas dentro de los títulos-valores simples¹³.

5. Es sabido que es característica común a todos los títulos-valores su eficacia legitimadora, pero ésta es más intensa en los cualificados que en los simples, lo que estudia el autor en el epígrafe 9. Suele distinguirse entre legitimación activa, que es aquella que faculta al tenedor del documento del carácter de titular aparente y que le permite exigir el cumplimiento sin que el deudor le pueda pedir pruebas complementarias sobre su titularidad; de la legitimación pasiva, que es la que permite al deudor liberarse de su obligación si ha cumplido frente a quien era aparente legitimado o titular del derecho. Pues bien, es indiscutido que los títulos cualificados dotan a su tenedor tanto de legitimación activa como de la pasiva. La primera se tendrá con la mera posesión del documento en los títulos al portador o si se adquiere a través de una cadena regular de endosos en los títulos a la orden, supuestos en los que el acreedor no tiene que probar por ningún otro medio más su titularidad, debiendo ser el deudor quien tenga que probar la falta de titularidad. En consonancia con esto, el deudor quedará liberado si cumple de buena fe frente a quien estaba activamente legitimado según estas reglas aunque finalmente no fuera el auténtico titular de la prestación (legitimación pasiva).

Tampoco parece haber mayores problemas en reconocer la eficacia legitimadora pasiva de los títulos-valores simples, puesto que el documento ayuda al deudor a identificar quién puede ser el titular del derecho. Ahora bien, para que el pago sea liberatorio, debe hacerse a quien de las circunstancias del caso parezca auténtico titular de la prestación aunque finalmente no lo sea (art. 1164 CC), y tales circunstancias varían respecto a los títulos cualificados. Si en el título aparece el nombre del acreedor, el tenedor parece auténtico titular sólo si quien presenta el título es la persona en él designada, porque si es un tercero quien lo presenta, la tenencia del título no es suficiente en ningún caso para parecer acreedor, y el pago del deudor no será libera-

la del derecho, los efectos jurídico-materiales son siempre equivalentes a los que se producen en los demás títulos-valor simples».

¹² EIZAGUIRRE, *Derecho de los títulos-valores*, p. 53. Así lo indica también el propio DE DIOS MARTÍNEZ en las pp. 131 y 132.

¹³ EIZAGUIRRE, *Derecho de los títulos-valores*, pp. 21 ss., parece restringir la categoría de título-valor simple a la de título directo, identificación que parece inexacta porque muchos títulos en los que no se hace constar la denominación del acreedor siguen siendo títulos-valores simples aunque no directos. Él mismo admite que hay títulos-valores simples que se emiten al portador, como las entradas a espectáculos (p. 36).

torio salvo que el tenedor presente junto al documento un contrato de cesión o cualquier otro título suficiente para justificar la transmisión del derecho a su persona (aunque tal título resulte ser finalmente inválido). Si, por el contrario, expone con razón el autor, el título simple es de los emitidos con cláusula al portador explícita o implícita (por ejemplo, entrada a un espectáculo) o se emite bajo cláusula «a la orden» (por ejemplo, póliza de seguro), es suficiente para que el deudor se libere si paga de buena fe al mero detentador del soporte documentado en el primer caso, o a quien aparece como último acreedor en la cadena regular de endosos en el segundo, porque tales circunstancias son suficientes *per se* para hacer parecer al tenedor del título auténtico titular del derecho (pp. 198-199).

Sí que es discutible y problemático, en cambio, si los títulos-valores simples gozan también de legitimación activa o si únicamente aportan la legitimación pasiva mencionada ¹⁴, optando De Dios Martínez por la primera posibilidad (pp. 192 a 195). Parece que en los títulos simples emitidos con cláusula a la orden o al portador el deudor no puede exigir un elemento de prueba adicional al tenedor del documento o al designado como acreedor en una cadena regular de endosos, por lo que no cabe negar en ellos eficacia legitimadora activa. En los títulos directos, en cambio, si la identidad del tenedor no coincide con la de la persona designada como acreedora, el deudor sí que puede (y debe) exigir esas pruebas adicionales, por lo que en estos casos parece lo más oportuno negar cualquier eficacia legitimadora activa al documento. Finalmente, si en los títulos directos el que presenta el soporte documentado es la persona designada en el mismo, al acreedor no se le exigirán pruebas adicionales sobre su titularidad, pero su legitimación no proviene aquí del soporte documentado, sino de la relación obligatoria originaria que se incorpora en el título, ya que es desde ese momento auténtico acreedor y no desde el posterior de redacción del título; por tanto, tal redacción no aporta nada a efectos de legitimación ¹⁵. Distinto es, ciertamente, si el título-valor tiene carácter constitutivo, esto es, si con él se crea e incorpora un derecho cartular nuevo y distinto al que emana de la relación subyacente, como por ejemplo la letra de cambio, el pagaré o el cheque directos, puesto que en tales casos la persona designada en el título no era anteriormente acreedora de la pretensión incorporada, ya que ésta surge con la redacción del propio documento a través de un contrato de entrega. Anteriormente sólo era titular de la pretensión derivada de la relación subyacente pero no de la que luego nacerá y se incorporará al título, por lo que en estos casos, el soporte documentado sí está dotado de legitimación activa y la redacción del título sí tendrá relevancia a efectos legitimatorios ¹⁶.

6. Debido a que el deudor de todo título-valor puede rechazar el cumplimiento de la prestación en tanto no le sea presentado y entregado el soporte documentado, si éste se pierde, es robado o se destruye, el acreedor queda

¹⁴ Defienden la primera opción ARROYO, «Reflexiones en torno a los denominados títulos valores impropios y documentos de legitimación», en *Estudios de Derecho bancario y bursátil en Homenaje a Evelio Verdura y Tuells*, I, Madrid, 1994, p. 180; RECALDE, voz «Documento de legitimación y título impropio», *EJB*, p. 2575. Por la segunda se decanta EIZAGUIRRE, *RDM*, 57 (1995), p. 38; *íd.*, *Derecho de los títulos-valores*, pp. 32 y 33, si bien trata únicamente de los títulos directos.

¹⁵ En este sentido EIZAGUIRRE, *Derecho de los títulos-valores*, pp. 32 y 33. Véase, no obstante, las pp. 193 y 194 de la obra recensionada.

¹⁶ En tal dirección parece apuntar EIZAGUIRRE, *Derecho de los títulos-valores*, p. 33.

ría en principio sin poder ejercitar su pretensión. Para posibilitar que el acreedor ejercite su derecho, y además, en los títulos-valores cualificados, para que evite posibles adquisiciones de buena fe, se articula el procedimiento de amortización, analizado en el libro principalmente en las páginas 239 y siguientes, y cuyo resultado es la desincorporación del derecho al documento y por consiguiente la plena recuperación de la independencia del primero respecto al segundo. Precisamente para que el acreedor no se vea imposibilitado de recibir la prestación, el procedimiento de amortización es en principio necesario en todo título-valor, de forma que si en la normativa de uno de ellos no se ha previsto procedimiento amortizatorio alguno, lo que resulta bastante frecuente, De Dios Martínez dice que hay que entender aplicable por analogía bien el procedimiento de los títulos cambiarios de los artículos 84 y siguientes y 154-155 de la LCCh, o bien el de los artículos 548 y siguientes del CCO, en función del tipo de documento en cuestión (p. 249). A nuestro parecer, la aplicación analógica debería ser en todo caso a favor de los artículos de la LCCh, puesto que además de contenerse en ella la regulación más extensa e importante sobre títulos-valores en nuestro país, es un procedimiento que se aplica para títulos cambiarios tanto simples como cualificados, siendo indiferente si éstos se han librado de forma directa o son un título cualificado a la orden o al portador¹⁷, previendo así cualquier modalidad de emisión, a diferencia del artículo 548 CCO.

No obstante la regla general de necesidad de amortización, el autor advierte con razón que existen algunos títulos-valores en los que ésta no existe sin que por ello estos soportes documentados se vean privados de tal carácter. Esto sucede bien porque la ley expresamente lo prohíbe¹⁸, bien porque de las circunstancias del caso se extrae claramente su imposibilidad material, especialmente porque la prestación incorporada en el título se debe ejecutar en un breve lapso de tiempo en el que es materialmente imposible cualquier tipo de procedimiento amortizatorio por mínima que sea su duración, por ejemplo en los títulos de transporte a ejecutar en breve o en entradas a espectáculos de muy próxima celebración (pp. 250-251)¹⁹.

El procedimiento previsto en cada título no tiene que ser siempre judicial, pero sí debe tener en todo caso carácter público. El autor, en cambio, defiende que tal carácter público sólo tiene sentido en los títulos-valores cualificados en los que sí están implicados los intereses de terceros al ser posibles las adquisiciones de buena fe, pero no en los simples al ser éstas imposibles, por lo que en esta clase de títulos-valores admite la amortización privada entre deudor y acreedor, que podrán anular el título, según él, mediante la expedición de un duplicado y sin necesidad de proclamas públicas (pp. 252 a 255)²⁰. Pero si cupiera esta posibilidad, el primer acreedor podría ceder su crédito a un tercero entregándole también el documento para que lo pueda ejercitar y acudir luego al deudor aduciendo que lo ha extraviado y que proceda a la emisión de un duplicado que anule o amortice el documento inicial²¹. De Dios Martínez considera que en estos casos el cesionario legítimo titular del derecho y poseedor del documento no se verá perjudica-

¹⁷ En este sentido, EIZAGUIRRE, *Derecho de los títulos-valores*, p. 28.

¹⁸ Sobre las prohibiciones legales, véase VARA DE PAZ, *Pérdida, sustracción y destrucción de los títulos-valores*, Madrid, 1986, pp. 364 ss.

¹⁹ En idéntico sentido, VARA DE PAZ, *Pérdida, sustracción...*, pp. 23 y 24.

²⁰ En parecidos términos VARA DE PAZ, *Pérdida, sustracción...*, pp. 24 y 25.

²¹ Razón por la que otros rechazan que pueda haber una amortización privada, EIZAGUIRRE, *Derecho de los títulos-valores*, p. 26.

do, porque afirma que la amortización privada no le será oponible (p. 254). Con esto, en realidad, está negando la amortización privada, porque si el cesionario puede en estos casos ejercitar su derecho frente al acreedor presentando el documento es porque éste no ha sido anulado, esto es, no se ha desvinculado el derecho al soporte documentado, efecto genuino de la amortización. De hecho, si un título se considera amortizado, el deudor sólo podrá pagar a la persona que instó la misma y nunca a un tercero, porque de lo contrario, el pago no será liberatorio (véanse por ejemplo, los arts. 84 y 87 LCCh).

7. Frente a los títulos-valores están los soportes documentados denominados «documentos de legitimación», en los que no es necesaria la presentación del mismo al deudor para el ejercicio del derecho, aunque sí son útiles para lograr que la prestación se realice de una forma más ágil, simple y rápida. Se habla así de que son soportes documentados con cláusula de presentación simple pero no con cláusula de presentación necesaria. A veces puede dudarse de si una cláusula es de presentación simple o necesaria, esto es, si el soporte documentado es un título-valor o un documento de legitimación, lo que en todo caso debe deducirse de la voluntad expresa o concluyente de las partes. A este respecto, la obra recensionada aporta unos criterios que pueden resultar muy útiles a la hora de interpretar tal voluntad (pp. 157 y 158), y que pueden resumirse en que si de las circunstancias del caso se observa que la admisibilidad de pruebas extracartulares es factible sin un grave menoscabo en la ejecución de la prestación y las partes no han acordado expresamente lo contrario, estaremos ante una cláusula de presentación simple (por ejemplo, fichas o contraseñas del guardarropa); si, en cambio, la aportación de tales pruebas extradocumentales es difícil, o aún siendo posibles, su aportación supone un lastre o retraso insostenible en la prestación, hay que presuponer que se trata de una cláusula de presentación necesaria (títulos de transporte o entradas a espectáculos de celebración inmediata).

La cláusula de presentación simple propia de los documentos de legitimación supone que el deudor tiene que cumplir frente al no poseedor del documento que haya acreditado su titularidad por medios extracartulares, sin tener aquí la posibilidad de denegarle como sucede en los títulos-valores. La razón es, como destaca De Dios Martínez (pp. 183-184 y 201), que en los documentos de legitimación no se sustituyen los efectos del artículo 1527 CC por la necesidad de presentar el soporte documentado, y por tanto, el tenedor del documento tampoco quedará protegido frente a una posible excepción de pago²². Por esto mismo, no se necesita procedimiento amortizatorio alguno en casos de pérdida, sustracción o destrucción del soporte documentado. Por otro lado, el deudor queda liberado si de buena fe cumple la prestación a favor del tenedor cualificado (esto es, el mero tenedor si el soporte se emitió con cláusula al portador explícita o implícita, o la persona indicada como acreedor en el propio documento si en él se ha hecho constar tal circunstancia), ya que tal pago cumple las condiciones del artículo 1164 CC, luego los documentos de legitimación están dotados de legitimación pasiva, lo que beneficia al deudor. Aquí encontramos la diferencia que existe entre cualquier documento usado en el tráfico con una mera función probatoria de la relación jurídica y del derecho de ella derivada, frente a los documentos de legitimación, puesto que como señala certeramente el

²² En idéntico sentido, EIZAGUIRRE, *Derecho de los títulos-valores*, p. 35; ARROYO, *Homenaje a Verdura y Tuells*, I, p. 174.

autor (pp. 133 y 134), tal suerte de legitimación está ausente en los meramente probatorios. Es precisamente esta importante diferencia en el régimen jurídico de ambos tipos de soportes lo que hace conveniente dotar a los documentos de legitimación de una nomenclatura propia que los distinga de los meramente probatorios²³.

Para terminar con la eficacia legitimadora de los documentos de legitimación, debemos decir que aunque De Dios Martínez opina que en algunos supuestos éstos están dotados también de legitimación activa (pp. 134, 159 y 202 ss.), resulta más adecuada la solución de negar en todo caso el que ésta exista en tal tipo de soportes documentados y defender que el deudor puede exigir siempre al presentador del documento pruebas adicionales de su titularidad²⁴. Las razones podemos encontrarlas en afirmaciones del propio autor, que recuerda que los documentos de legitimación se emiten principalmente a favor del deudor con la finalidad de facilitar a éste el cumplimiento de la prestación, en un contexto en el que además resulta sencilla la aportación de pruebas extracartulares de la titularidad (p. 183).

8. Una vez que la obra concluye el estudio de las características y régimen jurídico de los soportes documentados, especialmente de los títulos-valores simples y de los documentos de legitimación, el autor procede al análisis de algunos documentos encuadrables en alguna de estas dos categorías y que no han sido objeto de estudio pormenorizado en nuestra doctrina. Parte del análisis de los datos normativos que se encuentran sobre cada uno para clasificarlo posteriormente en alguno de los grupos anteriores y poder así completar su régimen jurídico vía analogía.

El primero de ellos es la póliza de seguros, cuya regulación se ciñe principalmente al artículo 9 LCS, que declara que se puede emitir tanto nominativamente, como a la orden o al portador, aunque en cualquiera de los casos su transmisión se regirá por la normativa de la cesión de créditos, excluyendo así expresamente la posibilidad de adquisiciones de buena fe y de exclusión de excepciones, por lo que nunca podrá ser un título-valor cualificado (pp. 272 y 281 ss). Su emisión nominativa suele darse cuando no se prevé la transmisión del derecho, y como pone de manifiesto el autor, lo normal en estos casos es que la póliza sea un mero documento probatorio del contrato de seguro y del derecho del beneficiario (pp. 280 y 296)²⁵. Sin embargo, señala De Dios Martínez, en ocasiones las partes pueden incluir en la póliza la cláusula de presentación necesaria o de presentación simple, en cuyo caso estaríamos ante un título-valor simple directo o un documento de legitimación respectivamente, si bien tales supuestos son excepcionales en la práctica porque no se suelen incluir cláusulas de tal tenor (pp. 280 y 294-295)²⁶.

²³ Así se defiende en la obra recensionada, pp. 133 ss., especialmente p. 136, nota 241. Véase, no obstante, EIZAGUIRRE, *Derecho de los títulos-valores*, pp. 34 y 35, que frente a los títulos-valores contrapone la categoría «otras modalidades documentales sin carácter de título-valor» desechando la nomenclatura «documentos de legitimación» porque puede inducir a error al recordar la clasificación italiana. Pero recuérdese que tal término es también utilizado en la doctrina alemana (*Legitimationspapiere*) precisamente para estudiar separadamente sus propiedades y diferenciarlos de los documentos meramente probatorios.

²⁴ Así lo creen EIZAGUIRRE, *Derecho de los títulos-valores*, p. 35; ARROYO, *Homenaje a Verdera y Tuells*, I, pp. 181-182.

²⁵ En idéntico sentido, EIZAGUIRRE, *RDM*, 57 (1995), p. 47.

²⁶ En cambio, ARROYO, *Homenaje a Verdera y Tuells*, I, pp. 168-169 defiende que la póliza es en todo caso un «título impropio» (título-valor simple) y nunca un documento de legitimación.

En cambio, las pólizas se emitirán «a la orden» o «al portador» cuando se prevea la transmisión de la misma, lo que frecuentemente sucede en determinados seguros utilizados en el transporte de mercancías. En estos casos, como señala la obra recensionada, estamos ante un título-valor simple no directo, esto es, emitido a la orden o al portador (pp. 294-295) ²⁷.

Por tanto, la póliza tendrá distintos efectos legitimatorios en función de si es un título-valor simple directo, o si es simple pero con cláusula «a la orden» o «al portador» o si es un documento de legitimación, reproduciéndose aquí la polémica sobre la concurrencia o no de legitimación activa en los títulos-valores simples y en los documentos de legitimación (pp. 276 ss), por lo que nos remitimos al efecto a lo dicho sobre la cuestión en los puntos 5 y 7. Lo peculiar a este respecto es que si la póliza es de un seguro de vida, su cesión deberá comunicarse al asegurador (art. 99 LCS), por lo que en estos casos la emisión de la misma no supone un desplazamiento del artículo 1527 CC, como señala el autor en las páginas 274 y 278. Por lo demás, también se reproduce el debate en torno a la posible existencia de una amortización privada de la póliza cuando es título-valor (pp. 289 a 291), sobre lo que ya se ha hablado en el punto 6.

9. Se analizan también los títulos del transporte aéreo de pasajeros, en concreto: el billete, la tarjeta de embarque y el talón de equipaje. Respecto al billete, De Dios Martínez lo califica como un título-valor simple y directo (pp. 308 y 321), al emitirse haciéndose constar el nombre del acreedor y siendo precisa la presentación del documento a la compañía aérea para poder exigir el cumplimiento de la prestación (arts. 92.4 y 93 de la Ley de la Navegación Aérea y cláusula 3 de las condiciones generales de la *International Air Transport Association*) ²⁸. No obstante, el autor critica que esto siga siendo así e incluso en ocasiones parece que duda de que legalmente pueda ser efectivamente así. En primer lugar invoca el artículo 3 del Convenio de Varsovia por el que la ausencia, irregularidad o pérdida del billete no afectará a la validez del contrato de transporte, calificándolo de incompatible con la cláusula de presentación necesaria (pp. 309-310 y 313), pero en realidad, en tal artículo lo único que se quiere decir es que el contrato de transporte es consensual y que su validez no queda condicionada a la emisión del billete, ni que tampoco su pérdida o irregularidad influye en el mismo, lo que en nada contradice la cláusula de presentación necesaria, puesto que ésta no condiciona la existencia del derecho y del contrato a la tenencia del billete, sino que únicamente exige para su ejercicio la presentación del documento una vez que éste haya sido emitido y no antes. En segundo lugar, afirma que hoy día las compañías cuentan con los medios informáticos adecuados para la comprobación extracartular de la identidad del auténtico acreedor, y que por eso sería mejor que el billete se configurara como un documento de legitimación, posibilitándose así que la compañía deba cumplir la prestación a favor de quien extracartularmente logre probar su legitimación ayudado por los datos informáticos del porteador (pp. 310 a 313 y 322). Que la comprobación es sencilla sólo es cierto si quien pretende hacer valer su derecho sin presentar el billete es la persona designada desde un principio como acreedora de la prestación y que era la designada en el billete, pero no cuando es otra persona que ha adquirido el derecho vía cesión, puesto que ésta no constará en los ficheros informáticos, y para tal comprobación extracartular puede ser

²⁷ En parecidos términos EIZAGUIRRE, *RDM*, 57 (1995), pp. 47-48.

²⁸ Así lo califica también EIZAGUIRRE, *Derecho de los títulos-valores*, p. 27.

necesario un tiempo del que se carece porque el vuelo debe partir de inmediato. A esto De Dios Martínez objeta que tales supuestos son muy minoritarios en la práctica (p. 312), pero serán tan minoritarios como en el resto de títulos directos, ya que en principio en ninguno de éstos se prevé que el derecho vaya a circular.

Las tarjetas de embarque pueden emitirse nominativamente o al portador. Si es nominativa, su función es agilizar, controlar y coordinar el embarque, pero carece de eficacia legitimadora alguna, puesto que ésta sigue correspondiendo al billete, como lo demuestra el que a la tarjeta de embarque se adjunte el cupón del billete y que el personal de la compañía vuelva a comprobar en el embarque la legitimación con base a este cupón, que es el que rescatan, quedando la tarjeta de embarque en cambio en manos del pasajero. En coherencia con lo anterior, el autor considera, a nuestro juicio con razón, que la tarjeta de embarque nominativa es un mero documento probatorio (pp. 314 y 322)²⁹. Distinta es la hipótesis en la que se emite al portador, lo que suele suceder en servicios de transporte con frecuencia horaria muy próxima y continua entre dos puntos, como el puente aéreo Madrid-Barcelona, en los que las necesidades de rapidez y agilidad son todavía mayores y en los que no se da la práctica de adjuntar a la tarjeta de embarque el cupón del billete. En estos casos, el autor dice que estamos ante un documento de legitimación (pp. 315 y 322), puesto que afirma que no hay cláusula de presentación necesaria aunque reconoce que el transportista podrá denegar la prestación si la comprobación extracartular de la legitimación supondría retraso en los vuelos, lo que sucederá con frecuencia. Así, si bien es cierto que no hay cláusula de presentación necesaria expresa, parece que debe deducirse de la voluntad de las partes su existencia concluyente por aplicación de los criterios, ya expuestos en el punto 7, que el propio autor daba a la hora de distinguir si estamos ante una cláusula de presentación simple o necesaria, ya que la admisibilidad de pruebas extracartulares en la comprobación de la legitimación imposibilita en la práctica totalidad de los casos el cumplimiento puntual de la prestación.

Respecto al talón de equipaje, si se emite de forma nominativa o está integrado en el billete, estamos ante un documento de legitimación, puesto que como defiende la obra recensionada, no es necesaria la presentación del mismo para la recuperación del equipaje; además, el acreedor puede mostrar por medios extracartulares de forma fácil su titularidad sobre el mismo, supuesto en el que el deudor está obligado al cumplimiento de la prestación aunque no se le devuelva el título (pp. 316 y 322-323).

10. Sigue con el análisis de los billetes y participaciones de lotería. Del primero constata su carácter de título-valor cualificado emitido al portador, al incluir la cláusula de presentación necesaria y seguir la transmisión del derecho a la transmisión del documento. El tercero es beneficiario de las tutelas jurídico-real y jurídico-obligacional, porque están protegidas las adquisiciones de buena fe y no pueden oponerse al tercer adquirente las excepciones que se tuviera contra el primer acreedor salvo las que se deriven del propio título (arts. 11, 14, 19 y 20 de la Instrucción General de Loterías) (pp. 326-327, 329, 331-332 y 335)³⁰. En cuanto a la participación, si su emisión es en

²⁹ Diversamente EIZAGUIRRE, *Derecho de los títulos-valores*, p. 36, que la considera un título-valor.

³⁰ Lo califica también de título-valor cualificado, EIZAGUIRRE, *RDM*, 57 (1995), p. 44.

masa con el objetivo de venderlas a terceros interesados en general, suele incluir de forma expresa la cláusula de presentación necesaria, y si no se incluye expresamente, hay que deducirla de la voluntad concluyente de las partes, porque al incorporar una prestación dineraria, es prácticamente imposible acreditar por medios extracartulares la titularidad sobre la misma. Estamos, prosigue con acierto De Dios Martínez, ante un título-valor simple, que puede ser directo si en la participación se incluye el nombre del acreedor inicial, o simple emitido al portador si no es así (pp. 327, 330 y 333). Nunca será un título-valor cualificado porque en ninguna norma se dota a la participación de las tutelas jurídico-real y jurídico-obligacional. Pero cuando la participación no se emita en masa sino en beneficio exclusivo de una persona o personas concretas (familia, amigos, etc.), su finalidad es reconocer la participación de esa persona y, en su caso, la percepción del precio, siendo aquí un mero documento probatorio (p. 337).

Pasando a las entradas y abonos para espectáculos públicos, de las primeras hay que decir que se emiten en la gran mayoría de supuestos con cláusula al portador, aunque no se les dota de las tutelas jurídico-real y jurídico-obligacional. Puesto que es imposible la acreditación de la titularidad por medios extracartulares, aunque no se incluyera expresamente la cláusula de presentación necesaria, ésta debe ser deducida de la voluntad concluyente de las partes, tal y como explica la obra recensionada, que califica en consecuencia a las entradas como títulos-valores simples emitidos con cláusula al portador (pp. 341 y 344-345). En cuanto a los abonos, el autor constata que en la mayoría de los casos las partes lo configuran como un título-valor simple porque se suele incluir expresamente la cláusula de presentación necesaria, bien indicando el nombre del acreedor, en cuyo caso sería directo; o bien sin realizar tal indicación, en cuyo caso sería un título-valor simple con cláusula al portador (pp. 341 y 345). No obstante, critica en la misma sede que esto se haga así en los abonos nominativos, porque con los datos que se almacenan en lo ficheros informáticos al deudor no le resulta difícil comprobar extracartularmente la legitimación del acreedor, afirmando por eso que si la cláusula de presentación necesaria no es expresa, no debe deducirse de la voluntad de las partes, debiendo prevalecer, según él, la cláusula de presentación simple que convierte al abono en documento de legitimación. Sin embargo, que la comprobación es sencilla sólo es cierto si quien pretende hacer valer su derecho sin presentar el abono es la persona designada desde un principio como acreedora de la prestación y que era la designada en el abono, pero no cuando es otra persona que ha adquirido el derecho vía cesión, puesto que ésta no constará en los ficheros informáticos, y para tal comprobación extracartular puede ser necesario un tiempo del que se carece porque el espectáculo va a comenzar de inmediato.

11. Para finalizar su obra, De Dios Martínez procede al estudio de algunas contraseñas emitidas en el tráfico. En concreto, los resguardos de consigna de equipajes, las fichas de guardarropa y los tiques de aparcamiento. Los configura como documentos de legitimación porque no incluyen la cláusula de presentación necesaria de forma expresa, y como la acreditación extracartular de la titularidad sobre el bien le resulta fácil al acreedor, por ejemplo mediante la descripción del bien depositado, debe prevalecer que las partes quieren una cláusula de presentación simple y no de presentación necesaria, por lo que si se pierde o destruye la contraseña el deudor deberá cumplir la prestación a quien acredite ser titular por otros medios (pp. 350-351 y 353-354).

Es cierto que hay una diferencia de funcionamiento entre las fichas de guardarropa y resguardo de consigna con respecto a los tiques de aparcamiento, ya que si bien en los primeros se hace una referencia al menos indirecta al bien depositado (número, color, etc.), en los tiques de aparcamiento no hay en la mayoría de los casos mención alguna que permita identificar el vehículo de motor, al menos todavía hoy. Esto nos debería llevar en principio a la conclusión de que tales tiques no son más que meros documentos probatorios de la existencia de un contrato de depósito o aparcamiento de vehículo, así como de la duración del estacionamiento y del pago, pero que carecen de efecto legitimador alguno. Pero tras la entrada en vigor de la Ley 40/2002, de 14 de noviembre, reguladora del contrato de aparcamiento de vehículos, su artículo 3.1.b obliga al titular del estacionamiento a identificar el vehículo en el tique, por lo que a partir de aquí se convierte en documento de legitimación, como se indica en las páginas 348-349 y 354. Si en la práctica se incumple tal precepto, las consecuencias las deberá soportar el titular del estacionamiento, que es el incumplidor, no debiendo quedar empeorada la situación del usuario respecto a la que se le atribuye legalmente.

12. En conclusión, estamos ante un libro serio y riguroso que se sitúa en la doctrina renovadora de los títulos-valores, con manejo de una completa bibliografía tanto nacional como extranjera y que aporta importantes avances en la materia, especialmente en lo referente al régimen jurídico general de los títulos-valores simples y documentos de legitimación, así como al particular de unos cuantos soportes documentados que se incluyen en alguna de esas categorías, materias que no habían sido objeto de excesiva atención por nuestra doctrina. Por tal razón, y sin perjuicio de posibles discrepancias puntuales con algunas opiniones, resulta muy recomendable la lectura de este libro y muy gratificante para quienes sienten predilección por la materia.

Parece interesante destacar, por otro lado, que una persona que se dedica a la abogacía haya optado para la elaboración de su tesis doctoral por un tema de teoría general de títulos-valores, con frecuencia tildada despectivamente de «teórica». Esto demuestra que parece que se empieza a comprender que una sólida teoría general de títulos-valores y de soportes documentados en general reporta grandes ventajas a la práctica, fundamentalmente porque ayudará y será útil para colmar las múltiples lagunas que la regulación de los mismos presenta.

Aitor ZURIMENDI ISLA

Libros

AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina de: La cláusula *rebus sic stantibus*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, 341 pp.

1. Desde hace unos años, es indiscutible que estamos asistiendo a un proceso de transformación del derecho de obligaciones y contratos que se ha revelado necesario para adaptar este derecho a las nuevas exigencias del tráfico. En este contexto se sitúa la monografía de Cristina de Amunátegui. Este libro, escrito de forma especialmente clara y precisa, ofrece numerosos puntos de interés, lo que incita al lector, casi sin darse cuenta, a reflexionar sobre la figura de la excesiva onerosidad sobrevenida y sobre el papel que ésta debe desempeñar hoy en día, así como a compartir en la mayoría de las ocasiones las conclusiones a las que llega su autora.

Hay que comenzar, no obstante, advirtiendo al lector de que el título de esta obra, «La cláusula *rebus sic stantibus*», puede resultar equívoco. De hecho, el objeto de estudio no se limita a dicha cláusula, sino que abarca la figura más amplia de la onerosidad sobrevenida como consecuencia de la alteración de las circunstancias, así como las soluciones que se han ofrecido al respecto, no sólo por nuestra jurisprudencia, sino también por otros ordenamientos, que han dotado de una solución legal a estos supuestos (derecho italiano, portugués, holandés y alemán, principalmente), y por los textos de ámbito supranacional, que ofrecen una respuesta moderna a la clásica cuestión (Principios de UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales y Principios Europeos de Derecho de Contratos).

2. Como pone de relieve Amunátegui, una de las consecuencias más importantes que ha provocado la transformación del derecho de obligaciones es que el principio *pacta sunt servanda* y el dogma de la voluntad –consagrados en los códigos civiles del siglo XIX– están cediendo terreno a otros, como la buena fe o la conservación del contrato, lo que tiene una importante repercusión en el tratamiento que recibe el fenómeno de la excesiva onerosidad sobrevenida.

Para comprobar lo que se acaba de apuntar, el libro comienza con un repaso a los cambios que ha sufrido la consideración de la excesiva onerosidad sobrevenida a lo largo de los años, desde los orígenes de la cláusula *rebus sic stantibus*, pasando por su falta de reconocimiento en los primeros códigos civiles y la evolución producida en los códigos posteriores, hasta llegar a las tendencias más actuales (pp. 31 a 61). A continuación, se exponen las diferentes doctrinas –teoría de la presuposición de Windscheid, teoría de la base del negocio y doctrina de la imprevisión– que se han elaborado para justificar

los efectos que las circunstancias sobrevenidas provocan en el cumplimiento de la prestación (pp. 63 a 78).

3. Una de las tareas más importantes a las que se enfrenta la autora consiste, precisamente, en delimitar el concepto de excesiva onerosidad sobrevenida –entendida como destrucción total de la equivalencia del contrato por circunstancias imprevistas– y apuntar las diferencias que presenta con otras figuras afines. Así, por ejemplo, la profesora Amunátegui resalta que la excesiva onerosidad se distingue de la frustración del fin del contrato y de la desaparición de la base del negocio en que en estas últimas se trata del advenimiento de situaciones no previstas, que hacen que se pierda definitivamente el interés en la realización del contrato (p. 88). Por lo que respecta a la imposibilidad de cumplimiento de la prestación, la autora no tiene inconveniente en admitir que se equiparen a la onerosidad sobrevenida los casos de dificultad extraordinaria –denominados por la doctrina de imposibilidad económica–, para que se valore si se puede mantener el contrato con una adecuada revisión del mismo (pp. 105 a 109). En cuanto a la fuerza mayor, afirma que, aunque ambas figuras tienen en común la imprevisibilidad, se distinguen en sus efectos, pues mientras que la fuerza mayor provoca la liberación del cumplimiento, la consecuencia fundamental de la excesiva onerosidad es la revisión del contrato (p. 110). La figura del error no le plantea problemas de distinción en nuestro ordenamiento, porque, mientras que en caso de excesiva onerosidad el cambio de circunstancias que provoca la alteración es posterior a la celebración del contrato, en caso de error éste es coetáneo o anterior a la celebración del contrato (p. 113). Por último, respecto de la rescisión por lesión, si bien reconoce que puede encontrarse un fundamento común con la excesiva onerosidad en la equidad y en el principio de equilibrio entre las prestaciones, afirma que ambas se distinguen en que la rescisión opera en la fase de formación del contrato y la excesiva onerosidad, en un momento posterior (p. 120).

4. Una vez delimitado el concepto de excesiva onerosidad, la autora procede a analizar los distintos fundamentos que se han barajado para legitimar esta figura y atribuirle algún tipo de efectos. Se centra en dos de ellos: por un lado, el recurso a la doctrina de la causa y el equilibrio contractual (pp. 127 a 138) y por otro lado, el recurso a los principios de buena fe y equidad (pp. 138 a 171). Según la profesora Amunátegui, el principio de buena fe y la necesidad de restablecer el equilibrio contractual son fundamentales para justificar la excepción al principio *pacta sunt servanda*, así como el posible atentado a la seguridad jurídica que implica el reconocimiento de efectos a la onerosidad sobrevenida. La buena fe no sólo sirve de fundamento a la figura, sino que, además, participa en los efectos o consecuencias que se derivan de su aplicación: la buena fe debe presidir la adaptación o revisión del contrato cuando éstas sean posibles.

Por lo que respecta al derecho español, afirma que, aunque el artículo 1258 CC es una norma adecuada para servir de apoyo a la figura objeto de estudio, sería preferible que el legislador abordase directamente el problema mediante la inclusión en el Código civil de una norma que regulase específicamente la cuestión.

5. La autora propone afrontar el tratamiento de la excesiva onerosidad sobrevenida como una cuestión de distribución o reparto de riesgos entre los contratantes. Afirma que existen tres respuestas posibles a la cuestión de qué sucede cuando el cumplimiento de la obligación resulta más oneroso por el advenimiento de circunstancias imprevisibles. La primera de ellas consiste

en atribuir el riesgo de la excesiva onerosidad sobrevenida al deudor, obligándole a cumplir exactamente con la prestación (p. 178). La segunda reside, según la autora, en atribuir el riesgo al acreedor, permitiendo que el deudor inste la resolución y que se libere con ello del cumplimiento de la prestación (p. 178). Por último, la tercera implica un reparto del riesgo entre ambos contratantes, al admitir que la excesiva onerosidad pueda dar lugar a la revisión del contrato (p. 179).

5.1 Según apunta Amunátegui, pueden seguirse dos tipos de criterios a la hora de determinar quién debe soportar, en cada caso, el riesgo de que sobrevengan circunstancias extraordinarias que dificulten el cumplimiento: criterios jurídicos (entre los que destacan la buena fe, la equidad, la razonabilidad, la imprevisibilidad, la onerosidad excesiva, el *alea* o riesgo normal) y criterios económicos, relacionados con el contenido económico de la obligación. En relación con estos últimos, la autora dedica una especial atención a aquellos criterios que se dirigen a obtener unos resultados de eficiencia económica. Acude para ello al método del análisis económico, cuyos resultados considera insatisfactorios, pues no coinciden con la solución que ella considera más idónea (que pasa por la revisión del contrato y el reparto de riesgos entre ambos contratantes). Por el contrario, este método atribuye a uno sólo de los contratantes la totalidad del riesgo: aquel que pueda prevenir el acaecimiento de las circunstancias extraordinarias con un coste menor o aquel que esté en condiciones de asegurarse contra el evento al menor coste (pp. 213 a 223).

5.2 Por lo demás, el riesgo de la excesiva onerosidad sobrevenida se puede disciplinar por diferentes cauces. Así, el legislador puede distribuir el riesgo bien mediante el establecimiento de una norma general que regule los efectos de la excesiva onerosidad, bien a través de la regulación de determinados tipos contractuales, o bien mediante leyes excepcionales, aprobadas con ocasión de eventos extraordinarios (pp. 181 a 185). Incluso los propios contratantes pueden distribuir entre ellos los posibles riesgos y los efectos que se deriven de circunstancias imprevistas que surjan con posterioridad a la celebración del contrato (pp. 186 a 203), concretamente, es una práctica muy habitual en los negocios mercantiles la inclusión de las denominadas cláusulas de *hardship*. Por último, es posible que sea el juez quien intervenga para realizar una distribución de los riesgos *a posteriori* (pp. 206 y 207).

6. En cuanto a los presupuestos necesarios para la aplicación de la figura de la excesiva onerosidad, existe en nuestro país una consolidada línea jurisprudencial al respecto que los enumera y que establece un riguroso control sobre los mismos. Amunátegui afirma que en este punto hay que distinguir, por un lado, lo que constituye el ámbito de aplicación de la figura objeto de estudio, y por otro, los requisitos que deben reunirse para justificar su aplicación al caso concreto.

6.1 Pasando al ámbito de aplicación de la figura de la excesiva onerosidad (pp. 234 a 253), su terreno natural es el contrato, aunque la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha extendido su aplicación a otra clase de negocios jurídicos y a otro tipo de obligaciones. Además, existe consenso en que la excesiva onerosidad no es aplicable a todo tipo de contratos. De hecho, se suele exigir que se trate de contratos con obligaciones recíprocas, en los que medie un lapso de tiempo más o menos prolongado entre la conclusión del contrato y su ejecución. Según la autora, entre ellos se incluyen los contratos de tracto sucesivo, los de ejecución continuada e, incluso, los de tracto único,

siempre que la ejecución se difiera en el tiempo desde la conclusión –aunque respecto de estos últimos no parece existir una línea clara en la jurisprudencia– (pp. 236 y 237).

En cuanto a los contratos aleatorios, afirma Amunátegui que no es correcto excluir la posible aplicación de la figura de la excesiva onerosidad, sino que hay que proceder a analizar si las circunstancias sobrevenidas afectan al núcleo propio de aleatoriedad del contrato en cuestión. De esta forma, si lo acaecido afecta a aspectos de la obligación no expuestos al riesgo propio del contrato, es posible la aplicación de la figura (pp. 239-242).

6.2 Por lo que respecta a los requisitos exigidos para aplicar la doctrina de la excesiva onerosidad, Amunátegui, en lugar de realizar un análisis minucioso de todos ellos, centra su estudio en los que considera más importantes.

Concretamente, se ocupa, en primer lugar, del carácter imprevisible y extraordinario que deben reunir las circunstancias acaecidas (pp. 256 a 262). Apunta la autora que, para juzgar sobre estos dos aspectos, es necesario acudir a criterios objetivos –con relación al hombre medio y a las condiciones de mercado, teniendo en cuenta la naturaleza del contrato y la posible existencia o no de un deber de previsión–.

En segundo lugar, pone de relieve que no basta con que sobrevengan acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, sino que es necesario que éstos provoquen tales efectos sobre el cumplimiento de la obligación, que hagan que la prestación resulte excesivamente onerosa; en otras palabras, es necesario que las circunstancias sobrevenidas alteren el contenido económico del contrato, rompiendo la proporcionalidad de las prestaciones (pp. 262 a 268). En la comprobación de la concurrencia de este requisito apunta Amunátegui que hay que proceder a realizar una comparación entre el equilibrio inicial y el equilibrio presentado en el momento de cumplimiento.

En tercer y último lugar, la autora analiza la exigencia de que las circunstancias sobrevenidas que provocan la excesiva onerosidad no entren en el *alea* normal del contrato bien porque hayan sido expresamente asumidas por los contratantes, o bien porque acompañen al tipo contractual concreto (pp. 268 a 273).

7. El último aspecto tratado en el libro se refiere a la determinación de los efectos que puede producir sobre el contrato la aplicación de la doctrina de la excesiva onerosidad sobrevenida (pp. 285 a 314). Quizá sea en estas páginas dónde la autora realiza una mayor aportación doctrinal, pues claramente se decanta por una solución y expone los mecanismos para desarrollarla de cara a un futuro reconocimiento legislativo en nuestro derecho de la excesiva onerosidad sobrevenida.

7.1 En este sentido, la autora se muestra claramente partidaria del mantenimiento del contrato y de su revisión como remedio principal. Como argumentos a favor afirma que esta solución goza de un reconocimiento jurisprudencial amplio y que constituye la tesis mayoritaria en nuestra doctrina (pp. 285 a 289). Pensando en un futuro reconocimiento legislativo, toma como modelo lo previsto en los Principios de Derecho Europeo de los Contratos y apunta que la vía más idónea para proceder a la revisión del contrato en los casos de excesiva onerosidad es mediante la previsión de una renegociación del mismo por parte de los contratantes, bien a iniciativa de la parte en desventaja, bien a instancia de cualquiera de ellas. La conducta de ambas partes, tanto antes de la negociación como durante la misma, debe estar sujeta a los deberes de lealtad, buena fe y cooperación (pp. 295 a 304). La inter-

vinción de los tribunales queda reservada a aquellos supuestos en los que las partes no lleguen a un acuerdo sobre la adaptación del contrato y su actuación, constatada la existencia de excesiva onerosidad, puede consistir tanto en una adaptación del contrato efectuada por el propio juez (a través de la modificación de algunas cláusulas, reduciendo el objeto de la prestación, modificando las modalidades de ejecución, aumentando o disminuyendo la contraprestación, prorrogando el plazo de cumplimiento), como en la resolución del mismo (pp. 305 a 311).

7.2 La resolución, que queda prevista como remedio subsidiario, sólo podrá tener lugar cuando no sea posible la revisión del contrato y su mantenimiento (pp. 311 a 314).

8. Acaba el libro con un apartado que lleva por título «Del *pacta sunt servanda* a la revisión, pasando por el principio de conservación del contrato», en el que se recogen de forma muy gráfica las principales conclusiones a las que la autora ha llegado en su investigación. De entre ellas, resaltamos las que consideramos más importantes y que compartimos plenamente (*vid.* San Miguel Pradera, Lis Paula, «La excesiva onerosidad sobrevenida: una propuesta de regulación europea», *ADC*, 2002, pp. 1115 a 1132). En primer lugar, el proceso de transformación que está sufriendo el derecho de obligaciones afecta a sus principios inspiradores; en concreto, se potencia la importancia de principios como la buena fe y la conservación del contrato en detrimento de otros, como el dogma de la voluntad y el rigorismo del *pacta sunt servanda*. Ello ha supuesto que impere una clara tendencia al mantenimiento del contrato en la materia que nos ocupa, de tal forma que, ante la excesiva onerosidad sobrevenida, la primera solución pasa por la renegociación del contrato entre las partes.

En segundo lugar, queda patente la necesidad de proceder a reconocer legalmente en nuestro Derecho la figura de la excesiva onerosidad. En este sentido, la regulación contenida en los Principios de Derecho Europeo de los Contratos constituye un buen modelo a tener en cuenta por nuestro legislador.

Lis Paula SAN MIGUEL PRADERA
Universidad Autónoma de Madrid

ARECHEDERRA ARANZADI, Luis: *Los matrimonios irregulares en Escocia*, ed. Dykinson, Madrid, 2004, 358 pp.

Lo que el autor denomina *matrimonio irregular* en el Derecho escocés, y otros, acaso imprecisamente, aunque con perspectiva histórica, prefieren hablar de *common law marriage*, se describe recientemente por Clive¹ en los siguientes términos: *La cohabitación y la consideración social no constituyen por sí mismas el matrimonio. El comportamiento externo no da lugar al matrimonio. El mero consentimiento tampoco constituye, por sí mismo, el matrimonio. El matrimonio requiere tanto el elemento interno (el consentimiento matrimonial) y el elemento externo o fáctico (ya sea una celebración matrimonial o la cohabitación with habit and repute). Ambos son necesarios. Ninguno de ellos es suficiente por sí mismo. Si se prueba el elemento externo*

¹ CLIVE, *The law of Husband and Wife in Scotland*, 3.ª ed., Edimburgo, 1992.

se presumirá que se ha prestado el consentimiento. Pero esta presunción admite prueba en contrario. La concepción del matrimonio by cohabitation with habit and repute en el Derecho vigente es, por tanto, que si un hombre y una mujer cohabitan como marido y mujer, en Escocia, durante un período de tiempo suficiente, y comúnmente se les considera marido y mujer y son libres para contraer, se presumirá que han prestado tácitamente el consentimiento para casarse y, si esta presunción no es destruída, que están legalmente casados.

Es sabido que el Derecho matrimonial canónico se implantó en Gran Bretaña a raíz de la conquista normanda, se mantuvo después de la ruptura traumática respecto de Roma por parte de Enrique VIII, subsistiendo bastante tiempo con distinta amplitud e intensidad en los diversos territorios, de suerte que, por ejemplo, sólo a mediados del siglo XIX los Tribunales ingleses han sido competentes para disolver los matrimonios celebrados por los ciudadanos ingleses (anteriormente hacía falta una ley del Parlamento), y todavía hoy en Escocia (que ha recuperado facultades legislativas en materia de familia en 1998), siguen en vigor ciertas especialidades canónicas anteriores al Concilio de Trento, después de promulgadas sendas leyes matrimoniales en 1939 y en 1977. Muy recientemente, en el caso *Vosilius vs. Vosilius* de 6 de abril de 2000 un Juez concede el *decree of declarator of marriage* en un caso de matrimonio *by cohabitation with habit and repute*.

Es el tema que aborda el profesor Arechederra en esta sugestiva monografía, modelo de investigación de derecho histórico extranjero, elaborado *in situ* con exquisito cuidado de utilizar materiales exclusivamente indígenas, y que, en consecuencia, constituye algo inédito, o, al menos, poco frecuente, en nuestra doctrina². No creo que el autor se proponga brindar a los canonistas actuales una revisión a fondo de la doctrina tridentina del matrimonio como acto solemne formulada en la famosa sesión de 1563, pero sí ha de reconocerse que el incremento de meras uniones de hecho en la sociedad actual (aumento moderado entre nosotros, en comparación con el experimentado en los países nórdicos, o lo que ocurre en Estados Unidos) da ocasión a plantearse el tema del formalismo en el matrimonio, tanto canónico como civil. Lo expresa así el autor: *Tanto el Concilio de Trento como las legislaciones civiles que secularizaron el matrimonio absolutizaron la forma matrimonial: o forma o nada. Resultando ese o nada algo enigmático desde un punto de vista antropológico, cultural y jurídico. Con el tiempo ese o nada se ha convertido en una opción sociológicamente consolidada y, en cierto modo, desconcertante. Aquella medida tajante y perfecta desde un punto de vista organizativo, se ha revuelto contra quienes la impusieron. Conviene analizar la situación anterior a tan drástica medida. Comprobar que muchas veces ese o nada tenía carácter matrimonial.*

Fiel a este propósito, en cuatro densos capítulos aborda el autor el estudio de la constitución del matrimonio en Escocia, los tres tipos que en este territorio se han planteado históricamente de matrimonios irregulares, la supresión parcial de los mismos y la introducción de una forma regular de matrimonio civil mediante la *Marriage (Scotland) Act* de 1939, y, finalmente,

² En la presentación de la interesante obra de Reyes PALÁ LAGUNA, *La institución del matrimonio en la República de Irlanda*, Barcelona, 1993, p. 9, escribí: *Ya va siendo hora de profundizar en el conocimiento de específicas instituciones familiares en los países del área del Common Law al objeto de que la aplicación del método comparativo pueda ser fructífero.*

el punto central relativo a la subsistencia de una de las modalidades de matrimonio irregular después de la *Marriage (Scotland) Act* de 1979. Analiza con detalle la problemática jurídica de aquella figura, especialmente en su fase probatoria; recoge puntualmente los informes de signo diferente de la *Scottish Law Commission* de 1992 y el Anteproyecto del Ministerio de Justicia sobre la familia de 2000, y transcribe literalmente la aludida sentencia de 2000.

La lectura de esta amena monografía (léanse p. ej., las páginas relativas a los *Gretna Green Marriages*) me sugiere algunas observaciones. En primer lugar, una deducida de los datos que, con toda honradez, hay que subrayarlo, incluye en la significativa encuesta que figura en página 338 sobre la evolución de la celebración de matrimonios en Escocia desde 1946 a final de siglo. El número total de uniones legales ha descendido desde 43.206, cifra media del período 1946-1950, a los 30.367 del año 2000, lo que supone que ha disminuido casi un tercio de los celebrados hace medio siglo. La reducción afecta a las confesiones religiosas de mayor arraigo; así los celebrados en la Iglesia de Escocia descienden de 25.551 a 11.267 matrimonios (equivalente al 55 por 100), mientras que los celebrados en la Iglesia Católica pasan de 5.573 a 2.249 (el 59 por 100); en cambio los correspondientes a otras confesiones experimentan un leve aumento al pasar de 4.432 a 4.766, y los matrimonios exclusivamente civiles experimentan un notable incremento, pasando de 7.469 a 12.079 (supone un incremento del 38 por 100). Ahora bien las informaciones que aquí interesan son los datos relativos a los matrimonios irregulares judicialmente declarados como matrimonios, los cuales en la segunda mitad del siglo apenas si sobrepasan, en su totalidad, el centenar (114), con una frecuencia anual que nunca se expresa con más de un dígito. Es cierto que no todos los matrimonios irregulares acuden a su reconocimiento judicial, pero en cualquier caso hay que reconocer que los datos conocidos conducen a sostener que su importancia relativa es absolutamente mínima, oscilando entre el 0,01 por 100 del total de matrimonios escoceses y el 0,03 por 100. En segundo lugar, el fenómeno actual de las uniones de hecho se plantea en cualquier país muy diversamente en relación con el matrimonio irregular escocés; la actitud de este juez cuando lo afronta profundiza psicológicamente en la conducta de los interesados como probablemente lo ha hecho siempre el juez canónico, y como no lo hacen los actuales jueces españoles —o extranjeros— que resuelven sobre uniones de hecho³. Por último, falta en el libro la sociología de las uniones escocesas de hecho que hubiera permitido valorarla comparativamente con los matrimonios formales, civiles o religiosos.

Gabriel GARCÍA CANTERO

³ En el caso resuelto por STS de 17 de junio de 2003 se trataba de la reclamación presentada por una mujer que había convivido durante cincuenta y tres años con un hombre ya fallecido. No se aportaba prueba sobre la posible apariencia matrimonial de la unión, ni hay tampoco ningún intento de legalizar la situación de *viuda joven de guerra* acudiendo, por ejemplo, a la *permissio transitus ad alias nuptias* canónica, o a la declaración de fallecimiento que dejaba algún difícil resquicio para celebrar nuevo matrimonio en la legislación derogada, ni tampoco se intentó la vía más fácil de solicitar el divorcio después de 1981. En el citado caso no parece, ni se alegó en el pleito, que hubiera en ningún momento intención ni voluntad de contraer matrimonio, y tampoco hizo testamento en su favor no existiendo, al parecer, herederos forzosos. La Sala 1.ª acude *ad casum* a la vía del enriquecimiento injusto experimentado por el varón durante la vida común, para atribuir a la mujer el 25 por 100 de los bienes del difunto (mientras el Juzgado de Primera Instancia le había otorgado el 75 por 100); curiosamente, con exclusión expresa de los que éste tenía en el pueblo de origen que, sin decirlo expresamente, parece se reservan a los herederos abintestato del premuerto.

OLIVENCIA RUIZ, Manuel (Presidente), PULGAR EZQUERRA, Juana (Directora): *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal. (Anales de doctrina, praxis y jurisprudencia)*, La Ley, Madrid, 2004, 483 pp., periodicidad semestral.

El pasado mes de julio de 2004 se presentó en el Colegio de Abogados de Madrid, en un acto presidido por don Manuel Olivencia, Catedrático de Derecho mercantil y don Luis Martí Mingarro, Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, el primer número de la *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal (Anales de doctrina, praxis y jurisprudencia)*, de periodicidad semestral que edita y comercializa el grupo editorial La Ley. La presentación del primer número de la revista, vino a coincidir con el despegue de la reforma del Derecho concursal español a través de la Ley 22/2003, de 9 de julio, que se acompaña de la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la reforma concursal. La puesta en práctica de esta compleja reforma concursal que constituye un hito particularmente relevante en el proceso de reforma del Derecho mercantil español iniciado a finales de los años ochenta, va a requerir del esfuerzo de todos y fundamentalmente por parte de jueces, letrados y operadores económicos para que podamos asumir de manera eficiente el tránsito de la «cultura de la quiebra» a la «cultura del concurso».

Por ello, en este marco es necesaria la creación de foros de debate especializados en materia concursal, inexistentes hasta el momento en nuestro Derecho frente a lo que acontece en otros países de nuestro entorno más próximo (*Rivista de Diritto Fallimentare* italiana o la alemana *Kondurs, Treuhand und Sanierung, KTS*), probablemente por el propio carácter incipiente de la ciencia del Derecho concursal en España, frente al desarrollo de la ciencia jurídica en otras materias lo que, en gran medida, ha venido motivado por las propias deficiencias de nuestro arcaico y asistemático Derecho concursal que, lejos de alentar, disuadía de su estudio.

A esta finalidad quiere contribuir la *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal (RcP)*, que nace con la vocación de constituir un amplio foro de debate interdisciplinar, con utilidad no solo académica sino además, y sobre todo, práctica, sobre las múltiples y variadas cuestiones que, sin duda, generará la puesta en práctica de la reforma.

En esta tarea será fundamental, además de las aportaciones doctrinales a través de estudios y análisis de cuestiones prácticas en conexión con formularios judiciales, que constituyen secciones fijas de la revista, el análisis de la jurisprudencia, no solo nacional sino también internacional, en materia concursal. En efecto, en los próximos años la jurisprudencia que se especializará, tras la introducción en nuestro Derecho de los nuevos Juzgados de lo Mercantil a través de la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, constituirá un importante elemento interpretativo particularmente en estos momentos iniciales en los que, durante un tiempo, coexistirán las normas legales que hagan referencia a los procedimientos concursales derogados por la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio, y la nueva normativa, como se deriva de la Disposición Adicional 1.ª, en relación a los procedimientos que estuvieran tramitándose en el momento de entrada en vigor de la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio, encomendándose a los jueces una función integradora que ponga en relación dichas normas legales con el nuevo concurso de acreedores.

Asimismo, con la finalidad de contribuir a la puesta en marcha de la reforma y a la solución de los problemas que la práctica vaya poniendo de

manifiesto, es fundamental acudir a lo que está aconteciendo en nuestro entorno jurídico, por lo que se da especial importancia a las *Noticias de Derecho Comparado*, habiéndose incorporado con esta finalidad a la revista un comité científico internacional, compuesto por algunos de los más relevantes concursalistas europeos (Fletcher, Maffei Alberti, Karsten Schmidt, Saint-Alary Houin, Calvalho Fernández) y norteamericanos.

La Revista la preside don Manuel Olivencia Ruiz, Catedrático de Derecho mercantil que, durante años, ha presidido las diversas secciones especialmente constituidas en el seno de la Comisión General de Codificación para abordar la reforma del Derecho concursal, formando parte del Consejo de Redacción y Asesor de la Revista juristas de reconocido prestigio y contando, además, con un importante número de colaboradores permanentes, ostentando la Secretaría expertos en materia concursal.

Juana PULGAR EZQUERRA
Catedrática de Derecho mercantil

PÉREZ ESCOLAR, Marta: *El cónyuge supérstite en la sucesión intestada*, ed. Dykinson, Madrid, 2003, 462 pp.

En un tiempo de premura, superficialidad y mediocridad intelectual, constituye una satisfacción especial encontrarse con una obra como la que me propongo presentar a los lectores del *Anuario de Derecho Civil*.

Con un rigor y una solidez que pueden parecer más propias de un investigador maduro y consagrado que de una jurista novel, Marta Pérez Escolar pone a disposición de todos los interesados una monografía de construcción impecable y contenido extraordinariamente denso. El tema de la obra aún de manera paradigmática tradición y modernidad en el ámbito jurídico. La posición sucesoria del cónyuge supérstite constituye, desde mucho antes de la época codificadora y muy destacadamente durante ésta, un asunto especialmente polémico; la marcada línea tendente a una progresiva mejora de la mentada posición, íntimamente relacionada con los cambios sociológicos producidos en las sociedades occidentales a lo largo del siglo pasado y con las nuevas concepciones acerca de las relaciones de familia, han llevado también a muchos sistemas jurídicos del entorno inmediato del Código civil español, de nuestro Estado y de fuera de él, a modificaciones recientes en la materia –muy claro es el caso francés, cuya reforma operada por la ley de 3 de diciembre de 2001 es analizada con rigor en esta monografía–; cabría incluso situar en esta línea la reciente modificación del artículo 831 CC, hecha por la ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad.

Desde sus primeras páginas, en las que se inicia el estudio de las cuestiones planteadas por la posición sucesoria del cónyuge supérstite en el Código civil partiendo de sus orígenes históricos más directos en el proceso codificador, la obra no puede sino satisfacer al lector más exigente.

Es en ese primer capítulo donde se analizan pormenorizadamente los pasos (no siempre hacia delante) que se dieron durante el mencionado proceso para terminar otorgando un derecho de usufructo al sobreviviente destinado a actuar con independencia de la voluntad del causante que, aun con argumentos basados en un presunto acercamiento a las provincias con tradi-

ción de viudedad foral, terminó entroncando con la prístina legislación visigótica. El fundamento último del reconocimiento del mencionado derecho era el mismo que se tomó en consideración para reconocer los derechos del viudo en la sucesión intestada, situando al cónyuge sobreviviente tras los hermanos y sobrinos del causante, sin reserva alguna de bienes raíces a favor de los colaterales (a salvo la reserva lineal del art. 811 CC); dicho fundamento estaba en el deseo de mejorar la posición del cónyuge supérstite y otorgarle una consideración más acorde con el tipo de familia burguesa que el propio Código consagraba en todos sus ámbitos.

La posición del cónyuge sobreviviente en la sucesión legal permaneció inalterada durante casi un siglo —la reforma de 1958 afectó sólo a sus derechos legitimarios—, produciéndose un nuevo y significativo avance con la entrada en vigor de la Ley 11/1981 que, entre otras manifestaciones del mismo fenómeno, otorgó preferencia al cónyuge viudo en la sucesión intestada sobre los hermanos e hijos de hermanos del causante *ex art. 944* —expresión, la de «viudo» que, por cierto, la autora considera impropia, toda vez que el llamamiento no se subordina, como se hacía en el Derecho histórico, a que permanezca en el estado civil de viudo—. El cuidadoso rastreo de los trabajos parlamentarios que dieron lugar a la modificación y la exposición de las reacciones posteriores de la doctrina constituye de nuevo una prueba del rigor y la paciencia con la que Marta Pérez Escolar aborda los escollos que se le aparecen en el curso de su proceso investigador.

Antes de entrar en el análisis pormenorizado de la normativa vigente en el Código civil, la autora bosqueja, sin merma de la suficiente profundidad, las líneas básicas de la situación sucesoria legal del supérstite en los ordenamientos jurídicos de las Comunidades Autónomas con competencia para legislar sobre ello, realiza de este modo una valiosa labor de síntesis y confrontación, sin duda muy útil para el operador jurídico que se enfrente a una sucesión «mixta», esto es, con elementos de interregionalidad. Contrasta así el régimen catalán contenido en el Código de Sucesiones de Cataluña, donde el cónyuge supérstite goza de una posición sucesoria que puede calificarse incluso de «privilegiada» en comparación con los otros ordenamientos del Estado, con los regímenes aragonés, vizcaíno o navarro, en los que la relevancia del principio de troncalidad supone cierta merma de los derechos estrictamente sucesorios del cónyuge sobreviviente. No obstante, en estos sistemas jurídicos, instituciones pseudo-familiares o pseudo-sucesorias de honda raigambre, atenuan cuando no invierten aquella primera impresión. El afán de la autora por no dejar suelto ningún cabo de su exposición, explica la densidad de los párrafos, muchos de los cuales obligan, en esta parte, a una segunda lectura.

A continuación la autora aborda una serie de cuestiones entre las que me interesa destacar el estudio de la situación del conviviente de hecho supérstite en el Derecho estatal español, y de la relación existente entre el régimen económico del matrimonio y los derechos sucesorios del cónyuge supérstite. En el primero de los puntos señalados la autora aboga, más que por una ley especial en materia de parejas de hecho al modo de las existentes en buena parte de nuestras Comunidades Autónomas que en la obra también se estudian, por la modificación de los artículos 913, 943, 944 y 945, e incluso 968 y siguientes, CC, a efectos de reconocer derechos como sucesor legal al conviviente de hecho en quien, a su juicio, concurren las mismas razones de afecto del causante y de presunción de voluntad del mismo, que justifican el llamamiento legal al cónyuge; aboga también por idéntica inclusión a efectos de legítima, lo que se erige en una razón más de la muy necesaria modifica-

ción del vigente artículo 834 CC. En la segunda de las cuestiones apuntadas –influencia del régimen económico matrimonial en la cuestión de los derechos sucesorios del cónyuge sobreviviente– Marta Pérez Escolar se sitúa en una línea, hasta ahora muy minoritaria y que las recientes Resoluciones de la Dirección General de Registros y Notariado de 11 de marzo y 18 de junio de 2003 han demostrado premonitoria, que sustenta una mayor independencia del legislador en lo que atañe a los derechos que está dispuesto a reconocer al cónyuge en materia sucesoria y lo que el cónyuge vaya a su vez a recibir como consecuencia de la liquidación de régimen económico matrimonial configurado como supletorio.

Entrando ya a analizar la vigente posición jurídica del cónyuge supérstite en el Código civil, la autora se detiene a contrastarla con los esquemas sociológicos de nuestros días, de conformidad con los cuales juzga indiscutible la priorización de los hijos y descendientes y –mucho más opinable– la postergación del cónyuge a los ascendientes. Aunque a mi entender en ambos casos se puede plantear controversia, existiendo razones a favor y en contra de aquella priorización y de esta postergación, no cabe duda que las sustentadas en el libro se apoyan en sólidas razones.

A lo largo de las páginas siguientes se desmenuzan hasta las más mínimas cuestiones planteadas por los derechos sucesorios del cónyuge sobreviviente, tanto con fundamento legitimario como en la sucesión legal o intestada. Como muy acertadamente señala Teodora Torres García en el Prólogo que antecede y presenta la obra, ninguna de las afirmaciones vertidas por Marta Pérez Escolar en torno a dichas cuestiones deja de estar justificada, lo que obliga al lector que no las comparta a buscar a su vez adecuada justificación para mantener su inicial criterio. De este modo, la monografía cumple con la más importante exigencia de cualquier obra de investigación que pretenda merecer tal nombre: colabora al progreso del conocimiento e incita a profundizar en él.

De los muchos asuntos suscitados, es de subrayar el claro pronunciamiento de la autora del libro por la inconstitucionalidad del vigente artículo 837, párrafo segundo, CC (habría que extenderlo también al art. 840) en la medida en que contiene «una desigualdad de trato con origen en la calidad del vínculo de filiación» a su juicio, que también es el mío, indefendible desde nuestra Constitución. Igualmente clara es su postura de considerar la legítima del supérstite como un supuesto excepcional de sucesión legal a título particular que se diferirá por el mismo título que el resto de la sucesión, lo que significa que, ante la ausencia o insuficiencia de título testamentario, el cónyuge del causante recibirá la legítima por vía intestada; se aparta así la autora de la opinión, hoy muy numerosa en nuestra doctrina, que afirma la existencia de un tercer tipo de llamamiento legal forzoso.

Entre los problemas planteados por el llamamiento intestado al supérstite, es curioso el caso planteado por Marta Pérez Escolar de concurrencia en la herencia de dos cónyuges: uno que pudiéramos llamar legítimo y otro putativo, cuyo matrimonio fue declarado nulo después de la apertura de la sucesión y en el que concurría la buena fe exigida por el artículo 79 CC; según su criterio, la regulación vigente interpretada con razones de equidad llevaría a distribuir la sucesión entre ambos cónyuges por partes iguales. Aunque mi opinión al respecto no resulte tan diáfana como la de la autora, me interesa destacar el buen tino que ella ha tenido para mostrar un supuesto de hecho muy poco tratado en la doctrina española y que puede guardar cierta similitud con los problemas sucesorios surgidos tras la muerte de una persona polígama, situación que nuestra sociedad multicultural hará cada vez más evidente.

Especialmente acertada me parece la interpretación de la autora en torno al sentido de la separación de hecho como causa de exclusión del derecho del sobreviviente a ser heredero intestado. Su postura, minoritaria entre los autores, de que el mutuo acuerdo al que se refiere el artículo 945 no tiene por qué ser expreso, el entendimiento amplio del término «fehaciente» y su propuesta de que en un próximo futuro desaparezcan estos requisitos es, según mi criterio, del todo adecuada.

Solo he podido pergeñar algunos de los temas abordados en la obra. Los aquí expuestos y todos los demás que quedan en el tintero dan muestra de la dedicación y el trabajo de Marta Pérez Escolar; el hecho de haber compartido con ella el magisterio de la persona que a ambas y a muchos otros nos ha enseñado casi todo lo que sabemos del Derecho y de la labor universitaria, a quien ya he hecho referencia en esta presentación, hace que me sienta especialmente orgullosa del resultado, cuya lectura me permito recomendar. Y ello porque la obra que se presenta tiene, sin duda, todas las notas de una buena obra jurídica; su autora, todas las de un investigador universitario en su sentido más genuino y, desgraciadamente, cada vez más escaso.

María Paz GARCÍA RUBIO
Catedrática de Derecho Civil
Universidad de Santiago de Compostela

Revistas Extranjeras

Remedios ARANDA RODRÍGUEZ, Eva CANO VILÀ, Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI, María Paz GARCÍA RUBIO, Carmen JEREZ DELGADO, Jordi RIBOT IGUALADA, Albert RUDA GONZÁLEZ, Isabel SIERRA PÉREZ, Josep SOLÉ FELIU, Belén TRIGO GARCÍA

SUMARIO: I. *Derecho Civil*: 1. Parte general. 2. Derecho de la persona. 3. Persona jurídica. 4. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 5. Derechos reales. Derecho hipotecario. 6. Derecho de familia. 7. Derecho de sucesiones. 8. Varia.—II. *Derecho Mercantil*: 1. Parte general. Empresa. 2. Derecho de sociedades. 3. Instituciones y agentes auxiliares del tráfico. 4. Contratos mercantiles. 5. Derecho cambiario. 6. Derecho concursal.—Abreviaturas.

DERECHO CIVIL

PARTE GENERAL

NOURISSAT, C.: «Droit civil de l'Union européenne», *RDS*, 2004, núm. 19, rouge, pp. 1321-1327.

Tras los esfuerzos por llegar a una Constitución europea parece que se avanza en un derecho civil europeo consolidando materias en derecho de contratos y en responsabilidad civil. Se dan los primeros pasos en lo concerniente a regímenes matrimoniales y en créditos alimenticios. (*R. A. R.*)

PERLINGIERI, P.: «La centralità del rapporto giuridico nel sistema di Mario Allara», *Rass. Dir. Civ.*, 2004, núm. 1, pp. 138-153.

Análisis de la obra de Mario Allara y, en concreto, de la importancia que para el citado autor asume la relación jurídica, hasta el punto de configurarse como el elemento central del Derecho civil. (*B. F. G.*)

REY-BOUCHENOUF, M. J.: «Les biens naturels, un nouveau droit objectif: le droit des biens spéciaux», *RDS*, 2004, núm. 23, rouge, pp. 1615-1619.

Sobre el derecho al medio ambiente y las preocupaciones ecológicas de la sociedad actual. (*I. S. P.*)

VV. AA.: «Célébration du bicentenaire du Code civil», *GP*, 2004, núm. 88-90.

Número especial con distintos discursos de autoridades francesas relativas al bicentenario del nacimiento del Código civil francés. (*R. A. R.*)

VV.AA.: «Centenaire du Code civil», *RDS*, 2004, avril.

Número especial sobre el segundo centenario del Código civil francés. Influencia del código civil en el tiempo y en el espacio. Valor actual del código. (*I. S. P.*)

WHITMAN, J. Q.: «The Two Western Cultures of Privacy: Dignity Versus Liberty», *Yale L. J.*, abril 2004, vol. 113, núm. 6, pp. 1151-1221.

Los distintos enfoques jurídicos sobre la *privacy* o el derecho a la intimidad existentes en Estados Unidos y la Europa Continental responden a diversas sensibilidades y a diferentes valores sociales y jurídicos. En el artículo, se analiza el contraste entre esos dos puntos de vista: entre una intimidad entendida como aspecto de la libertad frente al Estado –corriente imperante en Estados Unidos–, y la intimidad como aspecto de la dignidad de las personas, amenazada principalmente por los medios de comunicación; punto de vista dominante en Europa. El autor opina que todo trabajo comparativo sobre el derecho a la intimidad debe ir precedido de un estudio de los ideales políticos y sociales que imperan en cada sociedad, y que ambas concepciones no son incompatibles. (*E. C. V.*)

DERECHO DE LA PERSONA

ANDRIANTSIMBAZOVINA, J.: «Bien lus, bien compris jamais est-ce bien raisonnable? Toujours à propos du droit à un procès équitable et du “ministère public”», *RDS*, 2004, núm. 13, rouge, pp. 886-891.

Estudio sobre el sentido de un proceso justo y el papel del Ministerio fiscal en él. (*R. A. R.*)

BURGELIN, J. F.: «La paille et la poutre», *RDS*, 2004, núm. 18, rouge, pp. 1249-1252.

La carta europea de los derechos del hombre considera que la participación e incluso la prevención de abogados de la corte de casación (como la del comisario de gobierno del consejo de estado) en las deliberaciones de su jurisdicción respectiva constituye una violación del artículo 6.1.º de la Convención. (*I. S. P.*)

BYK, C. H.: «Bioéthique, législation et avis des instances d'éthique», *SJ*, 2004, núm. 23, I-139, pp. 1000-1006.

Estudio del tema teniendo en cuenta las decisiones más recientes de los tribunales franceses. (*R. A. R.*)

CHABAS, F.: «L'information en matière de pédiatrie», *GP*, 2004, núm. 126-127, pp. 20-26.

Derecho a la información y el destinatario de esa información en relación con el menor. (*I. S. P.*)

DEPADT-SEBAG, V.: «Le don de gamètes ou d'embryon dans la procréation médicalement assistées: d'un anonymat imposé à une transparence autorisée», *RDS*, 2004, núm. 13, rouge, pp. 891-897.

La donación de gametos y embriones sin anonimato ante la nueva evolución del tema. (*R. A. R.*)

FOMFEREK, A.: «Minderjährige “Superstars” - Die Probleme des § 1822 Nr. 5 BGB», *NJW*, 2004, núm. 7, pp. 410-412.

Las emisoras de televisión alemanas han descubierto los programas de búsqueda de talentos como fuente de ingresos. Para garantizarlos se presentan a los participantes no sólo contratos por los que se comprometen a tomar parte en todas las emisiones planeadas, sino que también los ganadores se vinculan a las productoras en virtud de otros contratos durante un año. El artículo se plantea la cuestión de si los menores de edad, participantes en este tipo de programas, pueden celebrar tales contratos y qué requisitos deben cumplirse para su validez. (*B. T. G.*)

HASSLER, T.: «La liberté de l’image et la jurisprudence récente de la Cour de cassation», *RDS*, 2004, núm. 23, rouge, pp. 1611-1614.

Tras 150 años de abundante jurisprudencia los confines de la libertad de imagen entran ahora confusos. En particular, la cuestión de la licitud de la difusión de la imagen anónima de una persona situada en un lugar público de forma incierta. Es urgente trazar las fronteras entre la libertad de expresión y el derecho a la imagen. (*I. S. P.*)

HUFEN, F.: «Erosion der Menschenwürde?», *JZ*, 2004, pp. 313-318.

¿Erosión de la dignidad humana?

El artículo aborda los problemas de relación entre Ética, Derecho y Medicina en el ámbito de la investigación y la práctica médicas. (*M. P. G. R.*)

JUNG, H.: «Organtransplantation im Licht der ethischen Herausforderungen», *JZ*, 2004, pp. 559-563.

El trasplante de órganos a la luz de los desafíos éticos.

El artículo enfrenta el Derecho alemán en materia de trasplante de órganos a los principios éticos fundamentales. En concreto se discuten aspectos como la dignidad humana, el paternalismo, la comerciabilidad de los órganos, la solidaridad, la responsabilidad, etc. (*M. P. G. R.*)

RIESENHUBER, K./FRANCK, J. U.: «Verbot der Geschlechtsdiskriminierung im Europäischen Vertragsrecht», *JZ*, 2004, pp. 529-538.

Prohibición de discriminación por razón de sexo en el Derecho contractual europeo.

Los autores analizan desde un punto de vista privatístico, la Propuesta de directiva del Consejo, de 5 de noviembre de 2003, aplicando el principio de la igualdad de trato entre mujeres y hombres en el acceso a los bienes y servicios y en el suministro de bienes y servicios. (*M. P. G. R.*)

ROTH, A.: «Die Verbindlichkeit der Patientenverfügung und der Schutz des Selbstbestimmungsrechts», *JZ*, 2004, núm. 10, pp. 494-502.

El autor se pregunta si –y, especialmente, cómo– debe el legislador intervenir en la controversia en torno al significado de la disposición del paciente (como declaración de voluntad o como indicio de una voluntad presunta) y sus consecuencias concretas. (*B. T. G.*)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

BERGER, C. H.: «Der Beschaffenheitsbegriff des § 434 Abs. 1 BGB», *JZ*, 2004, pp. 276-283.

El concepto de conformidad del § 434 Abs. 1 BGB.

Una cuestión central del nuevo Derecho de la compraventa atañe al posible ámbito del acuerdo de conformidad consagrado en el § 434 Abs. 1 BGB. Mientras que un concepto estricto de conformidad se aplica únicamente a una característica física de la cosa, en el concepto legal se incluyen todas las circunstancias relevantes pactadas por las partes. En el artículo se respalda un concepto amplio de conformidad y se exponen las consecuencias de esta concepción para los derechos del comprador. (*M. P. G. R.*)

BIGOT, J./MAYAUX, L.: «Droit des assurances», *SJ*, 2004, núm. 21-22, I-137, pp. 949-954.

Estudio sobre los seguros en general y diversos seguros en particular atendiendo a la jurisprudencia de los tribunales franceses más reciente. (*I. S. P.*)

BOLZE, A.: «L'alpiniste et la cour de cassation: vers une conception restrictive de la responsabilité civile?», *GP*, 2004, núm. 126-127, pp. 41-46.

Ausencia de responsabilidad por culpa personal y por hechos en las cosas. Estudio a propósito de varias sentencias de la corte de casación civil, sección segunda, de 24 de abril de 2003. (*R. A. R.*)

BOURRIÉ-QUENILLET, M.: «Droit du dommage corporel et prix de la vie humaine», *SJ*, 2004, núm. 21-22, I-136, pp. 941-948.

La autora comienza por defender la existencia de un precio de la vida humana así como su concepto jurídico. A partir de ahí, analiza el valor que los tribunales reconocen a ese derecho al precio de una vida destruida. (*I. S. P.*)

CARRAL, R./GUÉNIN, F.: «Assurer l'efficacité des contacts d'huissier sur le web: recommandations pratiques et juridiques», *GP*, 2004, núm. 156-157, pp. 2-9.

Incidencia jurídica de los documentos en la red: su fuerza probatoria, las condiciones exigidas en los tribunales. (*R. A. R.*)

CASE, P.: «Secondary Iatronic Harm: Claims for Psychiatric Damage Following a Death Caused by Medical Error», *Modern L. Rev.*, 2004, vol. 67, núm. 4, pp. 561-587.

A diferencia de lo que ocurre en el Derecho español, el Derecho inglés ha adoptado tradicionalmente una posición restrictiva a la hora de indemnizar los daños morales que sufren los familiares de una persona que fallece como consecuencia de un error médico. El artículo analiza los distintos argumentos desarrollados por los tribunales ingleses al respecto, y considera posible superar las viejas restricciones que impiden compensar ese tipo de daños. (*J. S. F.*)

DERLEDER, P.: «Sachmängel- und Arglisthaftung nach neuem Schuldrecht», *NJW*, 2004, pp. 969-976.

Defectos de la cosa y responsabilidad por dolo en el nuevo Derecho de obligaciones.

El legislador de la reforma del Derecho de obligaciones ha coordinado los supuestos de hecho de los defectos de la cosa y del incumplimiento, sintonizando también sus consecuencias jurídicas, pero no ha incluido la modificación de las normas paralelas relativas a la responsabilidad cuasicontractual, extracontractual y del enriquecimiento sin causa. Ha de tenerse en cuenta que en el conjunto de casos en los que un comparador de cosas defectuosas resulta engañado, la responsabilidad subsiguiente puede incluirse tanto en la contractual por incumplimiento como en las responsabilidades más agravadas de naturaleza contractual o extracontractual. El artículo trata de mostrar los fundamentos de las distintas acciones del comprador en este tipo de casos. (*M. P. G. R.*)

EBERT, I.: «Das Recht des Verkäufers zur zweiten Andienung und seine Risiken für den Käufer», *NJW*, 2004, pp. 1761-1764.

El derecho del vendedor a una segunda puesta a disposición y los riesgos para el comprador.

El artículo trata las consecuencias que se pueden producir como resultado de la introducción en la compraventa del derecho a un cumplimiento sucesivo. En el fondo está la cuestión sobre el derecho del comprador a la reparación de daños mientras se produce dicho cumplimiento y la discutida cuestión de la imputación de los gastos al vendedor. (*M. P. G. R.*)

EHMANN, H./SUTSCHET, H.: «Schadensersatz wegen kaufrechtlicher Schlechtleistungen –Verschuldens– und/oder Garantiehftung?», *JZ*, 2004, pp. 62- 72.

Indemnización de daños a causa de una prestación no conforme en el contrato de compraventa ¿responsabilidad o garantía?

Según los autores las decisiones tomadas en las nuevas reglas destinadas a la modernización de las normas relativas al incumplimiento en el nuevo Derecho de obligaciones alemán son bastante complicadas. El fundamento proviene ya del poco claro concepto de incumplimiento del deber de prestación del § 280 I 1 BGB. Plantea la cuestión de si una prestación no conforme puede ser considerada como incumplimiento del deber de prestación o como una responsabilidad derivada de una garantía. (*M. P. G. R.*)

EISENBERG, M. A.: «Mistake in Contract Law», *Cal. L. Rev.*, vol. 91, núm. 6, diciembre 2003, pp. 1573-1643.

Exposición del régimen del error en los contratos a la luz de las distintas razones de eficiencia y moralidad que justifican que en ciertos casos deba declararse la nulidad del contrato mientras que en otros la parte afectada por el error tenga que pechar con las consecuencias. (*J. R. I.*)

— «Disclosure in Contract Law», *Cal. L. Rev.*, vol. 91, núm. 6, diciembre 2003, pp. 1647-1691.

Artículo complementario del anterior, en el que la atención se centra en hasta qué punto cabe imponer deberes positivos de información durante los tratos preliminares que llevan a la celebración de un contrato. Empleando un

enfoque funcional, el autor combina razones de moralidad y de eficiencia para justificar por qué supuestos en apariencia semejantes tienen que resolverse de un modo radicalmente distinto. (*J. R. I.*)

GENCY-TANDONNET, D.: «L'obligation de modérer le dommage dans la responsabilité extracontractuelle», *GP*, 2004, núm. 126-127, pp. 27-40.

El dogma de la reparación integral y la obligación de la víctima de moderar su daño. (*I. S. P.*)

GESMANN-NUSSL, D./WENZEL, C.: «Produzenten- und Produkthaftung infolge abfallrechtlicher Produktverantwortung», *NJW*, 2004, núm. 3, pp. 117-122.

Los autores ponen de relieve la importancia desde la perspectiva del Derecho de daños del § 22 de la *Kreislaufwirtschafts-und Abfallgesetz* (reglamentación sobre ciclos industriales y residuos) al establecer una amplia responsabilidad por los productos. En este sentido muestran cómo se modifican para los fabricantes las obligaciones de carácter civil. (*B. T. G.*)

GIUSEPPE SIMONE, S.: «Contratti d'impresa e favor creditoris (approposito del convegno di Rovigo)», *Rass. Dir. Civ.*, 2004, núm. 1, pp. 1-42.

Estudio del régimen del retraso en el pago en las transacciones comerciales a la luz de la Directiva 2000/35/CE y del decreto legislativo de 9 de octubre de 2002, núm. 231. (*B. F. G.*)

GSELL, B.: «Rechtskräftiges Leistungsurteil und Klage auf Schadensersatz satt der Leistung», *JZ*, 2004, núm. 3, pp. 110-121.

La contribución analiza la situación jurídica tras la anulación del § 283 BGB y llega a la conclusión de que sus efectos jurídicos perduran en buena parte. (*B. T. G.*)

HEDLEY, S.: «Implied Contract and Restitution», *Cambridge L. J.*, 2004, vol. 63, núm. 2, pp. 435-455.

Intento de fundamentar teóricamente ciertas obligaciones de restituir que pesan sobre una persona a falta de un contrato válido y eficaz. Cuando una de las partes es incapaz, existe un defecto de forma o el contrato es ilegal, aquella obligación debe basarse, más que en la doctrina del enriquecimiento injusto o sin causa, en la idea de un contrato implícito. (*A. R. G.*)

JACOBS, M.: «Der Rückgriff des Unternehmers nach § 478 BGB», *JZ*, 2004, pp. 225-232.

El derecho de regreso del vendedor profesional en el § 478 BGB.

El artículo muestra un primer balance crítico del derecho de regreso del vendedor final que ha respondido frente al consumidor, regulado en el § 478 BGB. Se examinan los problemas surgidos de las nuevas normas, mostrando sus dificultades y sus propuestas de solución. (*M. P. G. R.*)

KLINDT, T.: «Das neue Geräte-und Produktsicherheitsgesetz», *NJW*, 2004, núm. 8, pp. 465-471.

El autor presenta los contenidos esenciales de la nueva Ley de 6 de enero de 2004 sobre seguridad de los productos y aparatos (GPSG), en vigor desde el 1 de mayo de 2004. (*B. T. G.*)

LADOUCE, F.: «La convention d'honoraire de résultat conclue après service rendu», *GP*, 2004, núm. 79-80, pp. 2-6.

Respecto de la validez de un acuerdo de honorarios según el resultado, el autor trata la diferencia entre su existencia previa y su aceptación posterior al servicio. También trata la intangibilidad del acuerdo. (R. A. R.)

LE CAË, Y.: «Rollers: nouveau point sur le statut juridique de patineur et le droit de la responsabilité», *GP*, 2004, núm. 100-101, pp. 6-13.

Sobre la responsabilidad de los patinadores en las ciudades: su estatus y su responsabilidad. (I. S. P.)

LECCESE, E.: «Il contratto e i contratti: alcune riflessioni», *Rass. Dir. Civ.*, 2004, núm. 1, pp. 84-118.

El artículo se ocupa del contrato y, concretamente, de los cambios sociales y económicos que han influido en su configuración, que, según el autor, ponen en el centro de atención del jurista la tutela de la persona. Las reflexiones van desde el análisis del papel de los Derechos nacionales, del Derecho europeo y de la *lex mercatoria* en este ámbito, hasta el intento de diseñar las relaciones que existen entre Internet y el contrato. (B. F. G.)

MACDONALD, E.: «Unifying Unfair Terms Legislation», *Modern L. Rev.*, 2004, vol. 67, núm. 1, pp. 69-93.

La autora repasa las propuestas realizadas por la *Law Commission for England and Wales* y la *Scottish Law Commission* dirigidas a clarificar, unificar y simplificar la legislación inglesa sobre *unfair terms* o cláusulas abusivas (*Unfair Contract Terms Act 1977* y la *Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999*). En este documento consultivo, tratan de paliarse las discordancias y, en algunos aspectos, superposiciones que existen entre ambas leyes. También se consideran cuestiones como, entre otras, la definición del contrato de consumo, el test de razonabilidad, así como el papel que juega la buena fe en esta materia. (E. C. V.)

MAINGUY, D.: «L'efficacité de la rétractation de la promesse de contracter», *RTDC*, 2004, núm. 1, pp. 1-19.

La célebre sentencia de la sala 1.^a de lo civil de la corte de casación francesa de 15 de diciembre de 1993 sobre la ruptura de la promesa por el promitente ha sido unánimemente criticada por la doctrina. No obstante, la jurisprudencia mantiene el criterio a pesar de todo. Da sus razones, que son criticadas por la doctrina. Algunos razonamientos han variado, lo que invita nuevamente al debate. (I. S. P.)

MARKOVITS, D.: «Contract and Collaboration», *Yale L. J.*, 2004, vol. 113, núm. 7, pp. 1417-1518.

Las tesis imperantes sobre el contrato adoptan un enfoque individualista que supone que se ignore su dimensión comunitarista o de colaboración entre personas. Conforme al punto de vista del autor, el fundamento de la eficacia obligatoria del contrato se debe encontrar más bien en el hecho de que genera relaciones de reconocimiento y respeto entre sus partes, que integran una especie de comunidad entre las mismas. (A. R. G.)

MEDER, S.: «Bezahlen im E-Commerce», *JZ*, 2004, núm. 10, pp. 503-508.

El autor se muestra crítico con la sentencia del Tribunal Supremo Federal de 13 de enero de 2004 sobre el reparto del riesgo en el pago mediante tarjeta de crédito en el ámbito de los pedidos por correo y el comercio electrónico. (*B. T. G.*)

MORGAN, J.: «Tort, Insurance and Incoherence», *Modern L. Rev.*, vol. 67, núm. 3, pp. 384-401.

Análisis de la influencia que la expansión del seguro de responsabilidad civil ha ejercido en los últimos años sobre el Derecho de daños. El artículo asume el punto de vista mayoritario, según el cual la extensión de aquel tipo de seguro ha incrementado la tendencia de los tribunales a condenar a los demandados, para asegurar así la indemnización de las víctimas de accidentes. La principal consecuencia de este proceso es que distorsiona las reglas de funcionamiento del sistema de responsabilidad civil, porque mezcla dos funciones de naturaleza distinta: la función compensatoria del derecho de la responsabilidad civil, por un lado, y la función distributiva que cumple el seguro de responsabilidad civil, por otro. (*J. S. F.*)

NERVO, O. DE: «La Cour de cassation et les clauses ambiguës des contrats d'assurance», *GP*, 2004, núm. 100-101, pp. 2-5.

Posición tradicional en el tema. La aplicación del principio de rechazo del control de interpretación de los contratos en materia de contrato de seguro y la reciente evolución. (*R. A. R.*)

OECHSLER, J.: «Anwendungsprobleme des Nacherfüllungsanspruchs», *NJW*, 2004, pp. 1825-1896.

Problemas de aplicación práctica del derecho a un cumplimiento sucesivo.

Partiendo de la finalidad del derecho al cumplimiento sucesivo incluido en el nuevo Derecho de obligaciones, el artículo trata cuatro problemas concretos de aplicación: la reparación de daños al comprador cuando al vendedor no se la ha dado ocasión a un cumplimiento de este tipo, la posibilidad de evitación por parte del vendedor del cumplimiento sucesivo a causa del § 439. 3 BGB, la aplicabilidad del derecho a una entrega sucesiva (§ 439 I Alt. 2 BGB) y el título de responsabilidad y los límites entre el defecto y los daños derivados del mismo en el ámbito del § 280 III BGB. (*M. P. G. R.*)

PAGLIUCA, R.: «Il collegamento tra rapporti nella cessione del credito a scopo solutorio», *Rass. Dir. Civ.*, 2004, núm. 1, pp. 268-290.

Comentario de la sentencia de la *Corte di Cassazione, Sez. I*, de 28 de junio de 2002, núm. 9495, relativa a la cesión de créditos *pro solvendo* en el caso concreto en que el cesionario se convierte, como consecuencia de la cesión, en titular de dos créditos concurrentes: el del deudor cedido y el de su propio deudor. (*B. F. G.*)

PENNASILICO, M.: «Controllo e conservazione degli effetti», *Rass. Dir. Civ.*, 2004, núm. 1, pp. 119-137.

El poder de control del moderno Estado Social de Derecho sobre las relaciones de Derecho civil. El autor parte de lo que él mismo denomina «perspectiva

funcional», en virtud de la cual dicho control asume un papel *in negativo*, como límite de las situaciones subjetivas, y otro *in positivo*, como garantía de las mismas. La finalidad del artículo consiste en demostrar la compatibilidad entre el control y el principio de conservación de los efectos de los contratos. (B. F. G.)

PICASSO, S.: «La responsabilité contractuelle du fait d'autrui dans la jurisprudence récente, en particulier dans le domaine du droit médical», *GP*, 2004, núm. 126-127, pp. 2-19.

Problemas que se producen cuando el deudor introduce a un tercero para ejecutar la prestación en su lugar, debido a la ausencia en el *Code* de un texto general que resuelva la situación y la posibilidad de diversas interpretaciones. (I. S. P.)

PITET, L.: «Responsabilité du fait des produits: sagesse et force du lien de causalité», *GP*, 2004, núm. 95-97, pp. 2-6.

Estudio a propósito de la sentencia de la corte de casación civil, sección primera, de 23 de septiembre de 2003, sobre el contexto científico de la decisión. La necesaria demostración de la existencia de relación de causalidad. La simplificación del código de consumidores. (R. A. R.)

PORAT, A./STEIN, A.: «Indeterminate Causation and Apportionment of Damages: An Essay on Holtby, Allen and Fairchild», *Oxford J. Legal Stud.*, 2003, vol. 23, núm. 4, pp. 667-702.

Reflexión sobre la causalidad en el Derecho de daños, formulada al hilo del caso que ha revolucionado la forma de ver esta materia en el *Common Law*, a saber, *Fairchild v. Glenhaven Funeral Services Ltd and others* (2002) UKHL 22. Como es sabido, la *House of Lords* condenó en él a diversos empresarios a que indemnizasen solidariamente a la viuda de un trabajador fallecido a consecuencia de una enfermedad derivada de la exposición a fibras de amianto en el lugar de trabajo. Porat y Stein relacionan esta sentencia con otras anteriores de la *Court of Appeal* inglesa, en las que se condena a los demandados a responder en proporción a la probabilidad de que cada uno causase el daño. Los autores valoran favorablemente que los demandados deban responder proporcionalmente incluso aunque el nexo causal sea incierto, como sucedía en *Fairchild*, siempre que se cumplan ciertas condiciones que detallan. No obstante, exponen las razones por las que discrepan del fundamento de esta última sentencia. En su opinión, la carga de probar el nexo causal debe corresponder a aquel que creó la incertidumbre sobre el mismo. (A. R. G.)

RABY, S.: «Retour sur le sort de la caution en cas de vente de l'immeuble loué», *GP*, 2004, núm. 81-83, pp. 12-15.

Estudio a propósito de la sentencia de la corte de casación mercantil de 3 de diciembre de 2003. En derecho de sociedades parece que el principio de liberación de las garantías si se lleva a cabo una operación de fusión o absorción: el cambio de sociedad acreedora será causa de extinción de la garantía accesoría. Conflicto con el artículo 1692 *Code civil*. (I. S. P.)

ROSA, R. DE: «L'obbligazione di mantenimento e le sue fonti», *Rass. Dir. Civ.*, 2004, núm. 1, pp. 59-83.

Análisis de las diversas fuentes de la obligación de alimentos como el contrato de alimentos, la renta vitalicia, el legado, la ley, el contrato a favor de terceros o la promesa unilateral, entre otros. (B. F. G.)

ROTH, H.: «Standzeit von Kraftfahrzeugen als Sachmangel», *NJW*, 2004, núm. 6, pp. 330-331.

El autor analiza la sentencia del Tribunal Federal Supremo de 15 de octubre de 2003 relativa a una situación frecuente en la práctica, esto es, que entre la fabricación del automóvil y la conclusión del contrato de compraventa transcurra un período de tiempo considerable. De acuerdo con esta decisión, un automóvil no usado es conforme si, entre tanto, el modelo de este vehículo sigue siendo fabricado sin cambios, no muestra ningún defecto y entre su fabricación y la conclusión del contrato no transcurren más de doce meses. (*B. T. G.*)

ROULET, V.: «La responsabilité des constructeurs atténuée par le fait du maître d'ouvrage», *GP*, 2004, núm. 84-85, pp. 21-23.

En la construcción, la actitud del promotor es susceptible de disminuir total o parcialmente, la responsabilidad del constructor. De ella derivan dos momentos: precontractual y postcontractual. (*R. A. R.*)

— «Point d'orgue sur la sous-traitance: le maître d'ouvrage doit-il motiver son refus d'acceptation du sous-traitant?», *GP*, 2004, núms. 84-85, pp. 24-25.

Estudio sobre la ley como modo normal de ejecución de los contratos de empresas, sin que suponga un imperativo. (*I. S. P.*)

SALINIÈRE, C.: «La réversibilité des donations», *RTDC*, 2004, núm. 1, pp. 21-44.

La donación es de ordinario conocida como un acto de liberalidad actual y definitivo de cualquier bien. Pero puede considerarse también como una anticipación de la regulación sucesoria, por tanto, es posible prevenir la modalidad de la revocación. (*R. A. R.*)

SCHMIDT, R./BIERLY, J.: «Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Gesellschafterin einer Personengesellschaft», *NJW*, 2004, núm. 17, pp. 1210-1213.

La presente contribución se ocupa de las hipótesis en materia registral resultantes de la jurisprudencia del Tribunal Federal Supremo sobre la capacidad de la sociedad de Derecho civil para ser socio comanditario y de las consecuencias en cuanto a responsabilidad. (*B. T. G.*)

SCHULZE, R./EBERS, M.: «Streitfragen im neuen Schuldrecht», *JuS*, 2004, pp. 265-272, 366-371, 462-468.

Cuestiones controvertidas en el nuevo Derecho de obligaciones.

Los autores analizan a lo largo de un amplio artículo, publicado en varias entregas, algunas de las cuestiones más problemáticas planteadas a raíz de la «recodificación» del Derecho de obligaciones alemán. Entre otras se abordan la exención del deber de cumplimiento del § 275 BGB, la nueva regulación de la acción de reparación de daños derivados del incumplimiento, la ampliación de ese derecho de reparación a los daños morales, la compatibilidad con el derecho de resolución, o las normas en los contratos de compraventa y obra, especialmente en el derecho al cumplimiento conforme. (*M. P. G. R.*)

SIMESTER, A. P./CHAN, W.: «Inducing Breach of Contract: One Tort or Two», *Cambridge L. J.*, marzo 2004, vol. 63, núm. 1, pp. 132-165.

Daños causados por la interferencia de un tercero en una relación contractual ajena, que da lugar al incumplimiento del contrato. El supuesto más conocido en el Derecho español se refiere a la lesión de un pacto de exclusividad, inducida por la conducta dolosa o negligente de un tercero ajeno al pacto. La doctrina tradicional española solía referirse a tales supuestos con la expresión de la «tutela aquiliana del derecho de crédito». La principal tesis que sostienen Simester y Chan en el trabajo es que, bajo el prisma del Derecho inglés, basado en una serie de *torts* específicos y no en una regla general de responsabilidad civil, las diversas modalidades en que se manifiesta esa lesión contractual inducida por un tercero no tienen cabida en un único *tort* general que las agrupe a todas, sino en varios *torts*, según la modalidad que adopte la conducta del tercero. (J. S. F.)

SPINDLER, G./RIECKERS, O.: «Die Auswirkungen der Schuld-und Schadensrechtsreform auf die Arzthaftung», *JuS*, 2004, núm. 4, pp. 272-278.

La presente contribución examina las consecuencias de la reforma del Derecho de obligaciones y del Derecho de daños respecto de la responsabilidad médica partiendo de la distinción tradicional entre responsabilidad contractual y extracontractual. (B. T. G.)

TERRIER, E.: «La fiction au secours des quasi-contrats ou l'achèvement d'un débat juridique», *RDS*, 2004, núm. 17, rouge, pp. 1179-1185.

Las recientes revoluciones en materia de cuasicontratos aporta una extensión destacada en el campo de esta fuente de las obligaciones. Podríamos hablar de una evolución del cuasicontrato. (I. S. P.)

THIEFFRY, P.: «Le renforcement de la responsabilité environnementale des entreprises: tendances législatives française et européenne divergentes», *GP*, 2004, núm. 163-164, pp. 22-33.

El nacimiento de responsabilidades unidas a las obligaciones de naturaleza esencialmente financiera en el Derecho francés. La afirmación de la responsabilidad sancionadora en el proceso de la reglamentación de protección al medio ambiente en Derecho europeo. (R. A. R.)

TURCO, A.: «Le lettere di *patronage* impegnative e la problematica relativa all'art. 1333 c.c.», *Rass. Dir. Civ.*, 2004, núm. 1, pp. 248-267.

Comentario a la sentencia de la *Corte di Cassazione*, Sez. III, de 3 de abril de 2001, núm. 4888, según la cual la carta de *patronage* no se configura como una garantía personal afín a la fianza, en la que el garante se obliga a ejecutar la prestación debida por el deudor, sino que tiene como función por parte del «patrocinante» reforzar en el acreedor el convencimiento de que la prestación será cumplida por el deudor («patrocinado»). (B. F. G.)

VELLUZZI, V.: «Il contratto in frode al terzo: individuazione della fattispecie e rapporti con la frode alla legge», *Rass. Dir. Civ.*, 2004, núm. 1, pp. 183 a 223.

Construcción de la figura del contrato en fraude de tercero a partir de la jurisprudencia y la doctrina italiana sobre la materia y relaciones con el fraude de ley. (B. F. G.)

VITO RUSSO, T.: «Interessi e controlli nella finanza di progetto», *Rass. Dir. Civ.*, 2004, núm. 1, pp. 154-182.

Artículo referido al *Project Financing*, operación económica utilizada por las Administraciones públicas en virtud de la cual recurre a capital privado para la gestión de servicios públicos y, en concreto, para la construcción de infraestructuras. El autor se centra en el estudio de los intereses que deben ser tutelados y del poder de control en este tipo de operaciones, teniendo en cuenta la ley italiana reguladora de esta disciplina: la denominada ley *Merloni*, de 11 de febrero de 1994, núm. 109. (B. F. G.)

VV. AA.: «Les cahiers de l'arbitrage», *GP*, 2004, núm. 140-141.

Número especial sobre arbitraje. Eficacia de los laudos, ejecución provisional de sentencia en materia internacional, medios de oficio. (R. A. R.)

WAGNER, G.: «Ersatz immaterieller Schäden: Bestandsaufnahme und europäische Perspektiven», *JZ*, 2004, pp. 319-331.

Indemnización por daños inmateriales: ámbito de su admisión y perspectiva europea.

La reforma de la acción por daños morales en Alemania ha conducido a un cambio en los fundamentos de la responsabilidad extracontractual y en la reclamación de los daños en general. El artículo analiza esta cuestión desde una perspectiva de Derecho comparado. (M. P. G. R.)

WALTERMANN, R.: «Haftungsfreistellung bei Personenschäden-Grenzfälle und neue Rechtsprechung», *NJW*, 2004, núm. 13, pp. 901-907.

El artículo explica la actual evolución de la jurisprudencia en materia de responsabilidad por daños personales, centrándose en las exenciones de responsabilidad en los seguros por accidentes. (B. T. G.)

WEICHERT, T.: «Die Krux mit der ärztlichen Schweigepflichtentbindung für Versicherungen», *NJW*, 2004, núm. 24, pp. 1695-1700.

El artículo se ocupa de una cuestión que preocupa cada vez más a médicos y odontólogos: no saben si están autorizados –y, en caso afirmativo, en qué extensión– a dar respuesta a las preguntas de compañías de seguros privados sobre sus pacientes acompañadas de la advertencia de que el paciente les ha eximido frente a la compañía del deber de secreto médico. (B. T. G.)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

AGOSTINI, E.: «Corporel et incorporel. Être, voir et avoir», *RDS*, 2004, núm. 12, rouge, pp. 821-823.

Cosas y personas tienen como punto en común la materialidad y tienen numerosos elementos incorporales sobre las que el derecho ejerce su cometido como accesorios. (R. A. R.)

CARREAU, C.: «Droit d'auteur et esprit de l'œuvre», *RIDA*, julio 2004, núm. 201, pp. 3-75.

La obra del ingenio debe quedar plenamente protegida en su identidad y en su integridad. La autora se detiene en cada uno de estos aspectos y desglosa su contenido. (C. J. D.)

DROSS, W.: «L'usufruit consenti par un nu-propiétaire est-il pleinement efficace?», *RDS*, 2004, núm. 18, rouge, pp. 1253-1256.

Se trata de dar respuesta a la pregunta de si un nudo propietario puede eficazmente conferir a un tercero un usufructo que él no tiene y que no tendrá jamás. (I. S. P.)

EDELMAN, B.: «Aux Etats-Unis, divorce consommé entre le copyright et le droit des marques», *RDS*, 2004, núm. 19, aff., pp. 1372-1376.

Estudio sobre la sentencia de la corte suprema de EE.UU. de 2 de junio de 2003. (R. A. R.)

GARNIER, E.: «La protection juridique des créations du "design"», *RIDA*, abril 2004, núm. 200, pp. 3-87.

Resumen de una tesis doctoral francesa sobre las creaciones de diseño. (C. J. D.)

KENDÉRIAN, F.: «Le fondement de la protection de l'image des biens: propriété ou responsabilité?», *RDS*, 2004, núm. 21, rouge, pp. 1470-1472.

La cuestión del fundamento de la protección del derecho a la imagen de los bienes es extraordinariamente controvertida. Cabe preguntarse si el fundamento reside en el derecho de propiedad o en las normas de responsabilidad civil. El autor se inclina más por el primer fundamento. (I. S. P.)

KÉRÉVER, A.: «Chronique de Jurisprudence», *RIDA*, abril 2004, núm. 200, pp. 211-275.

Noticia trimestral de la jurisprudencia francesa sobre el Derecho de autor (obras protegidas bajo condición de originalidad; obras por encargo y calidad de editor; derecho moral del autor; creación y soporte material de la obra; excepciones a los derechos exclusivos de los autores; transmisión contractual de los derechos de autor; remuneración del autor; falsificación de obras protegidas; derechos conexos, y gestión colectiva). (C. J. D.)

— «Chronique de Jurisprudence», *RIDA*, julio 2004, núm. 201, pp. 179-241.

Noticia de la jurisprudencia francesa del último trimestre, relativa a las obras protegidas bajo condición de originalidad; titularidad, explotación y cesión de los derechos de autor; copia privada; fraude por el uso sin autorización de la obras protegida, y derechos de exclusiva sobre la retransmisión deportiva, entre otros. (C. J. D.)

KOUMANTOS, G./KORIATOPOULOU-ANGELI, P.: «Chronique de Grèce», *RIDA*, abril 2004, núm. 200, pp. 141-209.

Crónica de la legislación y jurisprudencia griegas sobre el Derecho de autor en los últimos cinco años. (C. J. D.)

MALAN, A.: «L'avenir de la Convention de Berne dans les rapports intra-communautaires», *RIDA*, abril 2004, núm. 200, pp. 89-139.

Estudio de los ajustes de la aplicación del Convenio de Berna en el marco del Derecho comunitario. (C. J. D.)

MATTHYSSENS, J.: «Les auteurs devant la Commission Escarra», *RIDA*, julio 2004, núm. 201, pp. 77-125.

Descripción de algunos recuerdos del autor (único sobreviviente de la Comisión de la Propiedad Intelectual o Comisión Escarra, encargada en 1945 de la realización de los proyectos de ley sobre el derecho de autor en Francia), sobre la posición que adoptaron los autores en las reuniones preparatorias, y sobre las sesiones de la Comisión, que desembocarían en el texto promulgado el 11 de marzo de 1957, así como los relacionados con las negociaciones oficiosas con agrupaciones profesionales, tales como la de productores cinematográficos. (C. J. D.)

NGOMBE, L. Y.: «De quelques aspects du droit d'auteur en Afrique», *RIDA*, julio 2004, núm. 201, pp. 127-177.

Aproximación a diversos aspectos del derecho de autor en África. El autor busca el denominador común de las leyes africanas, que reciben la influencia de las normas europeas y americanas, sin dejar por ello de afirmar su propia identidad. (C. J. D.)

SIMLER, P. H./DELEBECQUE, P. H.: «Droit des sûretés», *SJ*, 2004, núm. 24, 1-141, pp. 1054-1060.

Análisis del tema desde la última jurisprudencia emitida por los tribunales franceses en garantías personales y reales. (R. A. R.)

TORRÈS, C. H.: «Du knowledge management à la gestion des connaissances: quels sont les droits sur l'outil et son contenu?», *GP*, 2004, núm. 112-113, pp. 15-17.

La protección del derecho de autor y las titularidades de los derechos en el caso de pluralidad de creadores. (I. S. P.)

VV. AA.: «Droit du cinéma», *GP*, 2004, núm. 128-129.

Número especial sobre aspectos jurídicos del cine. Cláusulas particulares de los contratos de adaptación de dibujos. Lucha contra la piratería de películas. La libertad de expresión cinematográfica y el impuesto. (I. S. P.)

ZENATI, F.: «Du droit de reproduire les biens», *RDS*, 2004, núm. 14, rouge, pp. 962-969.

El autor se plantea si ese derecho deriva del derecho de propiedad, si bien puede construirse a través de la idea de consentimiento y de abuso de derecho. (R. A. R.)

DERECHO DE FAMILIA

AUTORINO STANZIONE, G.: «Autonomia negoziale e rapporti coniugali», *Rass. Dir. Civ.*, 2004, núm. 1, pp. 1-42.

El papel de la autonomía de la voluntad en las relaciones entre cónyuges de naturaleza patrimonial y personal, a la luz del *Codice Civile*. (B. F. G.)

BARLOW, A./JAMES, G.: «Regulating Marriage and Cohabitation in 21st Century Britain», *Modern L. Rev.*, marzo 2004, vol. 67, pp. 143-176.

Propuestas de futuro en el candente debate sobre la posibilidad de establecer en el Reino Unido una regulación legal para las formas de convivencia no matrimonial, especialmente para las parejas de hecho de distinto sexo. Las autoras consideran esencial que la ley reconozca las formaciones sociales por su función y no por la forma de constituirse, y subrayan que en Gran Bretaña hoy por hoy una de cada cuatro personas solteras de entre dieciséis y cincuenta y nueve años vive en pareja. (J. R. I.)

DONATO BUSNELLI, F.: «Nascere per contratto?», *Rass. Dir. Civ.*, 2004, núm. 1, pp. 43-58.

El presente artículo toma como punto de partida el libro *Birth Power*, de Carmen Shalev, traducido al italiano como *Nascere per contratto* (Nacer por contrato). El autor desarrolla tres aspectos: en primer lugar, el «libre mercado de la procreación», referido a la posibilidad de las mujeres de ofrecer, como servicio retribuido, su cuerpo para procrear; en segundo lugar, la «libertad contractual para procrear», atinente a la libertad del individuo para determinar de manera autónoma todas las cuestiones jurídicas inherentes a la paternidad y a la maternidad antes de la concepción (p. ej. clonación), y, en tercer lugar, la (posible) sustitución de la familia por el individuo. (B. F. G.)

FAVALE, R./VARANESE, G.: «L'azione di disconoscimento di paternità e la fecondazione artificiale eterologa», *Rass. Dir. Civ.*, 2004, núm. 1, pp. 224-247.

Los autores toman como punto de partida tres sentencias fundamentales de la *Corte di Cassazione* en el problema objeto de análisis en el artículo: la fecundación artificial y la negación de la paternidad. Tras extraer la doctrina jurisprudencial, se pasa a estudiar el tratamiento de la cuestión analizada en los Ordenamientos suizo, alemán y austriaco. (B. F. G.)

GLASS, R.: «Trading Up: Postnuptial Agreements, Fairness, and a Principled New Suior for California», *Cal. L. Rev.*, enero 2004, vol. 92, núm. 1, pp. 217-256.

La autora examina los antecedentes y el estado de la cuestión sobre la validez y la eficacia en California de los convenios prematrimoniales. Comparando el régimen vigente –transposición casi literal de la *Uniform Premarital Agreements Act*– con los *ALI Principles of Family Dissolution*, concluye que las soluciones propuestas por éstos son superiores porque tratan tanto los acuerdos prematrimoniales como los concluidos durante el matrimonio o después de la crisis matrimonial. (J. R. I.)

MASSIP, J.: «Le juge aux affaires familiales et l'enlèvement international d'enfants», *GP*, 2004, núm. 79-80, pp. 12-15.

Estudio a propósito de la sentencia de la Corte de París, sección 1.^a c, de 26 de junio de 2003. (*I. S. P.*)

MASSIP, J.: «Incidence du remariage d'une femme divorcée sur l'usage du nom de son ancien mari», *GP*, 2004, núm. 116-118, pp. 6-7.

Estudio a propósito de la sentencia de la Corte de París, sección 24, de 4 de marzo de 2004. (*R. A. R.*)

RAKETE-DOMBEK, I.: «Das Ehevertragsurteil des BGH Oder: Nach dem Urteil ist vor dem Urteil», *NJW*, 2004, núm. 18, pp. 1273-1277.

La siguiente contribución analiza si la jurisprudencia del Tribunal Federal Supremo relativa a los acuerdos matrimoniales ha cambiado tras la sentencia de 11 de febrero de 2004 del Tribunal constitucional federal. (*B. T. G.*)

SIMLER, P. H.: «Régimes matrimoniaux», *SJ*, 2004, núm. 16-17, 1-129, pp. 726-732.

Exposición de la postura de los tribunales franceses más reciente en la materia. (*I. S. P.*)

DERECHO DE SUCESIONES

HARKE, J. D.: «Testamentsanfechtung durch den Erblasser?», *JZ*, 2004, núm. 4, pp. 180-184.

La presente contribución pretende responder a la pregunta de si el testador puede impugnar su testamento. La respuesta es negativa en el caso del testador con capacidad para testar, pues puede revocarlo. Ahora bien, qué ocurre si incurrir en incapacidad para testar; ¿puede su representante legal impugnar las disposiciones testamentarias anteriores afectadas por un vicio de voluntad? (*B. T. G.*)

VARIA

BASEDOW, J.: «Grundlagen des europäischen Privatrechts», *JuS*, pp. 89-96.

Fundamentos del Derecho privado europeo.

Desde hace unos años se proclama una paulatina europeización del Derecho privado. En este artículo se muestra una panorámica de ese proceso que ya en un próximo futuro puede desembocar en propuestas concretas. (*M. P. G. R.*)

BRUNET, A.: «La regulation juridique des questions environnementales et le principe de subsidiarité», *GP*, 2004, núm. 163-164, pp. 6-21.

La subsidiariedad y la prevención de atentados al medio ambiente; el remedio a tales atentados. (*I. S. P.*)

CHAGNOLLAUD, D.: «Le principe de précaution est-il soluble dans la loi? A propos de l'article 5 de la charte de l'environnement», *RDS*, 2004, núm. 16, rouge, pp. 1103-1108.

Tras la consagración internacional del principio de precaución aparecen unos contornos mal definidos que deben pesar en la constitución. (*R. A. R.*)

DAUNER-LIEB, B.: «Auf dem Weg zu einem europäischen Schuldrecht?», *NJW*, 2004, pp. 1431-1434.

¿En el camino de un Derecho de obligaciones Europeo?

La autora trata el conocido y debatido tema de la unificación del Derecho de obligaciones y contratos en Europa, mostrando el estado actual de la discusión, las cuestiones fundamentales en torno al tema y algunos aspectos prácticos derivados del mismo, sobre todo lo que afecta a su repercusión en los tribunales superiores de los Estados miembros. (*M. P. G. R.*)

FELDMAN, J. P.: «Le projet de loi constitutionnelle relatif à la Charte de l'environnement», *RDS*, 2004, núm. 14, rouge, pp. 970-972.

Se analiza la posible modificación de la Constitución de la quinta república a su preámbulo ajustada a la Carta de derechos humanos, a los principios económicos actuales y a los avances del derecho al medio ambiente. (*I. S. P.*)

VV. AA.: «La publicité», *GP*, 2004, núm. 119-120.

Número especial sobre incidencia de la publicidad en lo jurídico. El derecho comunitario; operaciones de créditos al consumo; procedimientos prohibidos de publicidad y la prensa. (*R. A. R.*)

DERECHO MERCANTIL

PARTE GENERAL. EMPRESA

CHRIQUI, H.: «Prévention des difficultés des entreprises: peut-on aller plus loin?», *GP*, 2004, núm. 137-139, pp. 2-5.

Estudio sobre el proyecto de ley de salvaguarda de empresas en dificultades de 12 de mayo de 2004 inspirado en la legislación americana de reorganización. El mandato *ad hoc* y el procedimiento de conciliación. Procedimiento de salvaguarda para finalizar acuerdos. (*R. A. R.*)

MEFFRE, J. M./LAMY, T.: «1.^{er} mai 2004: entrée en vigueur du nouveau règlement sur le contrôle des ententes. Quelques réflexions du praticien», *RDS*, 2004, núm. 18 aff., pp. 1295-1300.

Estudio a propósito del nuevo reglamento francés sobre control de las empresas. (*I. S. P.*)

RADUSZYNSKI, F.: «Les sociétés cotées à l'épreuve des négligences médiatiques: aspects de droit des marchés financiers et de droit de la communication», *GP*, 2004, núm. 77-78, pp. 2-8.

Las negligencias mediáticas de las que son víctimas las sociedades son encuadrables en las normativas relevantes: derecho de marca financiera y derecho de la comunicación. Estas reglas protegen dos intereses distintos. Su combinación constituye una de las manifestaciones de derecho transversal de la información económica y financiera. (*I. S. P.*)

SCHMIDT, K.: «Minderjähriguen-Haftungsbeschränkung im Unternehmensrecht: Funktioniert das? – Eine Analyse des § 1629 a BGB mit Rückblick auf BGHZ 92, 259 = NJW 1985, 136», *JuS*, 2004, núm. 5, pp. 361-366.

El artículo expone críticamente la aplicación práctica de la Ley de limitación de responsabilidad de menores en el ámbito del Derecho mercantil. (*B. T. G.*)

DERECHO DE SOCIEDADES

ALTMEPPE, H.: «Schutz vor “europäischen” Kapitalgesellschaften», *NJW*, 2004, núm. 3, pp. 97-104.

El autor analiza las consecuencias de la sentencia del Tribunal de las Comunidades Europeas de 30 de septiembre de 2003 (*Inspire Art*) respecto de la aplicación del Derecho alemán de sociedades de capital a sociedades de otro país comunitario con sede en Alemania y la libertad de establecimiento. (*B. T. G.*)

CAUSSAIN, J./DEBOISSY, F./ WICKER, G.: «Droit des sociétés», *SJ*, 2004, núm. 18, I-131, pp. 774-782.

Análisis de diversos aspectos del Derecho de sociedades desde el punto de vista de las decisiones de los tribunales franceses más recientes. (*I. S. P.*)

FRANÇOIS, B.: «Vers une nouvelle définition de l'appel public à l'épargne», *RDS*, 2004, núm. 23, aff., pp. 1652-1660.

El nuevo concepto público de ahorro. (*R. A. R.*)

HORN, N.: «Deutsches und europäisches Gesellschaftsrecht und die EuGH-Rechtsprechung zur Niederlassungsfreiheit – Inspire Art», *NJW*, 2004, núm. 13, pp. 893-901.

La presente contribución analiza las repercusiones de la nueva doctrina del Tribunal de las Comunidades Europeas sobre la libertad de establecimiento en un contexto de diversidad de Derechos societarios en Europa y con un número creciente de sociedades con estatuto extranjero (de otro Estado comunitario) y sede en Alemania. (*B. T. G.*)

MARTINEAU-BOURGNINAUD, V.: «Le mythe de la transparence en droit des sociétés», *RDS*, 2004, núm. 12, aff., pp. 862-868.

Estudio sobre las *stock-options* acordadas por mandatarios. Abuso de dicho método y nuevas regulaciones que frenen tal vicio. (*I. S. P.*)

RODRÍGUEZ, K.: «La société coopérative européenne: tenants et aboutissants», *RDS*, 2004, núm. 17, aff. pp. 1219-1227.

Regulación comunitaria sobre la cooperativa europea como necesidad tras la regulación de la agrupación con interés económico y la sociedad europea. Perfección del método de regulación y optimismo en su progreso a nivel comunitario. (*R. A. R.*)

VV. AA.: «L'actionariat des sociétés non cotées», *GP*, 2004, núm. 147-148.

Número especial sobre el accionariado de las sociedades: pérdida de eficacia de los pactos no estatutarios de preferencia; acuerdos en operaciones LBO, técnicas de resolución; salario, liquidación en caso de concurso. (*R. A. R.*)

INSTITUCIONES Y AGENTES AUXILIARES DEL TRÁFICO

BERNARD, A.: «A propos de la guerre du chiffre et du droit. Comment les comptables étendent leur territoire professionnel», *RDS*, 2004, núm. 22, aff., pp. 1580-1587.

Estudio sobre el auge de los contables como nuevos profesionales en el mercado financiero. (*I. S. P.*)

CONTRATOS MERCANTILES

ARMAND, F.: «Les instruments financiers à terme et l'article L. 341-10 du code monétaire et financier», *RDS*, 2004, núm. 15, aff., pp. 1075-1078.

Los nuevos instrumentos financieros a plazo y su regulación. (*R. A. R.*)

CHOLET, D.: «La distinction des parties et des tiers appliquée aux associés», *RDS*, 2004, núm. 16, aff., pp. 1141-1148.

Importancia de la distinción entre partes y tercero en el ámbito jurídico y su dificultad práctica. Interrelación del concepto en el ámbito del derecho de sociedades. (*I. S. P.*)

JAMIN, C. H.: «L'incertaine qualification de l'ouverture de crédit», *RDS*, 2004, núm. 16, aff., pp. 1149-1152.

Notas a la sentencia de la corte de casación mercantil de 21 de enero de 2004 calificando la apertura de crédito de promesa de préstamo. (*R. A. R.*)

ULMER, P.: «Gläubigerschutz bei Scheinauslandsgesellschaften», *NJW*, 2004, Heft 17, pp. 1201-1210.

El artículo se ocupa de la relación entre el Derecho nacional societario, penal y concursal de protección del acreedor y la libertad de establecimiento comunitaria en la hipótesis de sociedades extranjeras aparentes o ficticias. (*B. T. G.*)

DERECHO CONCURSAL

JAULT-SESEKE, F./ROBINNE, D.: «Le droit européen de la faillite», *RDS*, 2004, núm. 14, aff., pp. 1009-1014.

Estudio sobre el coloquio organizado por la Academia de Derecho europeo el 26 y 27 de enero de 2004. Principios fundamentales y dificultades de aplicación de la regulación comunitaria. (*I. S. P.*)

SOINNE, B.: «Réalisme et confusion (à propos du projet de loi réformant le droit des procédures collectives)», *RDS*, 2004, núm. 21, aff., pp. 1506-1523.

Estudio sobre el proyecto de ley francés de procedimientos de insolvencia. (*R. A. R.*)

ABREVIATURAS

AcP	Archiv für die civilistische Praxis.
Am. J. Comp. L.	American Journal of Comparative Law.
Cal. L. Rev.	California Law Review.
Cambridge L. J.	Cambridge Law Journal.
CI	Contratto e Impresa.
Colum. L. Rev.	Columbia Law Review.
DFP	Il Diritto di Famiglia e delle Persone.
Dir. Aut.	Il Diritto di Autore.
ERPL	European Review of Privat Law.
FI	Il Foro Italiano.
GC	Giustizia Civile.
GP	Gazette du Palais.
Harvard L. Rev.	Harvard Law Review.
JuS	Juristische Schulung.
JZ	Juristen Zeitung.
L. Q. R.	The Law Quarterly Review.
Modern L. Rev.	The Modern Law Review.
NGCC	La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata.
NJW	Neue Juristische Wochenschrift.
NLCC	Le Nuove Leggi Civili Commentate.
N. Y. Univ. L. Rev.	New York University Law Review.
Oxford J. Legal Stud.	Oxford Journal of Legal Studies.
Rass. Dir. Civ.	Rassegna di Diritto Civile.
RDC	Rivista di Diritto Civile.
RDImm	Revue de Droit Immobilier.
RDS	Recueil Dalloz Sirey.
RIDA	Revue Internationale du Droit d' Auteur.
RTDC	Revue Trimestrielle de Droit Civil.
RTDPC	Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile
SJ	La Semaine Juridique.
Texas L. Rev.	Texas Law Review.
Tul. L. Rev.	Tulane Law Review.
U. Chi. L. Rev.	University of Chicago Law Review.
Yale L. J.	Yale Law Journal.
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht.

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sentencias, año 2003

Encarna ROCA TRÍAS (Catedrática de Derecho civil. UB). Ramón CASAS VALLÉS (Titular de Derecho civil. UB). Isabel MIRALLES GONZÁLEZ (Titular de Derecho civil. UB). Asunción ESTEVE PARDO (Dra. en Derecho. UB). Elisabet GRATTI (Lda. en Derecho. UB). Carlos VENDRELL CERVANTES (Ldo. en Derecho. UB). Leonor BUENO MEDINA (Lda. en Derecho. UB).

STC 4/2003, de 20 de enero.

RA: Estimado.

Ponente: Gay Montalvo.

Conceptos: Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. Intangibilidad de las sentencias. Indemnización de daños en ejecución de una Sentencia penal que no se había pronunciado sobre la responsabilidad civil.

Preceptos de referencia: Artículo 24.1 CE, artículo 84 LOTC.

La responsabilidad civil derivada de delito puede y debe establecerse, cuando se pida, en el proceso penal, pero no en fase de ejecución cuando la sentencia condenatoria previamente no la ha declarado. Eso es lo que hicieron dos autos de la Audiencia Provincial de Zamora, recurridos en amparo por el afectado. La aplicación de la doctrina constitucional recogida en la STC 106/1999, de 14 de junio, conduce a la necesaria estimación de la queja del recurrente, pues las resoluciones judiciales impugnadas lesionan el derecho fundamental a la invariabilidad de las sentencias firmes, al declarar una indemnización por responsabilidad civil derivada del delito que no se encontraba recogida en el fallo de la Sentencia sobre cuya ejecución decidía.

STC 14/2003, de 28 de enero.

RA: Estimado.

Ponente: Conde Martín de Hijas.

Conceptos: Imagen y honor. Divulgación por Gabinete de prensa policial de fotografía de detenido. Capacidad identificadora de los nombres

inusuales. Independencia de los tres derechos reconocidos en el artículo 18.1 CE. La imagen como dato personal. Las instituciones públicas no son titulares del derecho constitucional a la información. Análisis de la legitimidad de las intromisiones en derechos fundamentales. Eventual prevalencia de otros derechos o bienes constitucionales. Remisión de las cuestiones indemnizatorias a la jurisdicción ordinaria.

Preceptos de referencia: Artículo 18.1 y 4 y artículo 20 CE; LORTAD y LOPD.

Se trata de una interesante sentencia que viene a añadirse —con perfiles propios— a las muchas con las que, progresivamente, el TC ha ido perfilando su jurisprudencia sobre los derechos a la imagen y al honor —también a la intimidad— y sus límites. El caso tiene su origen en la detención de una persona involucrada en una reyerta que produjo un muerto y dos heridos. El detenido se había presentado voluntariamente ante la policía. Una fotografía de cuerpo entero, tomada para su ficha, fue entregada a diversos medios de comunicación por el Gabinete de Prensa de la Jefatura Provincial de Policía, junto con las de los otros dos supuestos implicados (uno de ellos asimismo detenido y el otro ya identificado). Las fotografías iban acompañadas de una nota en la que se informaba de la detención de dos de los «presuntos autores» del crimen, indicando su nombre y las siglas de los apellidos (en el caso del recurrente: D. Mederico S. V.). La fotografía fue difundida en la prensa; en algún caso con el descuido habitual («En prisión dos de los asesinos de Raúl»). Más tarde, en el proceso penal, se establecería la inocencia de D. Mederico, quien, acto seguido, emprendió acciones civiles en defensa de su honor, intimidad e imagen contra algunos medios de comunicación. Al averiguar, en el curso del procedimiento civil, cómo había llegado la fotografía a manos de la prensa, interpuso también reclamación contra el Ministerio del Interior por daños a su honor, intimidad y propia imagen, al amparo de la Ley Orgánica 1/1982. Entendía que la decisión administrativa de divulgar su imagen se había tomado sin base legal, sin justificación razonada y, además, sin darle previa audiencia. Al no obtener respuesta, acudió a la vía contenciosa. Su demanda fue desestimada por la Audiencia Nacional. Ésta fue la sentencia objeto del recurso de amparo, hallándose por entonces las acciones civiles en trámite de casación.

La Audiencia Nacional, aun admitiendo que se había producido una intromisión en los derechos fundamentales de D. Mederico, no la consideraba ilegítima. A su juicio, la publicación de la fotografía estaba justificada porque con ella «se perseguían varios resultados: 1) tranquilizar a la opinión pública en un hecho de grave conmoción social; 2) transmitir un mensaje de eficacia policial, y 3) hacer saber al huido que su cerco era más estrecho». Como cabe suponer, en su recurso, el afectado sostuvo que, para la plena satisfacción de tales objetivos, no era necesario sacrificar sus derechos fundamentales. El argumento era muy razonable. Pese a ello, el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal, en alegatos minuciosos y muy bien contruidos, solicitaron la desestimación del recurso, aduciendo la proporcionalidad de la medida y el derecho fundamental a dar y recibir información veraz.

Prescindiendo de algunos errores de planteamiento (la supuesta infracción, por ejemplo, no era imputable a la Audiencia sino a la actuación policial; tampoco cabía pedir al TC el reconocimiento del derecho a una indemnización, materia a decidir por la jurisdicción ordinaria), la demanda de amparo

obligaba a pronunciarse sobre la licitud de la difusión de la fotografía de D. Mederico por parte de la Jefatura Provincial de la Policía, en relación con los tres derechos –honor, intimidad e imagen– alegados por aquél. La doctrina de la sentencia constitucional puede sintetizarse en los siguientes puntos:

1) *Independencia de los tres derechos reconocidos en el artículo 18.1 CE.*–Los derechos al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen «a pesar de su estrecha relación en tanto que derechos de la personalidad, derivados de la dignidad humana y dirigidos a la protección del patrimonio moral de las personas, tienen, no obstante, un contenido propio y específico. Se trata, dicho con otras palabras, de derechos autónomos, de modo que, al tener cada uno de ellos su propia sustantividad, la apreciación de la vulneración de uno no conlleva necesariamente la vulneración de los demás (SSTC 81/2001, de 26 de marzo, F. 2; 156/2001, de 2 de julio, F. 3)» (FJ 4). Cabe que se produzca una violación aislada del derecho a la imagen. En este sentido, el TC observa que: «Lo específico del derecho a la imagen, frente al derecho a la intimidad y el derecho al honor, es la protección frente a las reproducciones de la misma que, afectando a la esfera personal de su titular, no lesionan su buen nombre ni dan a conocer su vida íntima. El derecho a la propia imagen pretende salvaguardar un ámbito propio y reservado, aunque no íntimo, frente a la acción y conocimiento de los demás; un ámbito necesario para poder decidir libremente el desarrollo de la propia personalidad y, en definitiva, un ámbito necesario según las pautas de nuestra cultura para mantener una calidad mínima de vida humana» (FJ 5). Sin embargo, también es posible –y frecuente– que la infracción afecte a los otros derechos. Así, cuando «una imagen [...] muestre, además de los rasgos físicos que permiten la identificación de la persona, aspectos de su vida privada, partes íntimas de su cuerpo o [...] la represente en una situación que pueda hacer desmerecer su buen nombre o su propia estima» (FJ 4). En esos casos habrá que proceder al análisis independiente de cada uno de los derechos, pues la infracción les afectará de forma autónoma.

Descartado con rapidez por el TC que, en el caso de autos, estuviera realmente afectado el derecho a la intimidad, la cuestión se centra en la imagen y el honor.

2) *Violación del derecho a la propia imagen.*–El TC empieza por admitir que la difusión in consentida de la reseña fotográfica policial de una persona puede constituir una infracción (FJ 6); incluso apunta –sin entrar en ello– que podría plantear algún problema la difusión de otros elementos suficientemente identificativos (el nombre inusual: Mederico). En cualquier caso, habiendo intromisión, lo esencial es establecer si debe considerarse ilegítima.

En relación con esta cuestión, el TC –sin que ello se hubiera suscitado– hace una oportuna referencia al artículo 18.4 CE y afirma que la imagen es un «dato de carácter personal», al que se aplica, además de la LO 1/82, la correspondiente legislación de protección de datos (en aquel momento la LO 5/92, LORTAD y hoy la LO 15/99, LOPD). Como dato personal, «únicamente estaba autorizada su cesión, sin el previo consentimiento del afectado, en los tasados supuestos del artículo 11.2 LORTAD, entre los que no se contempla la cesión a los medios de comunicación de datos personales que figuren en los ficheros de las fuerzas y cuerpos de seguridad (en el mismo sentido, art. 11.2 LOPD)» (FJ 7). La actuación policial, además, tampoco sería incardinable en ninguno de los supuestos que la LO 1/82 (arts. 2 y 8) reputa como no constitutivos de intromisión ilegítima (FJ 7).

La legitimidad de la actuación policial, no obstante, podría venir amparada por el ejercicio de un derecho fundamental; concretamente, el de información, como sostenían el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal. El TC rechaza este argumento porque «los sujetos titulares de la libertad de información y del correlativo derecho a recibirla son la colectividad, cada uno de sus ciudadanos y los profesionales del periodismo (SSTC 6/1981, de 16 de marzo, F. 4; 105/1983, de 23 de noviembre, F. 11; 168/1986, de 22 de diciembre, F. 2; 6/1988, de 21 de enero, F. 5; 223/1992, de 14 de diciembre, F. 2, por todas), pero en ningún caso son titulares de los referidos derechos fundamentales las instituciones públicas o sus órganos (en relación con la libertad de expresión, SSTC 185/1989, de 13 de noviembre, F. 4; 254/1993, de 20 de julio, F. 7; en relación con las libertades de expresión e información, ATC 19/1993, de 21 de enero.)» (FJ 8).

Aun faltando un derecho fundamental de cobertura, la intromisión la imagen de D. Mederico S. V. podía venir amparada por la concurrencia de «otros bienes constitucionales o de interés público más dignos de protección»; concretamente: «si se revela como idónea y necesaria para alcanzar un fin constitucionalmente legítimo, proporcionada para lograrlo y se lleva a cabo utilizando los medios necesarios para procurar una mínima afectación del ámbito garantizado por el derecho fundamental» (FJ 9). Para superar el juicio de proporcionalidad: «es necesario constatar si [la intromisión] cumple los tres requisitos o condiciones siguientes: si la medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto; SSTC 66/1995, de 8 de mayo, F. 5; 55/1996, de 28 de marzo, FF. 7, 8 y 9; 270/1996, de 16 de diciembre, F. 4.e; 37/1998, de 17 de febrero, F. 8; 186/2000, de 10 de julio, F. 6)» (FJ 9). En el caso de D. Mederico, a juicio del TC, estaba claro que la fundamentación de la medida –aparte de haberse aportado «a posteriori»– no superaba el juicio de proporcionalidad. Aquí es cuando la sentencia reconoce la solidez de las razones de fondo del demandante de amparo. Ni la «tranquilidad de la opinión pública» ni la «transmisión del mensaje de eficacia policial» requerían sacrificar el derecho a la imagen de D. Mederico. Tampoco el más sólido objetivo de hacer progresar la actuación policial. Para que el huido supiera estaba *cercado* y lograr la colaboración ciudadana en su detención no era en absoluto necesario difundir la imagen de D. Mederico. Habría sido suficiente con la nota de prensa y, en su caso, la fotografía del propio huido (FJ 11).

3) *Violación del derecho al honor.*—El demandante de amparo consideraba que la difusión de su fotografía como detenido violaba también su honor. Así lo admite el TC: «No cabe negar, en principio, que la difusión de la imagen de una persona en su condición de detenida, como en este caso representa al demandante de amparo la reseña fotográfica policial distribuida a los medios de comunicación, pueda dañar la reputación de esa persona, en cuanto conlleva o puede conllevar, teniendo en cuenta actitudes sociales que son hechos notorios, un desmerecimiento en la consideración ajena, quedando de ese modo menoscabada su reputación» (FJ 12). Midiendo muy bien el alcance de sus palabras y para evitar lecturas expansivas contrarias al interés general, el TC advierte que cabría que una intromisión de ese tipo estuviera justificada por la presencia de otros derechos o bienes constitucionales. Pero

la sentencia rechaza que sea este el caso, remitiéndose a los argumentos dados para el derecho a la imagen (FJ 12).

4) *Derecho a indemnización.*—El demandante de amparo había pedido que el TC le reconociera el derecho a ser indemnizado. Pero la sentencia desestima tal pretensión: «es una cuestión reservada a la jurisdicción ordinaria y ajena, por tanto, a este proceso constitucional la determinación de si concurren los presupuestos constitucional y legalmente exigibles sobre la existencia en este caso de una responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado» (FJ 12 y FJ 1). En consecuencia el TC se limita a anular la sentencia de la Audiencia Nacional, ordenándole que dicte otra respetuosa con los derechos vulnerados.

STC 22/2003, de 10 de febrero.

RA: Desestimado.

Ponente: Vives Antón; Voto particular discrepante de Jiménez Sánchez.
Conceptos: Inviolabilidad domiciliaria. Excepciones a la necesidad de autorización judicial. Delito flagrante. Autorización del titular. Legitimación para autorizar la entrada cuando en el domicilio conviven varias personas. Matrimonio o pareja de hecho. Situación de crisis. La jurisprudencia como criterio de conducta.

Preceptos de referencia: Artículo 18.2 CE.

El caso tiene su origen en el registro de una vivienda de la que una mujer había podido huir tras arrebatar a su marido la escopeta con la que la amenazaba y con la que, previamente, había disparado contra la puerta de la habitación en la que aquélla y un hijo se habían refugiado. Una vez puesta a salvo la mujer y detenido el agresor, una patrulla policial procedió al registro de la vivienda, hallando en ella una pistola para la que —a diferencia de lo que sucedía con la escopeta— el detenido carecía de permiso. La diligencia de entrada y registro se produjo con la autorización y en presencia de la mujer agredida y su hijo. Al parecer los cónyuges estaban separados, pero seguían compartiendo domicilio. En el juicio subsiguiente, la defensa del acusado alegó que el registro se había producido sin autorización judicial, sin situación de flagrancia y sin consentimiento del interesado, por lo que debían considerarse nulas y sin valor las pruebas obtenidas. Pese a ello, el procesado fue condenado no sólo por un delito de amenazas sino también por el de tenencia ilícita de armas. Su recurso fue desestimado por la AP de Oviedo, que entendió que la esposa podía autorizar eficazmente la entrada en un domicilio del que también era titular.

1) *Contenido del derecho a la inviolabilidad del domicilio.*—La protección del domicilio es un instrumento para la defensa de los ámbitos en que se desarrolla la vida privada de la persona. Lo que se protege no es sólo «un espacio físico» sino «lo que en él hay de emanación de una persona y su esfera privada» (FJ 2, con remisión a varias sentencias anteriores). Ello, sin embargo, no impide que se haya reconocido también su titularidad a las personas jurídicas, «de las que no cabe afirmar que posean intimidad personal y familiar» (FJ 2, con remisión al ATC 257/1985). La protección constitucional del domicilio se concreta en dos reglas distintas: «La primera define su “inviolabilidad”, que constituye un auténtico derecho fundamental de la persona, establecido como garantía de que el ámbito de privacidad, dentro del espacio limitado que la

propia persona elige, resulte “exento” o “inmune a” cualquier tipo de invasión [...], incluidas las que puedan realizarse sin penetración física en el mismo, sino por medio de aparatos mecánicos, electrónicos u otros análogos. La segunda, que supone una aplicación concreta de la primera, establece la interdicción de la entrada y el registro domiciliario [...]» (FJ 3).

2) *Límites a la inviolabilidad domiciliaria.*—Son de carácter taxativo y, en España, no se remiten a la Ley. Los establece la propia Constitución. Sólo cabe la entrada sobre la base de una resolución judicial motivada y, a falta de ella, un delito flagrante o el consentimiento del titular. En el caso de autos no hubo autorización judicial. Tampoco delito flagrante, pues el registro —como queda dicho— lo llevó a cabo una unidad policial diferente de la que intervino en primer lugar y cuando el acusado ya estaba detenido. La cuestión se contrae así a valorar si hubo o no consentimiento eficaz.

3) *El consentimiento de la esposa. Un problema nuevo en la jurisprudencia constitucional.*—Los órganos judiciales entendieron que era suficiente la autorización y presencia de la esposa. Esta interpretación, dice el TC, «es acorde con la jurisprudencia tradicional del Tribunal Supremo que ha venido entendiendo que el consentimiento de otros moradores distintos del acusado o imputado legitima el registro domiciliario, por más que con posterioridad a la resolución aquí enjuiciada se haya producido alguna resolución discrepante» (FJ 6). Sin entrar en la interpretación correcta de la legalidad ordinaria, el análisis del TC se centra en establecer «quién puede consentir una entrada y registro policial, a los efectos del citado artículo 18.2, en los supuestos de cotitulares del domicilio de igual derecho y, en concreto, en los casos de convivencia conyugal o análoga, cuestión que no ha sido abordada expresamente en nuestra jurisprudencia» (FJ 6).

4) *Necesidad de distinguir entre la convivencia normal y las situaciones de crisis.*—«La convivencia presupone una relación de confianza recíproca, que implica la aceptación de que aquel con quien se convive pueda llevar a cabo actuaciones respecto del domicilio común [...] que deben asumir todos cuantos habitan en él y que en modo alguno determinan la lesión del derecho a la inviolabilidad del domicilio» (FJ 7). «En una situación de convivencia normal [...] cada uno de los cónyuges o miembros de una pareja de hecho está legitimado para prestar el consentimiento [...] De modo que, aunque la inviolabilidad domiciliaria, como derecho, corresponde individualmente a cada uno de los que moran en el domicilio, la titularidad para autorizar la entrada o registro se atribuye, en principio, a cualquiera de los titulares [...]» (FJ 7). Sin embargo, esta doctrina no se aplica cuando se da una «contraposición de intereses»; «máxime en casos como el presente, en que hallándose separados los cónyuges, el registro tuvo lugar en la habitación del marido» (FJ 8). Por tanto, no hubo consentimiento eficaz.

5) *Actuación policial conforme a la doctrina jurisprudencial del momento.*—A la luz de la doctrina anterior, parece que el recurso debía haber sido estimado. Sin embargo, se rechaza porque «el consentimiento de la esposa aparecía, según el estado de la interpretación del Ordenamiento en el momento de practicar la entrada y registro, como habilitación suficiente para llevarla a cabo conforme a la Constitución» (FJ 10). La inconstitucionalidad, prosigue el TC, «obedece, en este caso, pura y exclusivamente a un déficit en el estado de la interpretación del Ordenamiento que no cabe proyectar sobre la actuación de los órganos encargados de la investigación imponiendo, a modo de sanción, la invalidez de una prueba, como el hallazgo de una pistola que,

por sí misma, no materializa en este caso lesión alguna del derecho fundamental [...]» (FJ 10, con referencia a la STC 49/1999, FJ 5).

Por supuesto, se trata de un criterio discutible. Que la policía actúe en la creencia fundada de actuar conforme a Derecho, de acuerdo con el criterio jurisprudencial, no excluye la existencia de una violación objetiva de un derecho fundamental, que sólo al TC corresponde decidir en última instancia. Ésta es la razón del voto discrepante, favorable a la estimación del amparo en lo que se refiere a la condena por tenencia ilícita de armas.

STC 31/2003, de 13 de febrero.

RA: Desestimado.

Ponente: García Manzano.

Conceptos: Vulneración de los derechos a la igualdad, a la integridad y a la tutela judicial efectiva; indemnización que aplica los baremos legales.

Preceptos de referencia: Artículos 14, 15 y 24.1 CE.

Las demandantes sufrieron en un accidente de circulación lesiones determinantes de incapacidad temporal y obtuvieron sendas indemnizaciones en el juicio de faltas sustanciado. Entienden, no obstante, que el resarcimiento por los daños sufridos no ha sido íntegro, por cuanto el concepto indemnizatorio reclamado de gastos de asistencia domiciliaria no les fue reconocido por las sentencias recaídas en el proceso penal. Las recurrentes postulan que se ha vulnerado el principio de igualdad, y los derechos a la integridad y a la tutela judicial efectiva.

Frente a tal pretensión, el Tribunal señala que solamente si las demandantes hubieren demostrado en el proceso *a quo* que los gastos cuya indemnización pretenden fueron, efectivamente, realizados y acreditados y vinculados a la curación de sus lesiones, podría en su caso entenderse vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva. Pero como no se ha producido la acreditación debida de dichos gastos en el proceso, resulta clara la falta de base del amparo solicitado, por lo que se procede a su denegación.

STC 46/2003, de 3 de marzo.

RA: Estimado.

Ponente: Gay Montalvo.

Conceptos: Igualdad en la aplicación de la ley y tutela judicial efectiva. Vulneración al apartarse del criterio sostenido anteriormente por la misma Sala en un recurso anterior interpuesto por la misma recurrente en un supuesto similar.

Preceptos de referencia: Artículos 14 y 24 CE.

La sociedad recurrente compró una finca inscrita en el Registro de la Propiedad con dos anotaciones preventivas de embargo, consignando las cantidades de las que respondía por cada embargo y solicitando la cancelación de las anotaciones. La pretensión fue denegada por los Juzgados que habían acordado la traba, frente a cuyas resoluciones la interesada interpuso sendos recursos de apelación, que fueron resueltos de forma contradictoria por la misma Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Murcia.

Por un lado, el Auto de 31 de mayo de 1999 estima el primer recurso y ordena la cancelación de embargo en base a los principios de especialidad, presunción de veracidad y publicidad registral, pilares de la seguridad jurídica, argumentando que el Registro de la Propiedad garantiza al tercero que la cantidad que consta en el mismo para pago de principal, intereses, gastos y costas será la máxima que haya de abonarse para levantar el embargo trabado antes de adquirir la finca, pues se presume su condición de tercero de buena fe cuando la adquiere a título oneroso de quien estaba facultado para transmitir el bien.

Por otro lado, el Auto de 14 de marzo de 2000 desestima el segundo recurso, al considerar que la consignación de las cantidades a que se extendía la responsabilidad de la finca según el Registro no era suficiente para obtener la cancelación de la anotación de embargo. Considera el Auto que la finalidad propia de la anotación preventiva de embargo es enervar el juego del principio de fe pública registral evitando la aparición de terceros adquirentes de buena fe que pudieran ampararse en los artículos 34 y concordantes de la LH. La recurrente no puede alegar su condición de tercero de buena fe, ya que en el momento de la adquisición se había practicado la anotación de embargo, así como también la nota marginal sobre expedición de la certificación de cargas en el procedimiento de apremio seguido por el ejecutante por lo que, de haber actuado con la diligencia mínima exigible, habría podido tener acceso al procedimiento con objeto de conocer el importe total de lo reclamado por el ejecutante.

Entiende el TC que: «la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Murcia resuelve la cuestión planteada en los dos recursos de apelación [...] donde se enjuiciaba un supuesto sustancialmente idéntico (...) mediante dos resoluciones que si bien resultan contradictorias, aisladamente consideradas suponen dos decisiones suficientemente motivadas y con apoyo en dos interpretaciones y aplicaciones de las normas civiles, procesales e hipotecarias pertinentes al caso que no pueden reputarse ni arbitrarias ni irrazonables» [FJ 2 c)]. Desde este punto de vista, por tanto, no habría habido vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, pues éste comprende el derecho a obtener de los jueces y tribunales una decisión motivada y fundada en Derecho sobre el fondo de la pretensión deducida, pero no garantiza el acierto de la decisión judicial respecto a la solución del caso concreto. Ahora bien, en este caso es el mismo órgano judicial el que ha dado –a una misma persona además– dos respuestas diferentes y contradictorias sin explicación alguna, implícita o explícita, que justifique el cambio de criterio. Con ello se produce un resultado arbitrario y contrario al principio de igualdad en la aplicación de la Ley.

STC 48/2003, de 12 de marzo.

RI: Desestimado.

Ponente: Jiménez de Parga.

Conceptos: Creación de partidos políticos y derecho de asociación.

Capacidad limitada a los españoles. Carácter constitutivo de la inscripción en el Registro de Partidos Políticos. Legitimación del Ministerio del Interior para ser parte del proceso de inscripción registral.

Preceptos de referencia: Artículos 1.1, 3, 12.3 LOPP; artículos 22, 23, 13, 6 CE y artículo 1.3, 2 LODA.

Por parte del Gobierno vasco se plantea recurso de inconstitucionalidad en relación a determinados artículos de la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de

junio, de partidos políticos (LOPP). El recurso se fundamenta en varias alegaciones de las cuales nos interesan las relativas a la supuesta infracción del contenido del derecho de asociación.

1) *Capacidad para la creación de partidos políticos y derecho de asociación.*—El Gobierno Vasco sostiene que es inconstitucional la delimitación del ámbito subjetivo para crear partidos que realiza el artículo 1, limitándolo a los españoles. En este caso, el recurrente recuerda que el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación (LODA), reconoce a todas las personas, nacionales o no, capacidad para constituir asociaciones.

El Abogado del Estado alega que la justificación de la diferencia de trato se encuentra en el artículo 13 de la Constitución, que reserva a los españoles los derechos del artículo 23 CE, con la posible excepción de las elecciones municipales y europeas para los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea. En parecidos términos, el representante procesal del Senado insiste en la legitimidad de la Ley Orgánica de Partidos Políticos como Ley especial frente al régimen común de la Ley Orgánica reguladora del derecho de asociación.

El Tribunal ante esta cuestión establece que no puede merecer reproche que el legislador orgánico haya reservado a los españoles el derecho de crear partidos políticos, derecho que, garantizado por el artículo 23 CE, tiene por titulares únicamente a los españoles (art. 13.2 CE).

2) *Creación de partidos, carácter constitutivo de la inscripción e intervención de la Administración en el procedimiento.*—Otra cuestión es la impugnación por el Gobierno Vasco del régimen de constitución e inscripción registral de partidos establecido por la ley Orgánica 6/2002. En su opinión, el hecho que la inscripción tenga carácter constitutivo contradice al artículo 22.3 CE. También la intervención de la Administración en el procedimiento de inscripción, así como su posición privilegiada en el incidente de ejecución previsto por el artículo 12.3 LOPP entorpece el proceso de adquisición de la personalidad jurídica por el partido político y dificulta gravemente el derecho de asociación.

Opone a ello el Abogado del Estado que no puede considerarse razón de inconstitucionalidad el que una Ley como la recurrida se aparte de la solución ofrecida por la Ley común (LODA) y aduce que el hecho de que la personalidad jurídica se adquiera con la inscripción es la solución más acorde con la naturaleza de los partidos políticos. Por lo demás, la intervención de la Administración en el procedimiento de inscripción y en el incidente de ejecución, en su opinión, se ajustaría a la doctrina constitucional establecida en la STC 3/1981. El representante del Senado, por su parte, insiste en la equivocada equivalencia entre asociaciones y partidos sobre la que descansa la impugnación del Gobierno Vasco.

El Tribunal determina que al establecer el artículo 3.2 LOPP que: «los partidos políticos adquieren personalidad jurídica por la inscripción en el Registro de Partidos Políticos», no se produce infracción alguna del principio de libertad de creación de los partidos políticos. Tampoco contradice el texto constitucional el hecho de facultar a la Administración estatal, en concreto al Ministerio del Interior, para ejercer un control material en el procedimiento de inscripción de los partidos. Considera, por tanto, desestimado el recurso puntualizando que los artículos 3.1, 5.1, 9.2 y 3 y la disposición transitoria única, apartado segundo, de la LOPP, sólo son constitucionales si se interpretan en los términos señalados en los fundamentos jurídicos de esta sentencia.

STC 76/2003, de 23 de abril.

RA: Estimado parcialmente.

Ponente: Conde Martín de Hijas.

Conceptos: Vulneración del derecho de asociación: colegiación obligatoria de los funcionario locales de habilitación nacional.

Preceptos de referencia: Artículos 22 y 14 CE.

Ante todo debe ponerse de relieve que el problema planteado en el presente recurso guarda una total identidad con los que han sido objeto de recurso de amparo resuelto por otras sentencias del Tribunal Constitucional: 96/2003, de 22 de mayo; 108/2003, de 2 de junio; 120/2003, de 16 de junio; 149/2003, de 14 de julio; 162/2003, de 15 de septiembre; 183/2003, de 20 de octubre; 210/2003, de 1 de diciembre; 216/2003, de 1 de diciembre; 217/2003, de 1 de diciembre, y 227/2003, de 15 de diciembre.

1) *Falta de justificación de la exigencia de colegiación obligatoria.*—Contra lo que en otras ocasiones sucede, en este caso la exigencia de colegiación obligatoria no se presenta como un instrumento necesario para la ordenación de la actividad profesional de los Secretarios, Interventores y Tesoreros de la Administración Local con habilitación de carácter nacional, a fin de garantizar el correcto desempeño de la misma y los intereses de quienes son los destinatarios de los servicios prestados por dichos profesionales. Hay que tener en cuenta, también, que los miembros del colegio referido son funcionarios públicos que ejercen su actividad profesional exclusivamente en el ámbito de la Administración Pública, siendo ésta la destinataria inmediata de los servicios prestados por ellos. Por todo ello, el Tribunal concluye que la resolución judicial impugnada lesiona el derecho a la libertad de asociación en su vertiente negativa lo que conduce a la anulación de dicha sentencia.

2) *Diferencias entre Comunidades Autónomas y principio de igualdad.*—El demandante de amparo considera que también ha resultado vulnerado el principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución, dado que la colegiación obligatoria de los Secretarios, Interventores y Tesoreros de la Administración local no es exigida en todas las Comunidades Autónomas.

Esta cuestión es desestimada por el Tribunal, ya que el principio constitucional de igualdad no impone que todas las comunidades autónomas ostenten las mismas competencias ni, menos aún, que tengan que ejercerlas de una manera o con un contenido y unos resultados idénticos o semejantes. La autonomía significa precisamente la capacidad de cada Comunidad para ejercer sus propias competencias, en el marco de la Constitución y del Estatuto y de ello no resulta infringido el principio de igualdad.

STC 94/2003, de 19 de mayo.

RA: Desestimado.

Ponente: Jiménez Sánchez.

Conceptos: Derecho a la libertad y *habeas corpus*. Menores. Privación de la guarda y custodia por parte de la Administración.

Preceptos de referencia: Artículo 17.4 CE.

El día 4 de junio de 2001, don Antonio I. P. solicitó ante el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Málaga, que se iniciara procedimiento de *habeas cor-*

pus, poniendo de manifiesto que era padre del menor M. I. P., ingresado desde hacía casi quince días en un determinado centro dependiente del Servicio de Atención al Menor de la Junta de Andalucía.

En el escrito hizo constar que el referido ingreso venía motivado por la llamada de una profesora del colegio, la cual había observado que el menor presentaba en su cara signos de haber sido golpeado. Reconocía el instante que, efectivamente, había golpeado a su hijo tras haber intentado éste cruzar la calle por una zona donde le había advertido que podía atropellarle un coche, ante lo cual reaccionó con una acción de defensa o rabia provocada por el susto de que pudiera haber sufrido su hijo lesiones importantes. Continuaba afirmando que el niño estaba retenido en el centro sin razón alguna, ya que, aun cuando reconocía que se había excedido en el intento de educar a su hijo, entendía que ello no era motivo para alejarle de éste, alejamiento que podría afectar al menor más que las dos bofetadas que le dio. Por todo ello consideraba que se había producido una extralimitación en la actuación del Servicio de Atención al Menor y que el niño se hallaba privado de libertad indebida e ilegalmente, por lo cual solicitaba que se acordara su puesta en libertad y su devolución a la guarda y custodia de su padre.

El Juez acordó inadmitir a trámite la solicitud de *habeas corpus* por ser improcedente. En el recurso de amparo se impugna la resolución, aduciendo la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y del derecho a la libertad (art. 17 CE). Se sostiene que la resolución impugnada habría inadmitido a trámite la solicitud en virtud de un juicio sobre la legalidad de la situación de privación de libertad que resulta propio de la valoración del fondo y no del análisis de los factores determinantes de la decisión sobre la admisión o la inadmisión de la solicitud de la apertura del proceso de *habeas corpus*, por lo cual la inadmisión a *limine* acordada habría supuesto una vulneración del artículo 17 CE.

1) *Sobre el rechazo a limine de las solicitudes de habeas corpus.*—En relación al primer tema, la sentencia señala que el Tribunal Constitucional: «Se ha pronunciado en reiteradas ocasiones sobre el reconocimiento constitucional del procedimiento de *habeas corpus* en el artículo 17.4 CE, como garantía fundamental del derecho a libertad, y en qué medida puede verse vulnerado por las resoluciones judiciales de inadmisión a trámite de la solicitud de *habeas corpus*, generando una consolidada doctrina que puede resumirse en los siguientes extremos»:

a) El procedimiento de *habeas corpus* previsto en el inciso primero del artículo 17.4 CE, y desarrollado por la Ley Orgánica 6/1984, de 6 de mayo (en adelante, LOHC), supone una garantía reforzada del derecho a la libertad para la defensa de los demás derechos sustantivos establecidos en el resto de los apartados del artículo 17 de la Constitución Española, cuyo fin es posibilitar el control judicial *a posteriori* de la legalidad y de las condiciones en las cuales se desarrollan las situaciones de privación de libertad no acordadas judicialmente mediante la puesta a disposición judicial de toda persona que se considere está privada de libertad ilegalmente (por todas, SSTC 263/2000, de 30 de octubre, F. 3, y 232/1999, de 13 de diciembre, F. 4).

b) El procedimiento de *habeas corpus*, aun siendo un proceso ágil y sencillo, de cognición limitada, no puede verse reducido en su calidad o intensidad, por lo que es necesario que el control judicial de las privaciones de libertad que se realicen a su amparo sea plenamente efectivo. De lo contrario, la actividad judicial no sería un verdadero control, sino un mero expediente ritual o de carácter simbólico, lo cual, a su vez, implicaría un

menoscabo en la eficacia de los derechos fundamentales y, en concreto, de la libertad (por todas, SSTC 224/2002, de 25 de noviembre, F. 5; 288/2000, de 27 de noviembre, F. 6, y 287/2000, de 27 de noviembre, F. 3).

c) De acuerdo con la específica naturaleza y finalidad constitucional de este procedimiento, y teniendo en cuenta su configuración legal, adquiere especial relevancia la distinción, explícitamente prevista en los artículos 6 y 8 LOHC, entre el juicio de admisibilidad y el juicio de fondo sobre la licitud de la detención objeto de denuncia. Y ello porque, en el trámite de admisión, no se produce la puesta a disposición judicial de la persona cuya privación de libertad se reputa ilegal, tal y como pretende el artículo 17.4 CE, ya que la comparecencia ante el Juez de dicha persona sólo se produce, de acuerdo con el párrafo 1 del artículo 7 LOHC, una vez que el Juez ha decidido la admisión a trámite mediante el Auto de incoación (por todas, SSTC 287/2000, de 27 de noviembre, F. 4; 233/2000, de 2 de octubre, F. 5; 209/2000, de 24 de julio, F. 5; 208/2000, de 24 de julio, F. 5, y 179/2000, de 26 de junio, F. 5).

d) De ese modo, aun cuando la Ley Orgánica reguladora del procedimiento de *habeas corpus* permita realizar un juicio de admisibilidad previo sobre la concurrencia de los requisitos para su tramitación, posibilitando denegar la incoación del procedimiento, previo dictamen del Ministerio Fiscal, la legitimidad constitucional de tal resolución liminar debe reducirse a los supuestos en los cuales se incumplan los requisitos formales (tanto los presupuestos procesales como los elementos formales de la solicitud) a los que se refiere el artículo 4 LOHC (por todas, SSTC 287/2000, de 27 de noviembre, F. 4, y 263/2000, de 30 de octubre, F. 3). Por ello, si se da el presupuesto de la privación de libertad y se cumplen los requisitos formales para la admisión a trámite, no es lícito denegar la incoación del *habeas corpus* (por todas, SSTC 224/2002, de 25 de noviembre, F. 5; 288/2000, de 27 de noviembre, F. 6, y 209/2000, de 24 de julio, F. 5). Así, como ha recordado, entre otras, la STC 233/2000, de 2 de octubre, F. 5, este Tribunal ha admitido el rechazo liminar en supuestos en los cuales no se daba el presupuesto de privación de libertad (SSTC 62/1995, de 29 de marzo, F. 4, ó 26/1995, de 6 de febrero, F. 5) o de falta de competencia del órgano judicial (SSTC 25/1995, de 6 de febrero, F. 2; 1/1995, de 10 de enero, F. 6; 106/1992, de 1 de julio, F. 3, y 194/1989, de 16 de noviembre [RTC 1989, 194], F. 6).

e) Por ello, en los casos en los cuales la situación de privación de libertad exista (requisito que, junto con los exigidos en el art. 4 de la Ley Orgánica 6/1984, es preciso cumplir para poder solicitar la incoación de este procedimiento –por todas, STC 179/2000, de 26 de junio, F. 5–), si hay alguna duda en cuanto a la legalidad de las circunstancias de ésta, no procede acordar la inadmisión, sino examinar dichas circunstancias, ya que el enjuiciamiento de la legalidad de la privación de libertad, en aplicación de lo previsto en el artículo 1 LOHC, debe llevarse a cabo en el juicio de fondo, previa comparecencia y audiencia del solicitante y demás partes, con la facultad de proponer y, en su caso, practicar pruebas, según dispone el artículo 7 LOHC, pues, en otro caso, quedaría desvirtuado el procedimiento de *habeas corpus*. De ese modo, no es posible fundamentar la improcedencia de la inadmisión de este procedimiento cuando ésta se funda en la afirmación de que el recurrente no se encontraba ilícitamente privado de libertad, precisamente porque el contenido propio de la pretensión formulada en el *habeas corpus* es el de determinar la licitud o ilicitud de dicha privación (por todas, SSTC 224/2002, de 25 de noviembre, F. 5;

288/2000, de 27 de noviembre, F. 6; 233/2000, de 2 de octubre, F. 5; 209/2000, de 24 de julio, F. 5, y 208/2000, de 24 de julio, F. 5).

f) Por lo que respecta a la existencia de una situación de privación de libertad, como presupuesto para la admisibilidad del *habeas corpus*, se ha reiterado que debe cumplirse una doble exigencia. Por un lado, que la situación de privación de libertad sea real y efectiva, ya que, si no ha llegado a existir tal situación, las reparaciones que pudieran proceder han de buscarse por las vías jurisdiccionales adecuadas (SSTC 62/1995, de 29 de marzo, F. 4, y 26/1995, de 6 de febrero, F. 5), de tal modo que: «cuando el recurrente no se encuentra privado de libertad, la misma podía ser denegada de modo preliminar, en virtud de lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley Orgánica 6/1984, puesto que en tales condiciones no procedía incoar el procedimiento» (STC 62/1995, de 29 de marzo, F. 4). Y, por otra parte, que la situación de privación de libertad no haya sido acordada judicialmente, ya que sólo en estos supuestos tendría sentido la garantía que instaura el artículo 17.4 CE de control judicial de la privación de libertad, de modo que es plenamente admisible el rechazo liminar de la solicitud de *habeas corpus* contra situaciones de privación de libertad acordadas judicialmente (AATC 115/1997, de 21 de abril, F. 1; 316/1996, de 29 de octubre, F. 2; 447/1989, de 18 de septiembre, F. 1, o 443/1987, de 8 de abril, F. 2). En tal sentido este Tribunal ya ha afirmado que tienen el carácter de situaciones de privación de libertad no acordadas judicialmente y, por tanto, que con independencia de su legalidad no pueden ser objeto de rechazo liminar las solicitudes de *habeas corpus* dirigidas contra ellas, además de las detenciones policiales, que resultan los supuestos más normales, las detenciones impuestas en materia de extranjería (SSTC 179/2000, de 26 de junio, F. 2; 174/1999, de 27 de septiembre, F. 4; 86/1996, de 21 de mayo, F. 12; 21/1996, de 12 de febrero, F. 5, y 115/1987, de 7 de julio, F. 1) o las sanciones de arresto domiciliario impuestas en expedientes disciplinarios por las autoridades militares (SSTC 233/2000, de 2 de octubre, F. 6; 209/2000, de 24 de julio, F. 6; 208/2000, de 24 de julio, F. 6, ó 61/1995, de 19 de marzo, F. 4), incluso cuando se impongan «sin perjuicio del servicio» (STC 31/1985, de 5 de marzo, F. 3).

«En conclusión, la inadmisión liminar de un procedimiento de *habeas corpus* basada en la legalidad de la situación de privación de libertad supone, en sí misma, una vulneración del artículo 17.4 CE, al implicar una resolución sobre el fondo que sólo puede realizarse una vez sustanciado el procedimiento. Los únicos motivos legítimos para inadmitir un procedimiento de *habeas corpus* serán los basados, bien en la falta del presupuesto mismo de la situación de privación de libertad, bien en la no concurrencia de sus requisitos formales (FJ.3).»

2) *Internamiento de menores y privación de libertad.*—Por tanto es necesario aclarar cuáles fueron las razones esgrimidas para declarar improcedente la incoación del procedimiento. El Auto impugnado, al analizar la admisibilidad del recurso, lo declaró improcedente alegando, entre otros motivos, que: «Nos encontramos, en el presente caso, con una resolución administrativa dictada por órgano competente, en concreto por el Servicio de Atención al Menor de la Junta de Andalucía, órgano al que está atribuida la adopción de este tipo de medidas, las cuales, por otro lado, obvio es decirlo, están encaminadas no a privar de libertad a los menores objeto de las mismas, sino a protegerlos, apartándolos momentáneamente o definitivamente, de su entorno familiar. El Centro en donde se encuentra el menor, como tam-

bién resulta evidente, tiene por finalidad la protección del afectado y su educación».

El hecho de que la resolución impugnada haya incurrido, en una parte de su razonamiento, en una motivación que resultaría *a priori* vulneradora del derecho del artículo 17.4 CE, no puede implicar que, necesariamente, dicha resolución lesione ese derecho fundamental. «Lo determinante para apreciar la mencionada vulneración es que el órgano judicial haya impedido con su resolución liminar la posibilidad de la inmediata puesta a disposición judicial de una persona en situación de privación de libertad no acordada judicialmente, y, en la medida en que en el razonamiento del Auto impugnado la decisión de inadmisión se fundamenta también en la ausencia del presupuesto mismo de que el menor se encuentre en una situación de privación de libertad, no cabe apreciar automáticamente la vulneración aducida. A esta conclusión no puede ser óbice el hecho de que expresamente el Auto impugnado haya afirmado que la incoación del procedimiento resulta improcedente por no encontrarse en ninguno de los supuestos del artículo 1 LOHC, ya que ello no puede interpretarse en el sentido de que la única consideración determinante para la inadmisión sea la legalidad de la situación en la cual se encontraba el menor, pues de ese mismo artículo también se deriva la exigencia de que concurra una situación de privación de libertad como presupuesto fundamental de la admisibilidad del recurso de *habeas corpus* (FJ 4).»

En relación al tema de si el internamiento del menor en un centro de acogida constituye un supuesto de privación de libertad el TC señala que: «objetivamente la situación fáctica de permanencia en el centro no suponía una situación de compulsión contra el menor más allá del deber inherente a quien ejerce la guarda y custodia de tenerlo en su compañía, por lo que no resulta posible calificar la situación creada de privativa de libertad y, por tanto, considerarla objeto de control judicial a través del procedimiento de *habeas corpus* (FJ 6).»

STC 95/2003, de 22 de mayo.

RI: Estimado parcialmente.

Ponente: Jiménez Sánchez. Votos particulares de Conde Martín de Hijas, García-Calvo y Rodríguez-Zapata.

Conceptos: Estatuto de los extranjeros. Derechos de la persona y derechos de los ciudadanos. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión. Alcance de la justicia gratuita para extranjeros.

Preceptos de referencia: Artículo 2 LAJG. Artículos 24 y 53.1 CE.

Recurso de inconstitucionalidad promovido por el Defensor del Pueblo contra el inciso *que residan legalmente en España* del apartado a) del artículo 2 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, al entender que vulnera los artículos 24 y 53.1 CE por no respetar el contenido esencial del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

El Defensor del Pueblo afirma que el derecho de asistencia gratuita sólo se reconoce con plenitud a los extranjeros legalmente residentes, de tal manera que los que se encuentran en España ilegalmente sólo disfrutaban de asistencia gratuita en los procesos penales [apdo. e) art. 2] y contencioso-administrativos referentes al derecho de asilo [apdo. f), art. 2], quedando fuera de la

cobertura de este derecho todas aquellas cuestiones relativas al *status* personal de los extranjeros no residentes legalmente y que no guarden relación con la jurisdicción penal ni con el derecho de asilo. Denuncia, por lo tanto, aquellos casos donde se impone una sanción de expulsión, cuya competencia corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa, y para acudir a la misma es preceptiva asistencia jurídica de Letrado y eventualmente Procurador. En estos casos, cuando un extranjero, residente ilegal en España, carece de recursos económicos, se ve impedido de ejercitar su derecho a obtener tutela judicial efectiva.

El TC recoge la doctrina asentada sobre la relación existente entre el derecho a la asistencia jurídica gratuita de quienes carecen de recursos para litigar (art. 119 CE) y el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE); así, cita la STC 183/2001, de 17 de septiembre, que recoge la doctrina de la STC 117/1998, de 2 de junio; la 138/1988, y la 16/1994. En base a esta doctrina concluye que, de acuerdo con el inciso primero del artículo 119 CE, *cuando así lo disponga la Ley*, el derecho a la justicia gratuita no es un derecho absoluto e ilimitado, sino un derecho prestacional y de configuración legal, correspondiendo al legislador ordinario configurar este concepto normativo.

Sin embargo, esta libertad de configuración legal no tiene carácter absoluto, sino que según el inciso segundo del propio artículo 119 CE la gratuidad de la justicia se reconocerá *en todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar*, estableciéndose un contenido constitucional indisponible que obliga a reconocer el derecho a la justicia gratuita respecto a todas las personas físicas titulares del derecho a la tutela judicial efectiva que acrediten insuficiencia de recursos económicos para litigar, tanto españolas como extranjeras, puesto que, como derecho fundamental, pertenece a la persona en cuanto a tal y no como ciudadano.

STC 101/2003, de 2 de junio.

RA: Estimado.

Ponente: Delgado Barrio.

Conceptos: Críticas a Rector vertidas en la prensa por un profesor.

Libertad de cátedra. Honor y libertad de expresión. Informar y opinar. Críticas a cargo público por parte de un funcionario. Peculiaridades del funcionariado universitario. Relevancia y notoriedad del asunto. Críticas ácidas y duras, pero admisibles.

Preceptos de referencia: Artículo 20.1 CE, párrafos c), d) y e).

El demandante de amparo, catedrático de universidad, había publicado en el *Diario de Las Palmas* un artículo «en el que se vertían críticas contra la Universidad y sus cargos directivos con ocasión de las decisiones tomadas con respecto a la ubicación y planificación del “Campus del Mar”. Este artículo contenía las siguientes afirmaciones [...]: 1) “Planificar un ‘Campus del Mar’ sin efectuar ningún tipo de consulta, asesoramiento, información, estudio, ni debate. No existe ningún acuerdo previo en ningún órgano de gobierno de la Universidad, ni de la FCM (Facultad de Ciencias del Mar), ni de la Junta de Gobierno, ni del Claustro, ni del propio Consejo Social”; 2) “Negociar la permuta de un maravilloso terreno de 212.000 metros cuadrados propiedad de la ULPGC (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria) para usos universitarios en La Mareta-Alcampo, por un encajonado solar

de 13.000 metros cuadrados (¿No suena ‘raro’? ¿Será, este sí, un pecado... de capital?); 3) “Prometer en campaña electoral que antes de tomar decisión alguna sobre la Facultad de Ciencias del Mar se consultaría la opinión de la FCM y, tras ganar las elecciones, firmar a escondidas, con oscurantismo y alevosía, un Convenio al cual la FCM ha informado, por acuerdo de su Junta de Gobierno y Decano, que tiene objeciones justificadas y ha recabado al Rector información y alternativas”; 4) Refiriéndose a la financiación del Instituto de Algología aplicada: “A la ULPGC (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria) no le ha costado un duro de inversión y los fondos que aportaba para cofinanciar su mantenimiento los ha retirado hace dos semanas sin explicación alguna”; 5) “La Junta de la Facultad de Ciencias del Mar en su sesión ordinaria celebrada el nueve de diciembre de mil novecientos noventa y ocho acordó, por unanimidad, considerar favorablemente la posibilidad de ubicar la FCM en el Confital. Resulta evidente que esta decisión unánime sólo puede explicarse porque la Junta de Facultad ‘carece de asesores a sueldo del campus del Mar’... ¿de quién es la Universidad?... pertenece a los geniales asesores a sueldo”.» [Antecedente 2, b)].

Como cabía esperar de una institución secularmente dedicada al debate libre... el profesor fue expedientado y, finalmente, sancionado como «autor de una falta leve por incorrección con la Universidad y sus superiores, tipificada en el artículo 8.c) del Reglamento de régimen disciplinario de los funcionarios públicos, Real Decreto 33/1986, de 10 de enero (“La incorrección con el público, superiores, compañeros o subordinados”))» [Antecedente 2.c)]. Ironías aparte, no cabe pasar por alto que el debate no afectaba a la teoría de la evolución de las especies o a los límites éticos de la biotecnología sino a decisiones de tipo administrativo. En otras palabras, no afectaba a la Ciencia sino al gobierno de la universidad.

El recurso contencioso-administrativo del catedrático fue estimado en primera instancia, pero a la postre el Tribunal Superior de Justicia de Canarias confirmó la sanción. En su sentencia «se razonaba que el demandante de amparo había atribuido al equipo rectoral una conducta carente de rectitud e integridad en el obrar, lo que debía reputarse, como mínimo, como una falta leve de incorrección. Ese tipo disciplinario no lesiona la libertad de expresión, sino que más bien la limita y es consecuencia de los principios de autoridad y jerarquía que rigen el régimen funcional (STC 81/1983)» [Antecedente 2, e)].

El sancionado recurrió en amparo alegando la inevitable violación del derecho a la tutela judicial, de la libertad de cátedra y de las libertades de información y opinión.

1) *La libertad de cátedra no estaba en juego.*—Dejando a un lado la pretendida violación del derecho a la tutela judicial (en realidad, una simple discrepancia en cuanto al sentido y argumentos de la sentencia), el catedrático sancionado no invocó la libertad de cátedra, reconocida y tutelada en el artículo 20.1.c) CE, hasta el recurso de amparo. Bastaría este dato para dejarla al margen del recurso; y así lo hace el TC, pero no sin una argumentación de fondo indicativa de que el resultado habría sido el mismo aunque la invocación se hubiera producido en la vía judicial: «el contenido del artículo litigioso —emplazamiento del Campus del Mar— estaba muy lejos del ámbito propio de la libertad de cátedra, que se refiere a las “ideas o convicciones que cada profesor asume como propias en relación a la materia objeto de su enseñanza” (STC 212/1993, de 28 de junio, F. 4)» [FJ 2, a)].

2) *Hechos y opiniones.*—En el artículo se mezclaban hechos (derecho a dar y recibir información) y opiniones (libertad de expresión). Pero «ha de entenderse, como con acierto indica el Ministerio Fiscal, que nos encontramos ante un caso de libertad de expresión en sentido estricto, puesto que, aunque en aquél se incluyen diversos hechos, lo que prima es la defensa por el firmante de sus opiniones acerca de las circunstancias de todo tipo que han concurrido en la ubicación de la Facultad de Ciencias del Mar y temas conexos, de modo que al mezclarse “elementos de una y otra significación debe atenderse al que aparezca como preponderante o predominante para subsumirlos en el correspondiente apartado del artículo 20.1 CE” (por todas, STC 4/1996, de 16 de enero, F. 3) y, en el caso que nos ocupa, es claro que dicho elemento preponderante es el que corresponde a la libertad de expresión» [FJ 2, c)].

3) *La libertad de expresión de los funcionarios universitarios.*—Para establecer el alcance y límites de la libertad de expresión, el TC considera particularmente relevantes dos datos (el carácter de cargo público del Rector y la condición de funcionario del autor de la críticas), que juegan, respectivamente, a favor y en contra de la citada libertad. Los cargos públicos deben aceptar un nivel de crítica mayor que los simples particulares y, por contra, los funcionarios están sujetos a deberes que no afectan al resto de los ciudadanos. Sin embargo, la condición de funcionario no elimina la libertad de expresión: «Si bien “en una primera etapa del constitucionalismo europeo [...] solía exigirse a los funcionarios públicos una fidelidad silente y crítica respecto a instancias políticas superiores y, por consiguiente, una renuncia [...] al uso de determinadas libertades y derechos”, tras la Constitución Española de 1978 hay factores que “contribuyen a esbozar una situación del funcionario en orden a la libertad de opinión y a la de sindicación mucho más próxima a la del simple ciudadano” (F. 2, STC 81/1983; en el mismo sentido, SSTC 141/1985 y 69/1989)» (FJ 4). Por otra parte existen diferencias entre los diversos cuerpos de funcionarios: «Dadas las peculiaridades de la Administración pública es posible construir ciertos límites al ejercicio del citado derecho, límites que, sin embargo, dependerán de manera decisiva del tipo de funcionario de que se trate (SSTC 371/1993, de 13 de diciembre, F. 4, y 29/2000, de 31 de enero, F. 5). También tendrá relevancia el que la actuación tenga lugar en calidad de ciudadano o de funcionario y el que la misma ponga o no públicamente en entredicho la autoridad de sus superiores y comprometa el buen funcionamiento del servicio» (FJ 4). En el caso de autos resulta de particular relevancia el hecho de que el sancionado fuera un profesor universitario: «Los vínculos jerárquicos del profesorado funcionario universitario son sensiblemente más débiles que los propios de otros cuerpos funcionariales. La intensidad de la disciplina impuesta a los funcionarios está en relación directa con la necesidad de la sujeción jerárquica como garantía de la eficacia (art. 103.1 CE 1978) de la correspondiente estructura administrativa. No es ajena a esta consideración la peculiar naturaleza de las Universidades en el ámbito de las formas del Derecho de la organización administrativa, en el que aquéllas eran consideradas formalmente, por parte de la doctrina, como integrantes de la Administración institucional, conforme al modelo del establecimiento público, denominado frecuentemente en nuestro Derecho positivo como “organismo autónomo”. En su estructura y organización, sin embargo, la Universidad se acerca más al modelo de las corporaciones, pues se gobierna por la voluntad interna de sus miembros y se estructura conforme a modelos de representación democrática, en cuyo seno los vínculos de dependencia jerárquica de los profesores funcionarios, sin dejar de existir, son notoriamente más tenues

que en el ámbito de otras formas organizativas de la Administración –artículos 27.10 CE, y 2, 4 y 12 de la Ley Orgánica 11/1983, de 25 de agosto, de Reforma Universitaria–, vigente a la sazón, y hoy artículos 2, 6.2 y 3 de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades. Como indica el Ministerio Fiscal, y en relación con el objeto del artículo que dio lugar a la resolución sancionadora –concreción del emplazamiento del Campus del Mar–, la libertad de expresión del Catedrático aquí demandante ha de considerarse prácticamente idéntica a la de cualquier ciudadano» [FJ 5, c)].

Sobre esta base –y no sin insistir en el carácter de cargo público del Rector y en la relevancia y notoriedad del debate, aireado en varios artículos de prensa–, el TC concluye que el profesor actuó dentro de los límites de la libertad de expresión: «Así las cosas, ha de concluirse que las expresiones contenidas en dicho artículo no pueden calificarse de insultantes o descalificadoras. Es cierto que el tono es muy crítico, pero no se exceden en ningún momento los límites establecidos por la jurisprudencia constitucional ya citada, de modo que puede decirse que nos encontramos ante expresiones de carácter estrictamente crítico, sin duda ácidas, pero que no llegan a ser formalmente injuriosas e innecesarias al objeto de la expresión o información (por todas, STC 110/2000, de 5 de mayo, F. 9). No puede apreciarse extralimitación en su uso cuando el autor del artículo, hoy demandante de amparo, refiriéndose a la permuta de terrenos objeto de la controversia, se pregunta: “¿será, éste sí, un pecado... de capital?”, o cuando, en contraste con promesas electorales, se alude a la firma de un convenio “a escondidas, con oscurantismo y alevosía”. Más bien estamos ante expresiones duras, pero que hay que considerar en su contexto de debate abierto, en el que, conviene recordarlo, se habían vertido ya descalificaciones hacia el recurrente. Tales críticas, o son indeterminadas sin que se pueda fijar con claridad el supuesto ofendido, o no revisten la gravedad que permitiría calificarlas de excesivas y no protegidas por la libertad de expresión» (FJ 6).

STC 106/2003, de 2 de junio.

RA: Estimado.

Ponente: Gay Montalvo.

Conceptos: Vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación de la

Ley: Sentencia de casación contencioso-administrativa con un fallo diferente a otra dictada en un supuesto idéntico sin justificación.

Preceptos de referencia: Artículos 14 y 24 CE.

Dos funcionarios de carrera de la Diputación Provincial de Albacete interponen recurso al determinarse en las bases de las convocatorias respectivas que les sería asignado un complemento de dedicación exclusiva, puesto que el desempeño de sus plazas resultaba incompatible con cualquier actividad remunerada. La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha emite dos sentencias que con idéntica redacción concluían que debían reconocerse el derecho a percibir las cantidades que correspondieran por el concepto de incompatibilidad; sentencias que fueron recurridas por separado por la Diputación, obteniendo un resultado diferente.

La Sección Séptima de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, en Sentencia de 5 de diciembre de 2000 desestimó el recurso, reconociéndose el dere-

cho a percibir las cantidades por el concepto de incompatibilidad en el complemento específico. Mientras que, la misma Sala y Sección, en Sentencia de 4 de enero de 2001, estima el recurso a favor de la Diputación Provincial.

El TC considera vulnerado el derecho a la igualdad puesto que «dos ciudadanos han obtenido distintas respuestas judiciales en supuestos de hecho idénticos, sin que medie un razonamiento que lo justifique (STC 210/2002, de 11 de noviembre, FJ 4)» (FJ 3).

STC 109/2003, 5 de junio.

RRII acumulados: Estimados parcialmente.

Ponente: Vives Antón. Voto particular de García Manzano.

Conceptos: Transmisión de oficinas de farmacia. Competencias en materia de sanidad. Derecho a la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado. Derecho a la propiedad privada. Derecho al trabajo. Derecho al ejercicio de profesiones tituladas.

Preceptos de referencia: Artículos 33, 35.1, 36, 38, 149.1.1, 149.1.7 y 149.1.16 CE. Artículo 4 de la Ley 16/1997, General de Sanidad.

Recursos de inconstitucionalidad acumulados en relación a diversos preceptos de la Ley de la Comunidad Autónoma de Extremadura 3/1996, de 25 de junio, de Atención Farmacéutica, de la Ley de Castilla-La Mancha 4/1996, de 26 de diciembre, de Ordenación del Servicio Farmacéutico, y de la Ley estatal 16/1997, de 25 de abril, de Regulación de los Servicios de las Oficinas de Farmacia. En relación con esta materia (régimen de las oficinas de farmacia) puede verse, en esta misma reseña, la STC 152/2003.

En concreto, los términos del debate se centran en la constitucionalidad de las previsiones establecidas en las dos mencionadas regulaciones autonómicas en torno a las tres siguientes cuestiones: 1) El principio de intransmisibilidad de las autorizaciones administrativas exigidas para la apertura de oficinas de farmacia, así como la excepción que permite la transmisión por una sola vez de las autorizaciones existentes en el momento de entrada en vigor de ambas leyes; 2) La caducidad de las autorizaciones en determinados supuestos, y 3) La titularidad del farmacéutico sobre una sola farmacia, con exclusión de la cotitularidad.

1) *Competencias estatales y autonómicas en materia sanitaria. Carácter básico del principio de transmisibilidad de oficinas de farmacia.*—Con anterioridad al análisis de las expresadas disposiciones autonómicas, y teniendo en cuenta que el objeto del recurso hace referencia a un conflicto de competencias en materia de sanidad, donde le corresponde al Estado el establecimiento de la normativa básica (art. 149.1.16 CE), mientras que las comunidades autónomas recurrentes tienen atribuido el desarrollo legislativo y la ejecución de dichas bases (arts. 8.3 EAE y 32.3 EACM), el Tribunal analiza si la norma prevista en el artículo 4.1 de la Ley estatal 16/1997 —que permite la transmisibilidad de las oficinas de farmacia a favor de otro u otros farmacéuticos— puede considerarse como básica. Así, la mayoría del Pleno del Tribunal considera que la norma prevista en el artículo 4.1 de la Ley 16/1997 constituye normativa básica, competencia del Estado, por el razonamiento que la transmisibilidad o no de las oficinas de farmacia constituye un elemento estructural del diseño de la empresa farmacéutica y por la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado, que exige que

las distintas empresas de un mismo sector se hallen sometidas al mismo género de limitaciones básicas en todo el territorio nacional.

Discrepa de la mayoría el Magistrado García Manzano, quien formula voto particular al entender que la norma estatal del artículo 4.1 de la Ley 16/1997 no reviste carácter materialmente básico, en tanto que la transmisión de oficinas de farmacia no representa una cuestión *esencial para la prestación de la función asistencial-sanitaria* ni *configura los grandes trazos de la implantación territorial del servicio farmacéutico*. Además, el Magistrado discrepante considera que cabe interpretar el precepto en cuestión de forma que la transmisión de las oficinas de farmacia se constituya como una mera posibilidad y no como requisito imprescindible.

2) *Transmisibilidad de las autorizaciones administrativas*.—En consecuencia con este razonamiento, el Tribunal declara inconstitucionales aquellos preceptos de la leyes autonómicas (arts. 14.1 y DT 3.ª de la Ley 3/1996 y 38.1 y DT 2.ª de la Ley 4/1996) que proclaman la intransmisibilidad de las autorizaciones.

3) *Caducidad de las autorizaciones*.—En cuanto a la caducidad de las autorizaciones en determinados supuestos (cumplimiento de los setenta años, incapacitación o renuncia, entre otros) prevista en las normativas extremeña y castellano-manchega es considerada por el Tribunal conforme a la Constitución al no representar un impedimento general a la libre transmisión ni una vulneración de los derechos constitucionales al trabajo, a la propiedad privada ni al ejercicio de una profesión titulada, ni al principio de libertad de empresa.

4) *Cotitularidad de farmacias*.—Finalmente, en relación a la norma autonómica que excluye la cotitularidad (art. 20.2 de la Ley de Castilla-La Mancha 4/1996), el Tribunal considera que se trata de una norma inconstitucional por oponerse a la norma básica estatal que prevé la posibilidad de transmisión de las oficinas de farmacia a favor de más de un farmacéutico. No obstante, se aprecia la constitucionalidad de la norma autonómica que establece la titularidad del farmacéutico sobre una sola farmacia.

Por ello, el Tribunal estima, parcialmente, los recursos de inconstitucionalidad presentados por el Presidente del Gobierno planteados contra las citadas Leyes de Castilla-La Mancha y Extremadura.

STC 117/2003, de 16 de junio.

RA: Estimado.

Ponente: Vives Antón.

Conceptos: Libertad de expresión y defensa letrada. Recusación de Magistrados. Libertad de expresión reforzada de los abogados.

Preceptos de referencia: Artículos 20.1.a) y 24 CE; LOPJ.

El recurso tiene su origen en la sanción impuesta a un Letrado por la *gravedad de las descalificaciones* vertidas en el escrito de recusación de ciertos Magistrados: «En dicho escrito el demandante de amparo, actuando como Letrado del señor C., para quien solicitaba la suspensión de la ejecución de la pena impuesta, infería la enemistad manifiesta de los Magistrados de determinadas “resoluciones sistemáticamente adversas, infundadas, irrazonadas y desacertadas, que evidencian por sí solas el apasionamiento hostil, la animosidad y el encono intraprocesales de los magistrados hacia el ejecutado”» (FJ 1).

1) *Libertad de expresión reforzada.*—Para resolver la cuestión, el TC acude a su propia doctrina que configura la libertad de expresión de los Letrados como una libertad reforzada: «En nuestra jurisprudencia se parte de que el ejercicio de la libertad de expresión en el seno del proceso judicial por los Letrados de las partes, en el desempeño de sus funciones de asistencia técnica, posee una singular cualificación, al estar ligado estrechamente a la efectividad de los derechos de defensa del artículo 24 CE [...]. Consiste en una libertad de expresión reforzada cuya específica relevancia constitucional deviene de su inmediata conexión con la efectividad de otro derecho fundamental, el derecho a la defensa de la parte (art. 24.2 CE), y al adecuado funcionamiento de los órganos jurisdiccionales en el cumplimiento del propio y fundamental papel que la Constitución les atribuye (art. 117 CE). Por tales razones se trata de una manifestación especialmente inmune a las restricciones que en otro contexto habrían de operar [...] [STC 235/2002, FJ 2]» (FJ 2).

2) *Libertad de expresión frente a deber de respeto.*—Pero la libertad de expresión no es absoluta. «De ahí que resulte preciso cohonestar dos exigencias potencialmente opuestas, pero complementarias: el respeto a la libertad del Abogado en la defensa del ciudadano y el respeto por parte del Abogado de los demás sujetos procesales, que también participan en la función de administrar justicia (SSTC 38/1998, de 9 de marzo, F. 2, y 205/1994, de 11 de julio, F. 5). La primera exigencia aparece contemplada en el artículo 437.1 LOPJ, al disponer que “en su actuación ante los jueces y tribunales, los abogados son libres e independientes, se sujetarán al principio de buena fe, gozarán de los derechos inherentes a la dignidad de su función y serán amparados por aquéllos en su libertad de expresión y defensa”. La segunda de las exigencias antes apuntadas requiere, en reciprocidad, el respeto por parte del Abogado de las demás personas que también participan en la función de administrar justicia y tiene como consecuencia el que, a tenor del artículo 449.1 LOPJ, los abogados y procuradores puedan ser corregidos disciplinariamente ante los juzgados y tribunales «cuando en su actuación forense faltasen oralmente, por escrito o por obra, al respeto debido a los jueces y tribunales, fiscales, abogados, secretarios judiciales o cualquier persona que intervenga o se relacione con el proceso» (SSTC 38/1988, de 9 de marzo, F. 2; 157/1996, de 15 de octubre, F. 5, y 79/2002, de 8 de abril, F. 6)» (FJ 3).

3) *Actuación procesal dentro de los límites de la libertad de expresión.*—«Tal como reconoce en su resolución la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia, las descalificaciones contenidas en el escrito de recusación aquí enjuiciado no se dirigen personalmente a los magistrados de la Sección, sino a las resoluciones dictadas por éstos, que se reputan “sistemáticamente adversas, infundadas, irrazonadas y desacertadas”, sin utilizar expresiones objetivamente injuriosas; sin que la referencia a la animosidad y el “encono intraprocesal” vayan más allá de lo necesario, para fundamentar la concurrencia de enemistad manifiesta como causa de recusación. No se trata, por tanto, de expresiones descalificadoras que se formulan en términos que no son los habituales ni los propios de la crítica a un Juez o Magistrado (ATC 10/2000, de 11 de enero). Por el contrario son calificativos empleados en términos de defensa que no deben considerarse ni insultantes ni vejatorios para el Tribunal, ni reveladores de un menosprecio hacia la función judicial, pues pretenden demostrar la concurrencia de la causa de recusación invocada por el Letrado demandante, lo cual exige referirse forzosamente a la actuación del Tribunal en términos críticos. Por ello, las expresiones vertidas por el recu-

rente en su escrito de recusación se amparan en la libertad de *expresión del* Letrado que, precisamente por su carácter específico, le permite una mayor “beligerancia en los argumentos” (STC 113/2000, de 5 de mayo, F. 6) dada su conexión con el derecho de defensa de la parte» (FJ 4).

STC 124/2003, de 19 de junio.

RRII: Estimados parcialmente.

Ponente: Pérez Vera. Votos particulares de Delgado Barrio y de Rodríguez-Zapata Pérez.

Conceptos: Competencias en materia de comercio interior. Establecimientos comerciales. Ordenación general de la economía. Competencias sobre defensa de la competencia. Competencia sobre legislación mercantil. Venta de saldos, ventas especiales, ventas ambulantes o no sedentarias. Régimen sancionador, carácter orgánico. Transferencia de competencias mediante Ley Orgánica.

Preceptos de referencia: Artículo 56.1.d) LORAFNA. Artículos 81.1, 150.2, 149.1.1, 149.1.6, 149.1.8 y 149.1.13 CE.

Recursos de inconstitucionalidad acumulados presentados por la Comunidad Foral de Navarra contra diversos preceptos de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista (LOCM) y de la Ley Orgánica 2/1996, de 17 de enero, complementaria de la anterior.

1) *Licencias de apertura de grandes establecimientos y ordenación general de la economía.*—En relación a la primera Ley, se impugnan, en primer lugar, aquellos preceptos que fijan un contenido mínimo de la noción de gran establecimiento, establecen la sujeción a una licencia comercial específica otorgada por las comunidades autónomas y determinan los criterios también mínimos de otorgamiento de dicha licencia. Para el Tribunal, esta primera cuestión se centra en determinar si, al amparo del artículo 149.1.13 CE, el Estado puede dictar normas básicas sobre los establecimientos comerciales fijando una ordenación homogénea para todo el territorio. De esta manera, el Tribunal empieza recordando que, si bien la competencia en materia de comercio interior corresponde, en efecto, a la Comunidad Foral de Navarra [art. 56.1.d) LORAFNA], ésta encuentra sus límites —entre otros— en el artículo 149.1.13 CE que atribuye competencia al Estado para la ordenación de la actividad económica general. Así las cosas, lo que cabe determinar es si, en el presente caso, el Estado, mediante los preceptos impugnados invade las competencias autonómicas o se ajusta al citado título estatal. En este sentido, el Tribunal considera que la regulación estatal pretende tan sólo «adoptar una norma básica de ordenación económica respecto del sistema de distribución, en concreto del subsistema de los grandes establecimientos, fijando unos criterios globales de ordenación de este sector que poseen una clara incidencia sobre la actividad económica general» (FJ 3), centrándose su contenido en la incidencia que la apertura de los citados establecimientos puede tener en la actividad económica, llegando a la conclusión que los preceptos impugnados constituyen normas básicas, dictadas legítimamente por el Estado en base a la competencia del artículo 149.1.13 CE y conformes al orden constitucional de distribución de competencias.

2) *Intervención del Tribunal de defensa de la competencia en los procedimientos.*—En segundo lugar, todavía en el ámbito de la LOCM, se impugna por parte de la Comunidad Foral de Navarra el artículo 6.2, el cual establece que será preceptivo un informe —con carácter no vinculante— del Tribunal de Defensa de la Competencia como trámite para otorgar o denegar la licencia de apertura de los grandes establecimientos por parte de las comunidades autónomas. El Tribunal responde a esta cuestión aplicando su doctrina por la cual la «competencia ejecutiva que en materia de defensa de la competencia cabe atribuir a las comunidades autónomas, en virtud de la asunción de comercio interior, se halla limitada a aquellas actuaciones ejecutivas que hayan de realizarse en su territorio y que no afecten al mercado supracomunitario» (FJ 4). Por ello, el Tribunal declara la constitucionalidad del precepto impugnado pero sólo en relación a aquellas licencias comerciales específicas para establecimientos que pretendan ubicarse en una zona que pueda alterar la competencia en un ámbito supracomunitario.

3) *Ventas de saldos, ventas especiales y venta ambulante.*—En tercer lugar, se impugnan una serie de preceptos de la LOCM relativos a tres tipos de ventas: la venta de saldos, las ventas especiales y las ventas ambulantes o no sedentarias. En relación a las primeras, se alega por parte de la Comunidad Foral de Navarra su competencia exclusiva para su regulación, por tratarse de una materia perteneciente al comercio interior y a la protección del consumidor y usuario. Ante esta pretensión, el Tribunal arguye que la regulación estatal de la venta de saldos se configura como una excepción a la norma general que prohíbe las ventas a pérdida (art. 14) entrando, por consiguiente, dentro del ámbito competencial estatal al tratarse de una materia relativa a la defensa de la competencia.

En relación a la regulación estatal de las ventas especiales, se impugna, por la parte recurrente, la exigencia de autorización y de su eventual inscripción registral, por parte de la Comunidad Autónoma, para ejercer las ventas a distancia, ambulantes, automáticas o en pública subasta por tratarse tal previsión de una competencia autonómica. Se estima por parte del Tribunal tal pretensión al consistir las exigencias de autorización y de inscripción registral en medidas de política administrativa correspondientes a la disciplina del mercado y dirigidas a la protección del consumidor, no pudiéndose reputar aquella norma como básica al amparo del artículo 149.1.13. Se declara, en consecuencia, el artículo 37 de la LOCM inconstitucional.

Finalmente, en relación a las ventas ambulantes o no sedentarias, es impugnada su regulación por la legislación estatal al carecer de cobertura en la competencia de los artículos 149.1.6 y 8 CE. En efecto, el Tribunal considera —de acuerdo a su repetida doctrina— que si bien el Estado ostenta competencia exclusiva en el ámbito del Derecho Mercantil y obligacional, ésta se limita a la contratación *inter privados*, pudiendo, en consecuencia, las normas autonómicas disciplinar determinados tipos de ventas, siempre que dicha regulación se ciña al espacio de las relaciones jurídico-públicas (SSTC 225/1993, FJ 6, y 264/1993, FJ 5). Así, en el presente caso, la regulación efectuada por el artículo 53 LOCM, describiendo el concepto de venta ambulante o no sedentaria, se ocupa —según el Tribunal— de disciplinar la modalidad de venta ambulante en sus aspectos netamente públicos declarando, por ello, el citado precepto inconstitucional.

4) *Régimen sancionador.*—El último bloque normativo dentro de la LOCM impugnado por la Comunidad Foral de Navarra se refiere al régimen sancionador, contenido en el Título IV (infracciones y sanciones). En concre-

to, se impugnan los artículos 67 y 69.1 LOCM, reguladores de la reincidencia en las infracciones y los criterios para la graduación de las sanciones, así como el artículo 70, que fija los plazos de prescripción de las acciones y las sanciones, ya que –según la Comunidad Foral– ninguno de estos preceptos puede considerarse básico, pues el Estado ya desarrolló su competencia mediante la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, al determinar las reglas básicas que disciplinan el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración. No se aprecia, por parte del Tribunal, inconstitucionalidad de los preceptos impugnados, ya que el establecimiento por parte del Estado de los criterios para la graduación de las sanciones constituye un esquema básico al que ha de atenerse el ejercicio de la potestad sancionadora de las comunidades autónomas y que, en consecuencia, debe ser de aplicación en todo el territorio del Estado. Del mismo modo, la regulación estatal de la reincidencia y la prescripción de las infracciones y sanciones se orienta a garantizar al administrado un tratamiento común ante cualquier Administración pública, finalidad que coincide con la regulación prevista en la Ley 30/1992 y que encuentra su justificación constitucional en el artículo 149.1.1 CE.

5) *Libertad de horarios comerciales.*—En relación a la segunda Ley (Ley Orgánica 2/1996, de 17 de enero, complementaria de la LOCM), se impugnan sus artículos 2 y 3 que establecen, respectivamente, la libertad de horarios comerciales y su entrada en vigor. En primer lugar, el Tribunal examina la posible trascendencia que para el procedimiento presenta la aprobación del Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, de medidas urgentes de intensificación de la competencia en mercados de bienes y servicios, que establece en su artículo 43 la regulación prevista en los preceptos impugnados. En este sentido, el Tribunal no aprecia una desaparición sobrevenida del objeto del recurso, pues el objeto del mismo es la impugnación de la atribución de la naturaleza orgánica a ciertas normas, es decir, la posible inconstitucionalidad por vulneración del artículo 81.1 CE. Así, la Comunidad Foral de Navarra considera que la regulación sustantiva de los horarios comerciales contenida en los artículos 2 y 3 de la Ley Orgánica impugnada no es una materia reservada a dicho tipo de Ley sino propia de la Ley ordinaria. Por su parte, el Abogado del Estado entiende que los citados preceptos tienen la consideración de orgánicos con arreglo a lo dispuesto en el artículo 150.2 CE, al suponer una transferencia de facultades de desarrollo legislativo en materia comercio interior a comunidades autónomas que sólo disponían de competencias ejecutivas en la materia. La mayoría del Pleno rechaza la argumentación jurídica aducida por el Abogado del Estado al no preverse explícitamente en la Ley Orgánica dicha transferencia a las comunidades autónomas, en contraste con la invocación explícita del artículo 150.2 CE que realiza el artículo 1 de la Ley Orgánica para amparar la transferencia a la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares de la competencia de ejecución en la materia. Además, resulta complejo –según la mayoría– aprehender las concretas facultades transferidas en los artículos 2 y 3, así como su eventual contenido. Por otro lado, la inclusión de los preceptos cuestionados en la Ley Orgánica carece –a juicio de la mayoría– de conexión temática con el artículo 1 (que sí presenta naturaleza orgánica). Por todo ello, el Tribunal declara el carácter no orgánico de los artículos 2 y 3 de la Ley Orgánica 2/1996.

6) *Votos particulares.*—Se formulan dos votos particulares a la presente Sentencia. El primero, formulado por el Magistrado Delgado Barrio (al que se adhieren los Magistrados Jiménez de Parga, Conde, García-Calvo y Rodríguez-Zapata), discrepa de la mayoría en la interpretación que cabe dar al

artículo 6.2 LOCM (exigencia de informe no vinculante del Tribunal de Defensa de la Competencia) para entender su constitucionalidad. Para el Magistrado discrepante, no es necesario acudir al argumento de la mayoría, pues —a su juicio— la exigencia del informe previo del mencionado órgano se ajusta a la distribución de competencias en la materia, donde la competencia de la Comunidad Foral de Navarra se encuentra profundamente subordinada a las competencias estatales derivadas del artículo 149.1.13 CE. Además, el carácter no vinculante del informe del Tribunal de Defensa de la Competencia sitúa a este informe en el marco del principio de colaboración y cooperación entre organizaciones jurídico-públicas, donde el Estado tiene competencia para regular sus mecanismos.

El segundo de los votos particulares, emitido por el Magistrado Rodríguez-Zapata (al que se adhiere el Magistrado García-Calvo), centra su discrepancia en la declaración de los artículos 2 y 3 de la Ley Orgánica 2/1996 como no orgánicos. De esta manera, el Magistrado Rodríguez-Zapata acoge los argumentos del Abogado del Estado, expresados anteriormente, por los cuales los artículos 2 y 3 constituían transferencias de competencias a favor de las comunidades autónomas, entendiéndose, en consecuencia, que dichos artículos deberían haber mantenido su carácter orgánico.

STC 125/2003, de 19 de junio.

CI: Estimada.

Ponente: Conde Martín de Hijas. Voto particular del ponente al que se adhieren García-Calvo y Rodríguez-Zapata.

Conceptos: Igualdad. Prorratio de pensiones entre primera y segunda esposa.

Preceptos de referencia: Artículo 14 CE. DA 10.ª, regla 5.ª, de la Ley 30/1981, sobre formas del matrimonio y procedimiento a seguir en las causas de nulidad separación y divorcio, en relación con el artículo 101 CC y el artículo 160/1974 LGSS.

El caso tiene su origen en la demanda de una viuda (María) contra la que fuera primera esposa de su difunto marido (Esther) y contra el INSS, pidiendo la modificación del prorratio de la pensión entre ambas con el argumento de que la referida primera esposa venía conviviendo maritalmente con otra persona. La demandante alegaba en su favor la regla 5.ª de la disposición adicional 10.ª de la Ley 30/1981, de 7 de julio, reguladora de las formas de matrimonio y de los procedimientos de nulidad, separación y divorcio, en relación con los artículos 101 del Código Civil y 160 de la Ley General de la Seguridad Social, aprobada por el Decreto 2065/1974, de 30 de mayo.

El Juzgado dictó sentencia, con fecha 14 de noviembre de 1995, por la que desestimó en su integridad la demanda así formalizada, apoyando su fallo en un único fundamento jurídico en el que se exponía que la disposición adicional 10.ª, regla 5.ª, de la Ley 30/1981, no era de aplicación al supuesto de autos por cuanto el mismo, por remitirse al artículo 101 CC, se refiere exclusivamente a los supuestos de pérdida de la pensión concedida a uno de los cónyuges en los casos de nulidad, separación y divorcio, por convivencia *more uxorio*, pero no de pérdida de la pensión de viudedad, que aparecían regulados, teniendo en cuenta la fecha del fallecimiento del señor M. B. (el 6 de abril de 1992), en el artículo 11 de la Orden de 13 de febrero de 1967

(RCL 1967, 360), en relación con el artículo 160 de la Ley General de la Seguridad Social, aprobada por Decreto 2065/1974, de 30 de mayo.

Contra la referida sentencia, la representación de María formalizó recurso de suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. El Tribunal dictó Auto acordando elevar cuestión de inconstitucionalidad, por estimar que le planteaba dudas la conformidad con el principio de igualdad recogido en el artículo 14 CE, de la disposición adicional 10.^a, regla 5.^a, de la Ley 30/1981, de 7 de julio, reguladora de las formas de matrimonio y del procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio. A juicio del Tribunal, el caso debía ser resuelto en aplicación de la citada norma porque «producido el fallecimiento del causante en abril del 1992, no había sido publicado el texto refundido de la vigente Ley General de Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio» (FJ 1).

1) *Procedencia del análisis pese a tratarse de una norma derogada.*— Señala a este respecto el TC que: «a diferencia de lo que, por regla general, acontece en el recurso de inconstitucionalidad, en la cuestión, la derogación de la norma legal objeto del proceso no impide el juicio de constitucionalidad sobre la misma, toda vez que la posible aplicación de la norma derogada en el proceso *a quo* puede hacer necesario el pronunciamiento de este Tribunal (STC 28/1997, de 13 de febrero, F. 2)» (FJ 2). A este argumento añade el TC que: «conviene recordar que la cuestión de inconstitucionalidad responde en el diseño constitucional a un mecanismo de control en el que los hechos y las pretensiones deducidas acotan y delimitan el ámbito del juicio de constitucionalidad y que los requisitos que para su planteamiento establecen los artículos 163 CE y 35 LOTC pretenden evitar que las cuestiones de inconstitucionalidad se conviertan en un mecanismo abstracto de control normativo» (FJ 2). «Por todo ello, y dado que, como requiere nuestra doctrina, la norma cuestionada resulta aplicable en el proceso *a quo* y de su validez depende la decisión a adoptar en éste, debe concluirse la plena vigencia de la cuestión de inconstitucionalidad planteada sin que la misma se haya visto afectada en su objeto por la derogación de la norma 5.^a de la Ley 30/1981, efectuada por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social» (FJ 2).

2) *El término de comparación.*—«Lo que cuenta [...] es que los viudos, cónyuges únicos o concurrentes con un anterior cónyuge divorciado no se encuentran concernidos por la disposición adicional 10.^a, ni, por tanto, les alcanza lo dispuesto en la norma 5.^a de ésta. Y es ése el hecho que constituye el dato relevante del término de comparación del tratamiento de los cónyuges incluidos en el ámbito de la referida norma 5.^a Simplificados de este modo los términos sobre los que se cifra el juicio de igualdad, debe procederse a comprobar si las situaciones de los viudos convivientes con el causante al morir éste y de los cónyuges separados (que son también viudos) o divorciados son iguales o no, como paso previo para admitir o no si su regulación legal diferenciada resulta constitucionalmente admisible» (FJ 5).

3) *Constatación de una diferencia de trato.*—«En el presente caso es evidente que dentro del grupo normativo aplicable a las pensiones de viudedad cabe apreciar la existencia de dos regímenes jurídicos diferenciados, constituidos, uno, por la regulación contenida en la disposición adicional décima de la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, y, otro, el que cabría calificar como “régimen

común” establecido por el artículo 160 LGSS/1974, que constituye una regulación autónoma y diferenciada del primero, aplicando al presente caso el canon de enjuiciamiento antes apuntado» (FJ 6).

4) *Análisis de la relevancia constitucional de la diferencia de regímenes.*—«Es evidente que la regulación antes descrita conduce [...] a la aplicación de normativas distintas para regular un mismo tipo de pensiones: la Ley General de la Seguridad Social de 1974 para los viudos *stricto sensu* convivientes con el causante en el momento de la muerte de éste (independientemente de que lo sean de un causante que hubiera contraído un único matrimonio con dicho viudo, o que hubiere contraído matrimonios anteriores extinguidos por divorcio), y la Ley 30/1981 para los cónyuges del causante cuyos matrimonios se hubieran extinguido por divorcio, así como los legalmente separados de aquél. Y es evidente, también, que la diferencia entre los regímenes citados conduce a que una misma situación de hecho (la convivencia *more uxorio* del titular de la pensión de viudedad), en la que pueden encontrarse los diferentes beneficiarios, opera como causa extintiva de la pensión en unos casos (en los del cónyuge separado y en los de cónyuges divorciados) y no en otros (en los de viudos no separados, lo sean de un matrimonio único del causante, y, por tanto, sin concurrencia en el disfrute de la pensión con otros beneficiadores, o lo sean de un matrimonio del causante al que precedieron otros extinguidos por divorcio)» (FJ 6).

A juicio del TC, la desigualdad es clara e injustificada: «Una vez que a todos los cónyuges sin distinción se les otorga el derecho a la pensión de viudedad, la pensión de viudedad queda concebida como única pensión repartida entre todos los cónyuges supérstites, por lo que es evidente que no puede considerarse constitucionalmente admisible que la concreta causa de extinción de la pensión por convivencia *more uxorio* pueda aplicarse en unos casos y no en otros. [...] Si la convivencia *more uxorio* con una persona con la que no existe vínculo conyugal es perfectamente lícita en el marco de nuestro ordenamiento legal, de este hecho lícito no puede deducirse la privación de una pensión de viudedad, cuando tal medida no guarda relación alguna con la finalidad que persigue la Ley al acordar su establecimiento, máxime cuando sólo en los casos concretos de cónyuges con matrimonio anulado, divorciados o separados opera esta circunstancia como causa legal de extinción de la pensión, sin que exista justificación razonable que explique ese diferente trato legal con respecto al cónyuge viudo» (FJ 6). «A lo anterior debe añadirse que la diferencia de trato que se introduce por la norma cuestionada entre unas y otras personas que estuvieron unidas con el causante por un vínculo conyugal no obedece a ninguna razón relacionada con la propia esencia o fundamento actual de la pensión de viudedad, sino que corresponde a causas totalmente ajenas, que no son otras sino el distinto estado civil derivado de la relación que mantenía con el causante la persona que tiene la condición de titular de la misma, factor éste de diferenciación que, al margen de no reunir la cualidad de elemento razonable y constitucionalmente exigible para descartar la discriminación ante supuestos de hecho que reciben diferente trato legal, conlleva, en última instancia, una directa vulneración del artículo 14 CE, y, en particular, de la prohibición de discriminación en función de “cualquier otra condición o circunstancia personal o social” a la que aquel precepto se refiere» (FJ 6).

Con base en la argumentación anterior, el TC declara la inconstitucionalidad de la norma 5.ª de la disposición adicional 10.ª de la Ley 30/1981, de 7

julio, en su referencia a la concreta causa de extinción establecida en el artículo 101 del Código Civil de *vivir maritalmente con otra persona*.

El voto particular se muestra en cambio favorable a la desestimación de la cuestión, al entender que: «la opción cuestionada [...] no responde a un criterio arbitrario ni a la apreciación de circunstancias personales o sociales proscritas por el artículo 14 CE. Por el contrario, los distintos criterios de extinción legalmente previstos, amén de responder, en sus respectivos casos, a las distintas situaciones de hecho que se contemplan, son coherentes con los criterios de reparto de la pensión ya aludidos».

STC 126/2003, de 30 de junio.

RA: Desestimado.

Ponente: Jiménez de Parga. Voto Particular Casas Baamonde.

Conceptos: Despido disciplinario. Derecho a la información, libertad de expresión y relación laboral.

Preceptos de referencia: Artículo 20.1. a) y d) CE.

El caso tiene su origen en las denuncias de graves irregularidades en una empresa de explosivos (acumulación inadecuada de detonadores, venta de material defectuoso...), formuladas por un empleado a través de diversos medios de comunicación (prensa, radio, revistas...). La empresa procedió al despido disciplinario, confirmándose éste en la vía judicial. En su recurso de amparo, el empleado despedido alegaba la violación de sus derechos a informar y opinar.

1) *Información y opinión: No hay opiniones «falsas».*—Ante todo, el TC destaca la necesidad de distinguir entre los derechos a informar y a opinar. «Pese a su frecuente imbricación práctica, es sabido que ambos derechos presentan un diferente contenido y también unos diferentes límites y efectos. En el artículo 20.1.a) CE, la libertad de expresión tiene por objeto pensamientos, ideas y opiniones, concepto amplio dentro del que deben incluirse también las creencias y los juicios de valor. El derecho a comunicar y recibir libremente información del artículo 20.1.d) CE versa, en cambio, sobre hechos o, tal vez más restringidamente, sobre aquellos hechos que pueden considerarse noticiables y de interés general (STC 57/1999, de 12 de abril, F. 7). Es cierto que, en los casos reales que la vida ofrece, no siempre es fácil separar la expresión de pensamientos, ideas y opiniones de la estricta comunicación informativa, pues la expresión de pensamientos necesita a menudo apoyarse en la narración de hechos y, a la inversa, la comunicación de hechos o de noticias no se da nunca en un estado químicamente puro y comprende, casi siempre, algún elemento valorativo o, dicho de otro modo, una vocación a la formación de una opinión (STC 6/1988, de 21 de enero, F. 5). Ello aconseja, en los supuestos en que pueden aparecer entremezclados elementos de una y otra significación, atender, para calificar tales supuestos y encajarlos en cada uno de los apartados del artículo 20 CE, al elemento que en ellos aparece como preponderante» (FJ 3). «Esta distinción entre pensamientos, ideas y opiniones, de un lado, y comunicación informativa de hechos, de otro, tiene decisiva importancia a la hora de determinar la legitimidad del ejercicio de esas libertades, pues mientras los hechos son susceptibles de prueba, las opiniones o juicios de valor, por su naturaleza abstracta, no se prestan a una demostración de exactitud (STC 107/1988, de 8 de junio, F. 2), y ello hace que *al que ejercita la libertad de*

expresión no le sea exigible la prueba de la verdad (SSTC 4/1996, de 16 de enero, F. 3, y 144/1998, de 30 de junio, F. 2) o diligencia en su averiguación (STC 223/1992, de 14 de diciembre, F. 2), que condicionan, sin embargo, la legitimidad del derecho de información por expreso mandato constitucional, que ha añadido al término “información” del artículo 20.1 d) CE el adjetivo “veraz”» (FJ 3). En el caso, el TC entendió que lo que estaba en juego era el derecho a dar y recibir información.

2) *Relación laboral: derecho a informar y lealtad debida al empresario.*—El derecho a informar debe, sin embargo, matizarse cuando quien lo ejerce es un empleado, ligado por obligaciones contractuales y por un genérico deber de lealtad a la empresa. «La relación laboral, en cuanto tiene como efecto típico la sumisión de ciertos aspectos de la actividad humana a los poderes empresariales, es un marco que ha de tomarse en forzosa consideración a la hora de valorar hasta qué punto ha de producirse la coordinación entre el interés del trabajador y el de la empresa que pueda colisionar con él (STC 99/1994, de 11 de abril, F. 7). Por ello, la capital importancia del ejercicio de la libertad de información no puede llevarnos a desconocer el límite que para dicha libertad supone el debido respeto a los intereses derivados de la libertad de empresa, que también es objeto de garantía constitucional. Llegados a este punto, se hace necesario tener presente que la exigencia de ponderación entre ambos derechos —libertad de información y libertad de empresa— se traduce sino en la máxima de que debe tenderse a lograr un equilibrio entre las ventajas y perjuicios que inevitablemente se generan cuando se limita un derecho a fin de proteger otro derecho o bien constitucionalmente protegidos» (FJ 7). En el caso de autos —con un razonado voto particular en contra— el TC entiende que el recurrente no hizo valer su derecho a informar por las vías o cauces que exigía su condición de trabajador: «En el caso que ahora hemos de resolver [...] es claro que la conducta del demandante de amparo se ha llevado a cabo en el marco de una relación laboral que unía al quejoso con una empresa a la que se ha deparado un perjuicio considerable. El hecho de que la información difundida por el recurrente pudiera afectar a la seguridad de los procesos de producción en una fábrica de explosivos situada en las proximidades de una población reviste la suficiente gravedad como para que un mínimo de lealtad por parte de quien durante varios años había sido trabajador de la empresa se cuidara de irrogar a ésta el quebranto derivado de una información inevitablemente alarmista, sin antes dar ocasión, al menos, para que los organismos públicos a los que había dirigido sus denuncias pudieran constatar su realidad» (FJ 8). «El fin de información pública perseguido por el recurrente, esto es, la subsanación de las deficiencias que en su opinión padecía el proceso productivo, no hacía necesario que las informaciones difundidas alcanzasen la reiteración, la trascendencia y notoriedad públicas que obtuvieron ni, dada su gravedad, debía considerarse medio adecuado para su conocimiento la publicación en medios de comunicación de difusión nacional y local. En condiciones como las concurrentes, el ejercicio del derecho a la libertad de información recomienda no utilizar cauces informativos que por su trascendencia y repercusión sociales, además de innecesarios para el cumplimiento de los fines pretendidos, pueden ocasionar un perjuicio excesivo para una de las partes. Y es evidente que las declaraciones efectuadas por el señor L. provocaron una clara afectación de los intereses empresariales, con notable menoscabo de su imagen pública, tanto más trascendente cuanto la mismase encuentra vinculada con una actividad de alto riesgo y elevada peligrosidad» (FJ 8).

Sentencia 127/2003, de 30 de junio.

RA: Estimado parcialmente.

Ponente: Cachón Villar.

Conceptos: Vulneración del derecho al honor y del derecho a la intimidad. Noticias sobre un juicio por delito de violación celebrado a puerta cerrada que hacen posible identificar a la víctima menor de edad.

Preceptos de referencia: Artículos 20.1.d) y 18.1 CE.

Este recurso de amparo analiza los límites entre el derecho fundamental de comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión [art.20.1.d) CE] y el derecho al honor, intimidad e imagen de la protagonista de una noticia. En este caso, el recurso lo formula una joven que fue objeto de una violación cometida por su padre con motivo de la publicación de esta noticia por el diario *La Voz de Asturias*. La recurrente alega que la publicación de dicha noticia por parte del diario se llevó a cabo de manera que permite identificarla a ella como víctima, ya que en uno de los artículos aparecía una fotografía del acusado con indicación de las iniciales de su nombre y apellidos. El recurso se interpone contra el director y una redactora del diario por infracción del derecho a la intimidad, honor y propia imagen de la demandante del amparo.

La solicitante del amparo había previamente presentado demanda ante la jurisdicción ordinaria en materia de protección civil del derecho a la intimidad, honor e imagen que fue desestimada en primera instancia, como fueron también desestimados su recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Oviedo y el recurso de casación que presentó ante el Tribunal Supremo.

El Tribunal Constitucional no aprecia en este supuesto que se haya producido una lesión contra el derecho a la imagen o tampoco contra el honor de la recurrente, puesto que la noticia no contenía «expresiones insultantes o vejatorias» contra su persona o bien «expresiones que, al margen de su veracidad, resulten ofensivas u oprobiosas e impertinentes para difundir la información de que se trate». Sin embargo, considera que en este supuesto se ha producido una lesión al derecho a la intimidad. Recuerda el Tribunal que para que la libertad de información reconocida en el artículo 20.1.d) CE «pueda afectar a otros bienes constitucionales, como es, en este caso, la intimidad, es preciso para que su proyección sea legítima que lo informado resulte de interés público. Y ello porque sólo entonces puede exigirse a quienes afecta o perturba el contenido de la información que, pese a tal circunstancia, la soporten, en aras, precisamente, del conocimiento general y difusión de hechos y situaciones que interesan a la comunidad».

En el supuesto concreto de los reportajes periodísticos que se analizan, concluye el Tribunal que en ellos «se desvelaron, de forma innecesaria, aspectos relevantes de la vida personal y privada de la joven agredida sexualmente» puesto que «facilitaron tanto la edad que tenía en el momento de la celebración de la vista oral, como las iniciales de su nombre y apellidos y las iniciales del nombre y apellidos del padre (...) la pequeña localidad en la que las agresiones habrían tenido lugar (...) con una fotografía que muestra (...) al padre de la víctima». Todo ello permitió a los vecinos identificar a la víctima de un hecho «gravemente atentatorio para su dignidad personal» de una manera vulneradora del derecho a la intimidad de la demandante del amparo.

STC 140/2003, de 14 de julio de 2003.

RA: Desestimado.

Ponente: Rodríguez-Zapata. Voto particular discrepante de García Manzano y Casas Baamonde.

Conceptos: Supuesta vulneración de los derechos a la igualdad en la aplicación de la ley y a la tutela judicial efectiva (ejecución de sentencia). Falta de acreditación de los elementos base de la indemnización por pérdida del puesto de trabajo al denegar indebidamente la renovación de un permiso para extranjero. Indemnización fijada a tanto alzado.

Preceptos de referencia: Artículos 14 y 24 CE.

Extinción de la relación contractual de un nacional paquistaní por no haber obtenido la renovación del permiso de trabajo. El trabajador interpone recurso ante la Magistratura de Trabajo y, paralelamente, impugna en vía contencioso-administrativa las resoluciones sobre denegación de la renovación del permiso de trabajo, declarándose el derecho del recurrente a esta renovación.

El recurrente presenta ante el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social reclamación por responsabilidad patrimonial de la Administración, solicitando una indemnización por los daños sufridos como consecuencia de la indebida denegación de la renovación de su permiso de trabajo. La Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia nacional estima el recurso, en base a «los ingresos que el interesado hubiera obtenido en la empresa en que fue despedido y los que haya podido obtener como trabajador autónomo o por otras causas, así como de la incidencia de la situación nacional de empleo, con el límite máximo en que cifra su pretensión». Al no poder acreditar estos ingresos, criterio para cuantificar la indemnización, se declara la imposibilidad material de ejecución de la Sentencia y se fija la indemnización en 500.000 pesetas.

El TC entiende que no se ha vulnerado el derecho a la igualdad en la aplicación de la Ley, artículo 14 CE, puesto que el recurrente aporta como término de comparación una Sentencia dictada por la misma Sala y Sección que declara el derecho de otro ciudadano paquistaní y la responsabilidad del Estado pero que al ser dictada con fecha posterior a la Sentencia en cuya fase de ejecución se han dictado los Autos impugnados, no puede considerarse como precedente del que el órgano judicial se haya apartado. Considera al mismo tiempo que los supuestos que constituyen el término de comparación no guardan la identidad sustancial exigida para apreciar vulneración de la igualdad en la aplicación de la ley.

Respecto al derecho a la tutela judicial efectiva, artículo 24.1 CE, en su dimensión de derecho a la ejecución de las sentencias firmes, se considera adecuado, ante las dificultades que en el caso se presentan para fijar la cuantía de la indemnización de acuerdo con los criterios señalados y, no dándose el caso de que la resolución sea incongruente, arbitraria, irrazonable o incurra en error patente (SSTC 87/1996, de 21 de mayo, y 163/1998, de 14 de julio, entre otras), que, conforme al artículo 105.2 LJCA, se determine como indemnización una cantidad a tanto alzado.

STC 144/2003, de 14 de julio.

RA: Estimado.

Ponente: Casas Baamonde.

Conceptos: Guardia y custodia de menor en caso de separación conyugal. Derecho a la tutela judicial. Igualdad de sexos. Aplicación de norma derogada.

Preceptos de Referencia: Artículos 14 y 24 CE. Artículo 159 CC.

Con fecha 24 de enero de 2000 se interpusieron sendas demandas de separación conyugal por parte de la señora F. y del señor H., que se tramitaron de forma conjunta ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de La Carolina. En la Sentencia, dictada el 26 de mayo de 2000, se acordó la separación de los esposos y se otorgó la guarda y custodia de la hija menor del matrimonio al señor H., compartiendo ambos progenitores la patria potestad, estableciéndose asimismo un régimen de visitas a favor de la madre y fijándose el importe de la pensión alimenticia a cargo de la madre en 10.000 pesetas mensuales. De hecho, se mantuvo la decisión adoptada en medidas provisionales.

La madre interpuso recurso de apelación que fue resuelto por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Jaén, mediante Sentencia de 29 de septiembre de 2000, en la que se acordó revocar parcialmente la de instancia en el sentido de otorgar la guarda y custodia de la hija menor del matrimonio a la madre. En la Sentencia de la Audiencia se justifica el cambio en el régimen de la guarda y custodia de la hija menor del matrimonio en que no se había acreditado la concurrencia de algún motivo de suficiente entidad como para privar a la madre de la guarda y custodia de una niña de tan corta edad, disponiendo el artículo 159 CC –según afirmaba la Audiencia– que «si los padres vivieren separados y no decidiesen de común acuerdo, los hijos e hijas menores de siete años quedarán al cuidado de la madre, salvo que el Juez, por motivos especiales, proveyere de otro modo».

La demanda de amparo invoca la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE y del derecho a no ser discriminado por razón de sexo). Entiende la parte que se ha vulnerado el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho al acordar la guarda y custodia de la hija menor a favor de la madre aplicando el artículo 159 CC en su redacción anterior a la modificación introducida por la Ley 11/1990, de 15 de octubre, decidiendo así el caso mediante la aplicación de una norma derogada. Con la consecuencia de que al aplicar el precepto derogado se habría producido asimismo una discriminación por razón de sexo en perjuicio del padre contraria al artículo 14 CE. Nos centraremos en estas dos peticiones que, como es obvio, fueron aceptadas por el TC.

1) *Aplicación al caso de una norma derogada.*—En relación con esta cuestión el TC manifiesta que: «Constituye reiterada doctrina constitucional que la selección de las normas aplicables, así como el análisis de su vigencia y derogación, corresponde en exclusiva a la jurisdicción ordinaria de acuerdo con el artículo 117 CE, de suerte que el control por parte de este Tribunal de la selección de la norma aplicable sólo podrá producirse, en términos generales, si se ha tratado de una decisión arbitraria, manifiestamente irrazonable o si ha sido fruto de un error patente (SSTC 90/1990, de 23 de mayo, F. 4; 233/1991, de 10 de diciembre, F. 4; 55/1993, de 15 de febrero, F. 5; 245/1993, de 19 de julio, F. 5; 214/1999, de 29 de noviem-

bre, F. 4; 151/2001, de 2 de julio, F. 5; 52/2003, de 17 de marzo, F. 4, entre otras muchas). Tal acontece cuando se aplica una norma derogada que resulta decisiva para el fallo, lo que «convierte en irrazonable la elección de la norma aplicable, de tal manera que no puede afirmarse que estemos ante una decisión fundada capaz de satisfacer el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24.1 CE» (STC 203/1994, de 11 de julio, F. 3). Y es que, como recuerda la STC 99/2000, de 10 de abril, F. 6, “el derecho de tutela judicial efectiva exige que las resoluciones judiciales al decidir los litigios sean fundadas en Derecho, y ese fundamento desaparece cuando con total evidencia se omite la consideración de la norma aplicable, y se decide mediante la aplicación de normas que han perdido su vigencia”» (FJ 2).

Por consiguiente, ha que concluir que la Sentencia que se impugna ha vulnerado en efecto el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) del demandante de amparo, por cuanto la Audiencia Provincial de Jaén hace descansar la *ratio decidendi* de su decisión de otorgar la guarda y custodia de la hija menor del matrimonio a la madre en la aplicación al caso de una norma derogada, el artículo 159 CC en su redacción anterior a la modificación introducida por la Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del Código Civil, en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo.

La resolución de la pretensión mediante una selección arbitraria y manifiestamente irrazonable del Derecho aplicable como lo es la aplicación de una norma derogada no satisface el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

2) *Discriminación por razón de sexo.*—En relación con esta cuestión, es conveniente recordar que precisamente a partir de la modificación operada por la Ley 11/1990 (en vigor muchos años antes de iniciarse el proceso en que se dictó la Sentencia impugnada en amparo), el legislador, como se señala en el Preámbulo de la Ley, actuó, con el fin de «eliminar las discriminaciones que por razón de sexo aún perduran en la legislación civil y perfeccionar el desarrollo normativo del principio constitucional de igualdad».

La Sentencia impugnada aplica al caso del demandante de amparo el precepto derogado, citado literalmente en el fundamento de Derecho primero, y con este fundamento resuelve atribuir la guarda y custodia de la menor a la madre y no al padre, revocando en este sentido la Sentencia de instancia. Nada impide que, valorando las circunstancias concurrentes en el caso y siempre atendiendo al interés prevalente de la menor, el órgano judicial pueda decidir a cuál de los progenitores ha de atribuirse el cuidado de aquélla. Lo que no cabe es basar la decisión en una pretendida preferencia legal en razón de la edad de la menor que el propio legislador abolió mucho antes de iniciarse el proceso en que ha sido dictada la Sentencia impugnada.

Por otra parte, la aplicación del precepto derogado vulnera asimismo el artículo 14 CE, al restablecer de este modo el órgano judicial una discriminación por razón de sexo que el propio legislador había eliminado mediante la Ley 11/1990, de 15 de octubre, que modificó por tal motivo la redacción del artículo 159 CC en la versión que ha sido aplicada por la Sentencia impugnada, sin necesidad de mayor argumentación al respecto dado lo expuesto en el fundamento jurídico anterior.

STC 152/2003, de 17 de julio.

RI: Estimado parcialmente.

Ponente: Conde Martín de Hijas. Voto particular del propio ponente.

Conceptos: Competencias en materia de sanidad. Transmisión *inter vivos* de oficina de farmacia. Caducidad de autorización por cumplimiento de edad y fallecimiento de su titular. Principio de igualdad. Derecho a la propiedad privada. Derecho al trabajo. Derecho al ejercicio de profesión titulada. Dispensación de medicamentos a través de correo o servicios de mensajería. Competencia en materia de legislación sobre productos farmacéuticos. Competencia en materia de establecimientos farmacéuticos.

Preceptos de referencia: Artículos 149.1.16, 149.1.6, 149.1.8, 14, 33, 35, 36 y 38 CE. Artículo 4 de la Ley 16/1997, General de Sanidad.

Recurso de inconstitucionalidad planteado por el Presidente del Gobierno en relación a diversos preceptos de la Ley del Parlamento de Galicia 5/1999, de 21 de mayo, de ordenación farmacéutica de Galicia.

1) *Transmisión de oficinas de farmacia y caducidad de autorizaciones.*—La constitucionalidad de normas autonómicas sobre intransmisibilidad *inter vivos* de dichas oficinas y sobre caducidad de la autorización en los supuestos de fallecimiento y de cumplimiento de setenta años por el titular, ya fue objeto de debate y respuesta por parte del Tribunal en su Sentencia 109/2003, de 5 de junio (también reseñada en este número), siendo la doctrina establecida en ésta plenamente aplicable al presente recurso. Así, la configuración como básica de la norma prevista en el artículo 4 de la Ley 16/1997, General de Sanidad, que establece el principio de transmisibilidad limitada de las oficinas de farmacia como mínimo común normativo para todo el territorio nacional impide a las Comunidades Autónomas la adopción de normas como la estipulada en el artículo 23 de la Ley gallega objeto de recurso, que prohíbe la transmisión de oficinas de farmacia que hayan sido autorizadas mediante el correspondiente concurso público, siendo declarado este último precepto inconstitucional. Por su parte, el artículo 20 de la Ley impugnada, que dispone la caducidad de las autorizaciones de apertura de las oficinas de farmacia otorgadas a partir de la entrada en vigor de la Ley cuando el farmacéutico autorizado haya cumplido setenta años de edad o fallezca, es considerado por parte de la mayoría del Pleno del Tribunal acorde a la CE, por no vulnerar —de acuerdo a la doctrina de la citada STC 109/2003— la competencia estatal para dictar la normativa básica en materia de sanidad (art. 149.1.16 CE), el principio de igualdad del artículo 14 CE (los criterios del fallecimiento y del cumplimiento de los setenta años encuentran una justificación razonable y proporcionada en el interés público), el derecho a la propiedad privada (art. 33 CE), el derecho al trabajo (art. 35), el derecho al ejercicio de profesiones tituladas (art. 36 CE) ni, finalmente, el derecho a la libertad de empresa del artículo 38 CE.

2) *Dispensación de medicamentos a enfermos crónicos mediante servicios de mensajería.*—En segundo lugar, se impugna el artículo 4.3 de la Ley gallega, que prevé la dispensación a los enfermos crónicos de medicamentos a través de correo o servicios de mensajería. Se discute por las partes en el proceso si tal previsión cabe incardinarla en la materia de «legislación sobre productos farmacéuticos», en cuyo caso correspondería al Estado la plenitud

de la función normativa y a la Comunidad Autónoma de Galicia la competencia de ejecución (arts. 149.1.16 CE y 33.3 EAG), o en la materia de «ordenación farmacéutica» o de «establecimientos farmacéuticos», correspondiendo en este caso a la Comunidad Autónoma la competencia de desarrollo legislativo y ejecución de la normativa básica estatal (arts. 149.1.16 y 28.8 EAG). Pues bien, la mayoría del Pleno del Tribunal considera que la previsión del impugnado artículo 4.3 concierne a la actividad de la farmacia para la dispensación del medicamento, es decir, se inscribe en la competencia autonómica sobre «establecimientos farmacéuticos», sin vulnerar las competencias estatales en materia de «legislación sobre productos farmacéuticos» del artículo 149.1.16 CE, ya que la actividad prevista en aquel precepto forma parte de la actividad ordinaria de las oficinas de farmacia.

3) *Unidades de radiofarmacia.*—En último lugar, se impugna el artículo 45.b), en su conexión con el artículo 46 de la Ley del Parlamento de Galicia 5/1999, relativo a la regulación de la actividad de las unidades de radiofarmacia, al entender la parte recurrente que se produce una vulneración de la competencia del Estado en materia de legislación sobre productos farmacéuticos (art. 149.1.16 CE). En efecto, el Tribunal considera que la regulación de la producción o fabricación de fármacos constituye un aspecto sustancial del régimen jurídico de los medicamentos, por lo que debe ser incardinada en la materia de legislación sobre productos farmacéuticos y que la regulación autonómica efectuada se inmiscuye en aspectos relacionados con la producción de los radiofármacos. En consecuencia, se declara inconstitucional el artículo 45.b). Por su parte, el artículo 46 —que atribuye a la Consejería de Sanidad y Servicios Sociales de la Comunidad Autónoma la competencia para autorizar la apertura, acreditación y cierre de las unidades de radiofarmacia— declara conforme a la Norma Fundamental por referirse a funciones de carácter ejecutivo o aplicativo.

Se formula voto particular por el Magistrado Conde Martín de Hijas (al que se adhieren los Magistrados Cachón y Delgado), quien discrepa del pronunciamiento del Pleno —que él mismo expresa como ponente— en la consideración del artículo 4.3, relativo a la dispensación de medicamentos, como conforme al sistema constitucional de distribución de competencias. Así, el Magistrado discrepante considera que el precepto impugnado debe encuadrarse dentro de la competencia en materia de «legislación sobre productos farmacéuticos», pues así se prevé en el artículo 2.2 de la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento, constituyendo la regulación efectuada por el legislador gallego, a su juicio, un exceso de competencia.

STC 158/2003, de 15 de septiembre.

RA: Estimado.

Ponente: García Manzano.

Conceptos: Honor y libertad de información. Mención de un despacho de Abogados en un reportaje sobre blanqueo de dinero procedente del narcotráfico. Información obtenida de un sumario judicial. Veracidad.

Preceptos de referencia: Artículo 20.1.d) CE.

Esta sentencia del Tribunal Constitucional se pronuncia sobre un supuesto de prevalencia de la libertad de información sobre el derecho al honor. En

el año 1990 el periódico *El Mundo del Siglo XXI* publicó un reportaje titulado «Quién es quién en el narcotráfico español» en el que se hacía referencia a un despacho de abogados gibraltareño como supuesto blanqueador de dinero procedente del tráfico de drogas en España.

Los integrantes del citado despacho interpusieron demanda de protección del derecho al honor contra los responsables de la publicación. El Tribunal Supremo consideró que la información publicada no cumplía el requisito de veracidad al no haber sido «rectamente obtenida» porque tenía su fuente de conocimiento en actuaciones de un sumario abierto en la Audiencia Nacional.

Los responsables de la publicación presentan el recurso de amparo basándose en el derecho fundamental reconocido en el artículo 20.1.d) CE, alegando que han transmitido información veraz en un medio de comunicación social, referente a hechos de interés social.

En su pronunciamiento, el Tribunal Constitucional recuerda que ya ha establecido una consolidada doctrina respecto a la «veracidad de la información» según la cual este requisito constitucional «no va dirigido a la exigencia de una rigurosa y total exactitud en el contenido de la información, sino en negar la protección constitucional a los que transmiten como hechos verdaderos, bien simples rumores, carentes de toda constatación, o bien meras invenciones o insinuaciones sin comprobar su realidad mediante las oportunas averiguaciones propias de todo profesional diligente».

El Tribunal añade que en el supuesto enjuiciado quedó acreditado que los autores del reportaje cumplieron el deber de diligencia al contrastar la información publicada, que fue elaborada a partir de los datos procedentes de fuentes informativas serias y solventes, y no con la endeble base de simples rumores o más o menos fundadas sospechas «impregnadas de subjetivismo». De ahí su discrepancia con la afirmación de la sentencia del Tribunal Supremo de que la información no fue rectamente obtenida en este supuesto al haberse conseguido, según este Tribunal, por un medio «tortícero». Añade el Tribunal Constitucional que «la veracidad de la información difundida acerca de hechos objeto de investigación penal no puede equipararse con la correlación entre aquélla y la verdad procesal alcanzada conclusiva o finalmente en la causa penal».

STC 160/2003, de 15 de septiembre.

RA: Estimado.

Ponente: Pérez Vera.

Conceptos: Vulneración del derecho a la libertad de expresión. Críticas políticas en rueda de prensa sobre supuesto trato de favor dado por la Diputación provincial a una empresa. La veracidad no puede predicarse de las opiniones.

Preceptos de referencia: Artículo 20.1.a) CE.

El recurso lo promueve la *Unión de Campesinos Zamoranos (UCZ)* por vulneración de su derecho a la libertad de expresión [art.20.1.a) CE]. Esta entidad convocó una rueda de prensa en la que denunció un trato de favor a la empresa *Disega, SL*, por parte del Área de Agricultura de la Diputación de Zamora en la concesión de una adjudicación de suministro de semen de vacuno. Esta noticia fue divulgada por cuatro periódicos nacionales lo que motivó que la empresa *Disega, SL*, presentara demanda ante la jurisdicción

ordinaria contra la UCZ, alegando intromisión ilegítima en su honor. La sentencia fue desestimada por el Tribunal de Primera Instancia, pero el recurso ante la Audiencia Provincial de Zamora fue parcialmente estimado. Frente a la decisión de la Audiencia, la UCZ recurrió en casación pero el Tribunal Supremo desestimó el recurso. El Tribunal Supremo apreció intromisión ilegítima en el derecho al honor de la empresa puesto que las expresiones proferidas por la UCZ «han resultado absolutamente carentes de fundamento».

Señala en su sentencia el Tribunal Constitucional la importancia de distinguir entre los derechos que garantizan la libertad de expresión «cuyo objeto son los pensamientos, ideas y opiniones» y, por otra parte, el derecho a comunicar información sobre hechos. Así mientras los hechos son susceptibles de prueba, «la opiniones o juicios de valor, por su naturaleza abstracta, no se prestan a una demostración de exactitud». Según el Tribunal el contenido de la rueda de prensa de la UCZ contenían opiniones, informaciones, denuncias y propuestas al que no le resulta aplicable el canon de «veracidad». Por esta razón, no aprecia el Tribunal Constitucional que tales declaraciones excedieran el ámbito protegido por la libertad de expresión y concede el amparo solicitado.

STC 166/2003, de 29 de septiembre.

RA: Estimado.

Ponente: Rodríguez-Zapata.

Conceptos: Legitimación para ser parte en procesos matrimoniales.

Auto acordando la división física del domicilio conyugal, que la madre de uno de los esposos alega ser de su propiedad.

Preceptos de referencia: Artículo 24 CE.

El caso tiene su origen en un proceso de separación matrimonial, en el que el juzgado dictó Auto acordando como medidas provisionales, entre otras, «la división del domicilio conyugal, con un cerramiento en el patio, para que queden dos viviendas independientes». La madre del esposo presentó entonces un escrito pidiendo ser tenida por parte y oponiéndose a la ejecución del referido auto. Alegaba que la finca afectada era propiedad ganancial suya, ostentando el pleno dominio de la mitad y el usufructo vitalicio de la otra y que su ocupación por su hijo y nuera lo era a título de precario. Concretamente pedía la revocación o anulación del Auto «en lo relativo a la realización de obras en la casa [...] y reparto de la misma entre los cónyuges».

El Juzgado, por providencia, resolvió no tener por personada a la madre y suegra de los litigantes «por no ser [...] parte legítima en este procedimiento». La interesada formuló recurso de reposición diciendo que «con independencia de si es o no parte en el proceso de separación matrimonial, estaba legitimada para oponerse a lo acordado en el Auto de medidas provisionales para defender su derecho de propiedad y de herencia ya que dicho Auto la despoja de sus bienes sin oír la, infringiendo la providencia recurrida los artículos 741 y siguientes de la LEC (de 1881) por cuanto los terceros pueden oponerse a la ejecución por medio de un incidente, cuando en la ejecución no fueron parte, citándose, igualmente, el artículo 24 CE, por la indefensión sufrida». El Juzgado, mediante nueva providencia, acordó «no [haber] lugar a tener por interpuesto [...] recurso de reposición contra la providencia de 14 de febrero de 2000, por no ser [la recurrente] parte legítima en el presente procedimiento».

La interesada presentó recurso de amparo y pidió que se suspendiera la ejecución del auto de medidas provisionales, que fue denegada.

Dejando a un lado ciertos problemas procesales, y una vez resueltos, el TC se centra en dos cuestiones, ambas relacionadas con el derecho a la tutela judicial: la legitimación para ser parte en procesos matrimoniales y la legitimación para oponerse al Auto que disponía la división física de la vivienda, con las consiguiente modificación de la misma.

1) *Legitimación para ser parte en procesos matrimoniales.*—El TC entiende que la negativa judicial a admitir a la madre y suegra como parte en un proceso de separación matrimonial no vulneró el derecho a la tutela judicial. «El procedimiento matrimonial es un proceso que, por su naturaleza de juicio especial, está limitado al conocimiento de las pretensiones relacionadas con el estado matrimonial (nulidad, separación y divorcio), así como al de aquellas otras medidas personales y patrimoniales derivadas de la ruptura de la relación matrimonial, por lo que legitimados en este procedimiento lo están únicamente los cónyuges a los que afectará la sentencia que se dicte y, excepcionalmente, en los supuestos en que ello sea posible, las personas que legalmente los representen (STC 311/2000, de 18 de diciembre). En concreto, y por lo que se refiere a las medidas que se adopten en relación con la vivienda familiar la decisión que en esta materia se establezca en el seno de proceso matrimonial, ya sea con carácter provisional (art. 103.2.ª CC) o definitivo (arts. 91 y 96 CC), se debe establecer atendiendo al interés familiar más digno de protección con el solo objeto de resolver los problemas que plantea la crisis matrimonial y, en principio, sólo vinculará a los cónyuges, sin prejuzgar, por consiguiente, los derechos de contenido patrimonial que un tercero pueda ostentar sobre el inmueble que sirve o ha servido de domicilio conyugal, ya que respecto de estos terceros la resolución que se dicte en el proceso matrimonial no produce los efectos de la cosa juzgada y tiene carácter de *incidenter tantum*» (FJ 5). Con base en este razonamiento, el TC concluye que la recurrente no estaba legitimada para ser parte e intervenir en el juicio de separación matrimonial seguido entre su hijo y su nuera, pues, «ni reúne la condición de cónyuge del matrimonio litigioso, ni los derechos patrimoniales que la demandante dice ostentar sobre la casa que constituía el domicilio familiar de los esposos litigantes podían verse afectados o perjudicados por la decisión que se adoptase en el proceso matrimonial sobre la atribución del uso de la vivienda familiar de la que aduce que los esposos son meros prearistas por ser ella la propietaria de su mitad indivisa y usufructuaria de la otra mitad, ya que para la defensa y ejercicio de dichos derechos tiene abierta la vía del proceso debido constitucionalmente para este tipo de derechos, que es el juicio declarativo que corresponda» (FJ 5).

2) *Legitimación para oponerse al Auto en lo que se refiere a la división física de la vivienda.*—El TC entiende que la respuesta a esta segunda cuestión debe ser diferente, pues la división «es evidente que comporta una alteración física o material del inmueble que, objetivamente, afecta y es susceptible de producir efectos perjudiciales en los derechos que la recurrente dice ostentar sobre la casa. Esta circunstancia legitimaba, en principio, a la recurrente para ser parte en el procedimiento de ejecución, pues, como ya señalamos en los supuestos resueltos por las SSTC 4/1985, de 18 de enero, y 229/2000, de 2 de octubre, el derecho a la tutela judicial efectiva garantiza al tercero cuyos derechos o intereses legítimos puedan verse afectados por la ejecución de una resolución judicial, la legitimación necesaria para ser parte en el procedimiento de ejecución a fin de hacer valer dichos derechos o intereses

legítimos y obtener de los órganos judiciales una resolución motivada a sus pretensiones (arts. 538.3, 541.3, 593.2, 595, 661, 662, 675 y 704.2 LEC/2000), ya que el artículo 24.1 CE impide a los Tribunales, fuera de los casos legalmente previstos, dirigir la actividad ejecutiva contra las personas que no fueron parte en el proceso en el que se dictó la resolución de cuya ejecución se trate y no reúnan la condición de ejecutados» (FJ 7).

3) *Ausencia de lesión material y contenido sólo declarativo de la estimación del amparo.*—El TC entiende que, dadas las concretas circunstancias del caso, la lesión es sólo formal y no material pues «las tesis de la demandante del amparo fueron insistentemente defendidas por su hijo en el proceso matrimonial» y, además, en apelación, tras convertirse las medidas provisionales en definitivas, «la propia Audiencia Provincial le indicó el cauce que debería seguir para hacer valer sus pretensiones, sin que haya sido acreditado en este proceso constitucional que la recurrente haya promovido algún tipo de proceso declarativo en defensa de los que considera son sus derechos patrimoniales sobre la vivienda familiar de su hijo y de su nuera» (FJ 8). En consecuencia, el amparo se otorga pero sin más alcance que el «simple reconocimiento del derecho que la recurrente ostentaba para intervenir en la ejecución de las medidas provisionales acordadas por el Auto de 1 de diciembre de 1999, así como a la declaración de la nulidad de las providencias de 14 y 29 de febrero de 2000 en cuanto negaron la legitimación de la recurrente para intervenir en la referida ejecución» (FJ 8). Entiende el TC que «con este pronunciamiento declarativo de la lesión constitucional sufrida por la recurrente queda restablecido su derecho a la tutela judicial efectiva, sin que sean precisas otras medidas dadas las circunstancias concretas [del caso]» (FJ 8).

STC 169/2003, de 29 de septiembre.

RA: Estimado.

Ponente: Jiménez Sánchez.

Conceptos: Vulneración de los derechos al secreto de las comunicaciones, a la presunción de inocencia y a un proceso con garantías. Sanción fundada en una prueba obtenida ilícitamente. Intervención generalizada de la correspondencia entre presos dentro del mismo establecimiento.

Preceptos de referencia: Artículos 18.3 y 24.2 CE.

Los hechos que motivan la solicitud del amparo tuvieron lugar en un centro penitenciario de Valencia con motivo de la intervención de la correspondencia enviada por un preso a otro del mismo centro pero ubicado en un departamento distinto al suyo. La carta intervenida contenía descalificaciones contra el personal del centro del tipo «son así de cabrones», «técnicos entre comillas», «son un atajo de macarras, macarrones, mercachifles, pasea cafés y cantamañanas». El director del centro adoptó al respecto el correspondiente procedimiento sancionador al considerar que tales insultos constituían una falta grave y previó una sanción de un mes de privación de permisos para el preso autor de la carta. Cabe señalar que la normativa penitenciaria (art. 46.7 del Real Decreto 190/1996) no contempla la posibilidad de que internos de un mismo Centro en departamentos distintos puedan mantener comunicaciones escritas, puesto que pueden facilitar la transmisión de con-

signas entre internos para organizar de manera coordinada desórdenes colectivos, etc...

El recluso interpuso recurso de alzada ante el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Valencia que desestimó el recurso. El auto judicial fue impugnado en reforma por el reo también sin éxito.

La demanda de amparo que presenta el recluso alega la lesión del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) puesto que la intervención de la correspondencia sufrida no se encontraba suficientemente motivada, ni se concretaba la finalidad perseguida con la adopción de tal medida, ni las circunstancias que permitían concluir que la intervención resultaba adecuada para alcanzar dicha finalidad. La demanda sostiene también que la lesión del derecho al secreto de las comunicaciones implica a su vez en este caso la vulneración al derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE).

La sentencia del Tribunal Constitucional señala que el Director del Centro Penitenciario de Valencia notificó al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria que las comunicaciones entre internos al no estar previstas en el Reglamento Penitenciario «se intervendrán con carácter general». Entiende el Tribunal que tal declaración «parte de una premisa errónea, y manifiesta que va a procederse a una actuación que constituye por muy diversas razones una flagrante lesión del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones». Según la sentencia, la intervención de las comunicaciones entre presos de un mismo centro al incidir en un derecho fundamental «deben ser contenidas en una disposición con rango de ley y tendrán que ser aplicadas respetando el principio de proporcionalidad». La resolución del director del centro ha lesionado el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones del recluso «ya que carece de la motivación constitucionalmente exigible (acordando una medida desproporcionada por la falta de una justificación razonable), afecta a la generalidad de los reclusos presentes y futuros (como el caso del recurrente, que en la fecha en que se ordenó la intervención de las comunicaciones no se encontraba en el centro) y tiene carácter temporal». Declara el Tribunal Constitucional que la intervención de la correspondencia tal y como se ha llevado a cabo en este supuesto no cumple las exigencias proclamadas por la doctrina de este Tribunal «especialmente en lo referido a la preceptiva individualización casuística y personal de la medida». Por este motivo admite la lesión del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, declara la nulidad del expediente sancionador y la lesión del derecho a la presunción de inocencia del recurrente.

STC 185/2003, de 27 de octubre.

RA: Estimado.

Ponente: García Manzano.

Conceptos: Derecho a la libertad sindical en relación con las libertades de información y expresión.

Preceptos de referencia: Artículos 28.1, 20.1.d) y 24.1 CE. Artículos 2.1.d) y 2.2.d) LOLS.

Recurso de amparo contra una Sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva que condenó como autor de una falta de injurias a un delegado sindical de un Ayuntamiento por unas declaraciones efectuadas en un periódico

provincial, en las que denunciaba la actuación de la representante legal de la empresa encargada de realizar la limpieza de los centros municipales.

Se alega por parte del recurrente vulneración de su derecho a la libertad sindical en relación a los derechos a la libertad de información y expresión. El Tribunal recuerda, en primer lugar, su doctrina en relación al derecho a la libertad sindical del artículo 28.1 CE, por la cual dicho derecho no se limita a su vertiente organizativa o asociativa, sino que también incluye una vertiente funcional, la del derecho a la actividad sindical, es decir, el derecho a llevar a cabo una libre acción sindical, comprensiva de todos los medios lícitos y sin indebidas injerencias de terceros. Así, la utilización como instrumento de acción sindical de los derechos a la libertad de expresión e información forma parte del contenido esencial del derecho a la libertad sindical. En segundo lugar, el Tribunal considera que las declaraciones litigiosas fueron realizadas por el delegado sindical en el ejercicio de su función representativa, refiriéndose a las condiciones laborales y derechos de unos trabajadores, y que aquéllas no incluían expresiones insultantes u objetivamente injuriosas ajenas al contenido de la información que se transmitía.

En consecuencia, el Tribunal estima el recurso de amparo, entendiendo que se ha producido una vulneración del derecho a la libertad sindical en relación con el derecho a la información.

STC 192/2003, de 27 de octubre.

RA: Estimado.

Ponente: Casas Baamonde.

Conceptos: Tránsito de la buena fe contractual. Derecho a vacaciones retribuidas. Dignidad del trabajador y libre desarrollo de su personalidad. Vida privada. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por resolución no fundada en Derecho.

Preceptos de referencia: Artículos 10.1, 24.1 y 35.1 CE. Artículos 54.2.d) y 38.1 LET.

Se plantea recurso de amparo contra dos Sentencias del Juzgado de lo Social de Murcia y de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia que estimaron la procedencia del despido de un trabajador por transgresión de la buena fe contractual del artículo 54.2.d) LET, al haber trabajado para otra empresa durante el periodo de vacaciones.

Se alega por parte del trabajador vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por el carácter arbitrario o erróneo de la fundamentación de las resoluciones impugnadas en la aplicación del artículo 54.2.d) LET.

El Tribunal defiende su competencia para enjuiciar la mencionada posible vulneración –apartándose de la opinión del Ministerio Público– recordando su doctrina por la cual puede, al examinar una queja fundada en el artículo 24.1 CE, someter a revisión la selección e interpretación de las normas llevadas a cabo por un órgano judicial, cuando quedan afectados otros derechos reconocidos en la CE (en este caso, el derecho al trabajo del art. 35) o principios constitucionales. Entrando en el fondo del asunto, el Tribunal considera que la concepción del derecho a las vacaciones retribuidas, como un derecho–deber por el cual el trabajador está obligado a descansar y prestar fidelidad al empresario durante ese periodo de tiempo, según sostienen las Sentencias impugnadas para declarar la procedencia del despido, no se ajusta

a la actual configuración del derecho a vacaciones anuales retribuidas (art. 38.1 LET) y desconoce la dignidad personal del trabajador y el libre desarrollo de su personalidad (art. 10.1 CE), así como el respeto a su vida privada. De esta manera, la aplicación de la cláusula general de la buena fe en un supuesto de despido disciplinario debe adecuarse a los principios y valores establecidos en la Constitución. El trabajador puede, en consecuencia, desplegar su propia personalidad del modo que estime más conveniente durante el periodo anual de vacaciones.

STC 212/2003, de 1 de diciembre.

RA: Estimado.

Ponente: Casas Baamonde.

Conceptos: derechos a la presunción de inocencia, a ser informado de la acusación, a la defensa, a un proceso con todas las garantías y a la tutela judicial efectiva sin indefensión. Derecho a la libertad de expresión de interno en centro penitenciario.

Preceptos de referencia: Artículos 24.1, 24.2, 20.1 y 25.2 CE.

El origen del presente recurso de amparo se encuentra en un Auto de un Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Castilla-León que estimó la queja de un interno con relación al hecho que se le habían esparcido sus pertenencias por la celda y había sido insultado por un funcionario de prisiones. En el mismo Auto, no obstante, se ordenaba al interno que se abstuviera de referirse a cualquier funcionario de prisiones con la expresión «Sr. Carcelero», so pena de incurrir en la falta disciplinaria del artículo 109.a) del Reglamento Penitenciario.

Se presenta recurso de amparo ante la mencionada decisión del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, así como el Auto de la Audiencia Provincial de Palencia que confirmaba la decisión de la instancia. Se alega por parte del recurrente vulneración de los derechos a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), a ser informado de la acusación, a la defensa, a un proceso con todas las garantías y a la tutela judicial efectiva sin indefensión (arts. 24.2 y 24.1 CE), y a la libertad de expresión (art. 20.1 CE) en relación con el artículo 25.2 CE.

El Tribunal aprecia una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión en la admonición que realiza el Juzgado al interno de incurrir en infracción del Reglamento Penitenciario de seguir refiriéndose a un funcionario de prisiones con la expresión «Sr. Carcelero», ya que se trata de una medida restrictiva de la libertad de expresión impuesta por un órgano judicial incompetente y en el marco de un procedimiento sustanciado sin las debidas garantías. En concreto, se afirma por parte del Tribunal que el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria carece de jurisdicción para amparar el derecho al honor del funcionario de prisiones y que la decisión fue tomada en el marco de una queja suscitada por el propio interno, quien nada pudo alegar durante el proceso frente a la limitación a su libertad de expresión.

Por consiguiente, el Tribunal estima el recurso de amparo presentado por el interno al haberse producido, en las resoluciones impugnadas, vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión y, de forma derivada, del derecho a la libertad de expresión.

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencias comentadas

Tercería de dominio fundada en privatividad de finca embargada como ganancial. Otorgamiento de capitulaciones matrimoniales pactando el régimen de separación de bienes con anterioridad a la adquisición por la esposa de la finca embargada (comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 2004) *

ANTONIO CABANILLAS SÁNCHEZ

Catedrático de Derecho civil
Universidad Carlos III de Madrid

SUMARIO: I. Hechos.–II. Doctrina de la sentencia del Tribunal Supremo.–III. Comentario.

I. HECHOS

La esposa promovió demanda de tercería de dominio contra su marido y la entidad ejecutante, para que se alzara el embargo trabado sobre una finca inscrita registralmente como presuntivamente ganancial, pero que en la demanda de tercería se afirmaba que era privativa de la esposa por haberla adquirido dos años después de otorgar el matrimonio capitulaciones estableciendo el régimen de separación de bienes y muchos años antes de contraer su marido la deuda. La entidad ejecutante se opuso a la tercería alegando que la actora ni siquiera aportaba con su demanda la escritura de capitulaciones matrimoniales, y que al adquirir la finca embargada no había hecho la ahora

* Esta sentencia fue objeto de comentario en el seminario Federico de Castro, dirigido por el profesor Díez-PICAZO.

tercerista mención alguna de tales capitulaciones ni acreditado que el precio se pagara con dinero privativo, manteniendo la finca como presuntamente ganancial. Además, la misma tercerista, hasta un escrito presentado en el Registro de la Propiedad muy poco antes de promover la tercería, había dejado la puerta abierta al mantenimiento del carácter ganancial o privativo según le conviniera, y, en fin, que sólo al recaer seis embargos sobre la finca en cuestión había decidido la tercerista utilizar como arma la escritura de capitulaciones matrimoniales, hasta entonces inexistente por falta de publicidad. Igualmente la ejecutante codemandada de tercería formuló reconvencción para que, con base en los artículos 79 de la Ley Hipotecaria (LH) y 173 de su Reglamento, se declarara la nulidad de la inscripción registral de la finca como privativa, practicada en virtud del mencionado escrito que la tercerista dirigió al Registro de la Propiedad poco antes de promover la tercería.

La sentencia de primera instancia, razonando que la finca no era ganancial ni de la exclusiva propiedad de la tercerista sino de ésta y su esposo en régimen de copropiedad, debiendo presumirse por cuotas iguales conforme a los artículos 393 y 1441 del Código Civil (CC), desestimó íntegramente la demanda de tercería y estimó de manera íntegra la reconvencción, denegando la cancelación del embargo sobre la finca por entender aplicables los artículos 6 y 7 del Código de Comercio (CCO), ordenó rectificar la inscripción tercera de la finca como presuntamente ganancial y declaró la nulidad de la inscripción cuarta de la misma finca como privativa de la tercerista.

Interpuesto recurso de apelación por la esposa tercerista y adherida a la impugnación la ejecutante codemandada-reconviniente para que se declarase el carácter ganancial de la finca embargada, el Tribunal de segunda instancia, desestimando aquél y estimando la impugnación adhesiva, revocó la sentencia en el único sentido de declarar que la finca litigiosa tenía carácter ganancial y estaba afectada a las responsabilidades económicas declaradas en el juicio ejecutivo, razonando a tal efecto que la modificación del régimen económico matrimonial había respondido a un propósito fraudulento, que no se había practicado inventario ni efectiva liquidación ni adjudicación de bienes tras el otorgamiento de las capitulaciones, que por tanto subsistía la responsabilidad del patrimonio ganancial anterior a la ficticia disolución y liquidación de la sociedad de gananciales y que la finca litigiosa había sido adquirida en realidad para el patrimonio común de los cónyuges y exhibida en su significación y potencia patrimonial como señuelo de solvencia a acreedores. Contra la sentencia de apelación recurrió en casación la esposa tercerista, siendo rechazados los cuatro motivos alegados, confirmando el Tribunal Supremo (TS) plenamente el fallo de la sentencia de la Audiencia Provincial (AP) en virtud de los razonamientos que exponemos en el siguiente apartado.

II. DOCTRINA DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

El TS, en la sentencia que es objeto del presente comentario, de la que es ponente el Excmo Sr. D. Francisco Marín Castán, analiza de manera pormenorizada los motivos del recurso, de anómala formulación, según el mismo, y por ello indica cuáles serían las normas y la jurisprudencia más específicamente aplicables a los hechos probados.

Después de referirse a los artículos 1275, 1328, 1333, 1392-4.º y 1396 del CC; 77 de la Ley del Registro Civil (LRC); 75 del Reglamento Hipoteca-

rio (RH), y 90.2 y 94.1 también del CC, nuestro TS tiene en cuenta la jurisprudencia de esta Sala, considerando especialmente significativa, en relación con el caso, la sentencia de 25 de febrero de 1999 que con base en el artículo 1328 del CC declaró la nulidad de unas capitulaciones matrimoniales, anteriores incluso a la deuda contraída por el marido y pese a que en ellas se hacía una distribución de bienes concretos entre los cónyuges, razonando que «la nulidad de las relaciones jurídicas también procede cuando se proyecta sobre actuaciones futuras que se idean para perjudicar los legítimos derechos de los terceros» y que «no se puede alegar y sostener que existe causa verdadera y lícita en la escritura de capitulaciones con sólo el argumento de que el crédito mercantil contraído fue posterior a dicha escritura», ya que «la causa existe, pero se presenta ilícita atendiendo al fin perseguido». No menos importante es la sentencia de 25 de septiembre de 1999 que, ratificando el criterio de la de 6 de junio de 1994, declaró que la inscripción de la modificación del régimen económico matrimonial en el Registro Civil «no altera el régimen de publicidad registral inmobiliaria con las garantías que a terceros ofrece el mismo, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 1333 del CC respecto a inmuebles concretos y determinados que resultasen afectados por las capitulaciones matrimoniales y en cuanto a la toma de razón en el Registro de la Propiedad», así como que resultaría absurdo permitir «que los cónyuges hicieran uso de sus pactos capitulares en el momento que reputasen más beneficioso para sus intereses». En el orden al tiempo para hacer valer la nulidad, la sentencia de 14 de marzo de 2000, con cita de las de 6 de abril de 1984, 10 de octubre de 1988, 23 de octubre de 1992, 8 de marzo de 1994 y 9 de mayo de 1995, recuerda la inaplicabilidad del plazo límite de cuatro años del artículo 1301 del CC cuando lo apreciado sea una nulidad radicial o absoluta, cual sucede en los casos de ilicitud de la causa. Por último, en lo que atañe a la forma de oponer la nulidad del título del demandante en las tercerías de dominio, la jurisprudencia entiende que, dado el limitado ámbito de éstas, basta con alegarla por vía de excepción o de mera alegación opositora (sentencias de 16 de abril y 8 de junio de 2003, ambas con cita de otras muchas).

La proyección de dicha normativa legal o de esta doctrina jurisprudencial a los hechos probados determina de manera bien clara la inviabilidad de la tercería de dominio que planteó la recurrente, es decir, la esposa, porque los mismos son rotunda y concluyentemente demostrativos de que, como con toda razón entendió el Tribunal sentenciador, las capitulaciones matrimoniales otorgadas en el año 1985 y que no se hicieron valer por la tercerista hasta diez años después, precisamente cuando vio desestimado el incidente que ella misma había promovido al amparo del artículo 1373 del CC alegando la ganancialidad de la finca embargada, eran una pura vaciedad, un mero instrumento formal otorgado por los cónyuges no para su fin propio de liquidar la sociedad de gananciales sino para el manifiestamente ilícito de poder jugar en el futuro la carta de la ganancialidad o de la privatividad según les conviniera y en perjuicio de sus acreedores. De ahí que frente a la sentencia recurrida nada puedan los motivos del recurso, impregnados de una visión de las normas y de la jurisprudencia que tiende a imponer la pura apariencia o las formalidades extrínsecas sobre razones de fondo tan poderosas como las que inspiran los artículos 1275 y 1328 del CC, el artículo 7 del mismo cuerpo legal o el artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ). Y es que la circunstancia de que en el caso examinado las capitulaciones matrimoniales fueran anteriores y no, como suele ser habitual cuando se intenta burlar los derechos de los acreedores, posteriores a la deuda, no elimina por sí sola

la ilicitud de su otorgamiento, sino que en realidad viene a reforzarla al indicar, dados los hechos que se declaran probados, que sus otorgantes eran conscientes del obstáculo que el artículo 1317 del CC podía representar para el fin que perseguían.

La recurrente se opone a la sentencia recurrida por considerar inexistente un *consilium fraudis* que a la larga se erige en fundamento único de la sentencia. Para el TS, basta sin embargo leerla desapasionadamente para comprobar lo infundado de tales reproches, pues el fundamento jurídico segundo de la sentencia recurrida toma como punto de partida los hechos que la de primera instancia declaró probados y, con base en los mismos, entiende que la modificación del régimen económico matrimonial respondió a un designio fraudulento.

La recurrente esgrime la intempestiva introducción del fraude de acreedores en el debate jurídico por la sentencia recurrida, pero desconoce que la intencionada ocultación de las capitulaciones matrimoniales por los cónyuges para dejar una puerta abierta a la ganancialidad o privatividad de sus bienes fue precisamente la razón fundamental por la que la ejecutante code mandada no sólo se opuso a la tercería sino que además formuló reconvencción para que se declarase nula la inscripción 4.^a de la finca, de suerte que, adherida en su momento esta misma parte a la impugnación de la sentencia de primera instancia por no haber declarado ésta la ganancialidad de la finca, tampoco se alcanza a comprender cómo puede alegarse ahora en casación una «intempestiva introducción» en el debate del designio fraudulento de las capitulaciones matrimoniales, cuando tal designio era, sobre cualquier otra cuestión, el núcleo mismo del debate.

La razón causal del fallo impugnado consiste precisamente en la irrealidad material de una separación de bienes meramente formal o aparente. Por ello la alegación de la falta de prueba del designio fraudulento de la tercerista y su marido no es más que una queja tan puramente voluntarista como rotundamente desmentida por los hechos documentalmente constatados.

III. COMENTARIO

Esta sentencia establece una doctrina que contrasta con la comúnmente adoptada por la Sala I.^a de nuestro TS, seguida por numerosas sentencias de las Audiencias Provinciales, cuando se produce una modificación del régimen económico matrimonial en perjuicio de terceros y, en concreto, de los acreedores de uno de los cónyuges. Son numerosas las sentencias del TS, como hemos tenido ocasión de poner de relieve en diversos estudios doctrinales y jurisprudenciales ¹, que protegen, a través de diversas vías, a

¹ CABANILLAS, «La mutabilidad del régimen económico matrimonial», *ADC*, 1994, pp. 168 ss., con amplia información doctrinal y jurisprudencial. También M. J. PÉREZ GARCÍA, «La ineficacia de la liquidación de la sociedad de gananciales: estudio jurisprudencial», *ADC*, 2002, pp. 228 ss., con referencia también a las sentencias de las Audiencias Provinciales. De especial interés, por su análisis de la jurisprudencia, BLASCO, «Modificación del régimen económico matrimonial y perjuicio de terceros: la norma del artículo 1317», *ADC*, 1993, pp. 593 ss., y GUILARTE GUTIÉRREZ, *Impugnación de capitulaciones matrimoniales en fraude de acreedores, Jurisprudencia práctica*, número 20, Madrid, 1991. Además, RAGEL, «El acreedor frente a la disolución de la sociedad de gananciales», en *Centenario del Código Civil*, II, Madrid, 1991, pp. 1675 ss.

los acreedores de alguno de los cónyuges cuando otorgan capitulaciones matrimoniales que motivan la adopción del régimen de separación de bienes con disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, adjudicándose los bienes más valiosos y de más sencilla identificación al cónyuge que no intervino en el negocio que dio lugar al surgimiento de la deuda. Estos bienes, si son inmuebles (como es habitual), se inscriben a nombre del cónyuge no deudor con el carácter de propios en el Registro de la Propiedad. De esta manera los acreedores se encuentran con un importante obstáculo para cobrar todo lo debido, ya que, como hemos señalado, los bienes más valiosos y de más fácil identificación del matrimonio han dejado de pertenecer al cónyuge que contrajo la deuda. Con tan sencillo procedimiento los cónyuges tratan de conseguir que dichos bienes queden al margen de toda responsabilidad frente a los acreedores del cónyuge deudor. Al inscribirse los bienes inmuebles a nombre del cónyuge deudor con carácter de propios, el Registrador de la Propiedad denegará la anotación preventiva de embargo, teniendo en cuenta los artículos 20 y 38 de la LH y 144 del RH ².

Frente al procedimiento defraudatorio descrito, muy utilizado en la práctica, como evidencian las numerosas sentencias que lo contemplan ³, nuestro ordenamiento jurídico dispensa una adecuada protección a los acreedores. Parece que el mecanismo adecuado sería el de la acción rescisoria por fraude de acreedores, ya que es evidente el propósito fraudulento de los cónyuges. Sin embargo, el ejercicio de la acción rescisoria cuando se han otorgado capitulaciones matrimoniales para defraudar a los acreedores, sólo procede cuando éstos no puedan de otro modo cobrar lo que se les deba, como dispone el artículo 1291-3.º del CC. En este sentido, es indudable el carácter subsidiario de la acción rescisoria, disponiendo con suma claridad el artículo 1294 del CC que la acción rescisoria es subsidiaria, ya que no podrá ejercitarse sino cuando el perjudicado carezca de otro recurso legal para obtener la reparación del perjuicio. Y lo cierto es que este recurso legal existe en nuestro Derecho, encontrándose en el artículo 1317 del CC, puesto en conexión con los artículos 1401 y 1402 del CC, aplicados de manera reiterada por nuestro TS en el caso apuntado ⁴, siendo la deuda contraída por el cónyuge consorcial, es decir, a cargo de la sociedad de gananciales, en consonancia con el criterio acogido por la generalidad de nuestra doctrina ⁵. Ya hemos tenido ocasión de subrayar la enorme importancia que tiene, en el marco de la sociedad de gananciales, que la deuda contraída por el marido sea consorcial o privativa, siendo diferente la protección de los acreedores en uno y otro caso. Es opinión generalizada que, a diferencia de lo que acontece cuando la deuda es consorcial, el acreedor privativo de un cónyuge no puede invocar la inoponibilidad de la disolución de la sociedad de gananciales a consecuencia de la adopción en capitulaciones matrimoniales del régimen de separación de bienes, en base al artículo 1317 del CC, y de esta manera embargar bienes que se han adjudicado al cónyuge del deudor. Si el artículo 1373 del CC prevé que el acreedor privativo puede pedir el embargo de bienes gananciales concretos, no cabe para conseguir, una vez disuelta la sociedad de gananciales, el embargo directo de un bien ganancial concreto,

² CABANILLAS, *op. cit.*, p. 168.

³ Amplia información jurisprudencial por CABANILLAS, *op. cit.*, pp. 172 ss., y M. J. PÉREZ GARCÍA, *op. cit.*, pp. 236 ss.

⁴ Amplia información jurisprudencial por CABANILLAS, *op. cit.*, pp. 176 ss., y M. J. PÉREZ GARCÍA, *op. cit.*, pp. 236 ss.

⁵ CABANILLAS, *op. cit.*, pp. 172 ss., y M. J. PÉREZ GARCÍA, *op. cit.*, pp. 236 ss.

invocar el principio contenido en el artículo 1317 del CC, pues los acreedores privativos del cónyuge no tienen el derecho adquirido a embargar bienes gananciales concretos⁶. La importante sentencia del TS de 7 de noviembre de 1992 engarza perfectamente los citados preceptos (los arts. 1317, 1401 y 1402 del CC), destacando el carácter subsidiario de la acción rescisoria que proclama el artículo 1294 del CC, sin que la normativa hipotecaria constituya obstáculo alguno para la persecución de los bienes que en la liquidación de la sociedad conyugal se adjudicaren a cada uno de los esposos (art. 144.2 del RH)⁷. A tenor del artículo 1317 del CC, «la modificación del régimen económico matrimonial realizada durante el matrimonio no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros». Como es lógico, este precepto parte de la base de que los terceros (fundamentalmente los acreedores de algunos de los cónyuges) han tenido que adquirir el derecho con anterioridad a la modificación del régimen económico matrimonial, que, como hemos apuntado anteriormente, se concreta normalmente en la adopción del régimen de separación de bienes con disolución y liquidación de la sociedad de gananciales en virtud de capitulaciones otorgadas constante matrimonio. Probado el carácter ganancial de la deuda, y que la misma es de fecha anterior a la modificación del régimen económico matrimonial, procede, tal y como señalan las sentencias del TS de 19 de febrero y 15 de junio de 1992, que el acreedor alegue en juicio la norma del artículo 1317 del CC, con el fin de poder dirigirse contra los bienes que, antes de la liquidación de la sociedad de gananciales, tenían carácter ganancial, y ello con independencia del cónyuge a quien se le hayan adjudicado. Todo ello encuentra apoyo legal en los artículos 1317, 1401 y 1402 del CC, teniendo presente que los mencionados preceptos sólo son de aplicación a las deudas gananciales⁸. Evidentemente, si el derecho no ha sido adquirido por los acreedores antes de que tenga lugar la modificación del régimen económico matrimonial que regía las relaciones patrimoniales entre los cónyuges, es imposible que pueda aplicarse el artículo 1317 del CC, que parte de este presupuesto, como afirma expresamente. Parece que sólo de esta manera se les puede perjudicar, pues si no han adquirido un derecho antes de la modificación del régimen económico matrimonial, difícilmente se les va a causar un perjuicio. Para ser perjudicado el acreedor, ha tenido que haber adquirido el derecho antes de la modificación del régimen económico matrimonial a través del otorgamiento de capitulaciones, pues si el derecho ha sido adquirido con posterioridad al otorgamiento de las mismas, no cabe apreciar un perjuicio invocable por los acreedores, por lo que, con toda lógica, nuestro CC sólo contempla el caso típico de derechos ya adquiridos por terceros, es decir, de derechos que han sido adquiridos antes de que se produzca la modificación del régimen económico matrimonial. Precisamente, el peligro de que el otorgamiento de capitulaciones constante matrimonio sea un instrumento utilizado por los cónyuges para defraudar a los terceros, en concreto, a los acreedores, que se conecta a la mutabilidad del régimen económico matrimonial, consagrada por el artículo 1326 del CC, únicamente se pone de manifiesto cuando la deuda contraída por alguno de los cónyuges es anterior al otorgamiento de las capitula-

⁶ CABANILLAS, *op. cit.*, pp. 184 y 185, con amplia referencia a la doctrina de la DGRN, que se pronuncia reiteradamente en este sentido; M. J. PÉREZ GARCÍA, *op. cit.*, pp. 234 ss.; JEREZ DELGADO, *Los actos jurídicos objetivamente fraudulentos (la acción de rescisión por fraude de acreedores)*, Madrid, 1999, pp. 261 ss.

⁷ Sobre esta importante sentencia, CABANILLAS, *op. cit.*, pp. 173 ss.

⁸ M. J. PÉREZ GARCÍA, *op. cit.*, pp. 236 y 237.

ciones matrimoniales que implican la disolución de la sociedad de gananciales al adoptarse el régimen de separación de bienes. Nadie plantea el apuntado peligro, hablando de que existe una desprotección de los terceros en la mutabilidad de las capitulaciones, cuando la deuda fue contraída por el cónyuge con posterioridad al otorgamiento de las mismas, rigiendo entonces el régimen de separación de bienes. El problema de la señalada desprotección de los terceros se plantea exclusivamente cuando éstos (normalmente, acreedores de un cónyuge) han adquirido derechos con anterioridad al cambio o la modificación del régimen económico matrimonial, que regía las relaciones patrimoniales entre los cónyuges cuando uno de ellos contrajo la deuda ⁹.

Como hemos apuntado ¹⁰, es perfectamente legítimo el deseo de los cónyuges de poner una parte importante de los bienes del matrimonio a cubierto cuando uno de ellos está dedicado a una actividad arriesgada desde el punto de vista económico. Si la situación es de peligro potencial, cara al futuro, puede ser incluso aconsejable la adopción en capitulaciones matrimoniales del régimen de separación de bienes, tratando de preservar la economía familiar, sin que ello implique fraude o perjuicio para terceros, al no ser afectados derechos ya adquiridos por ellos. Precisamente en Francia el deseo de evitar o limitar los riesgos empresariales constituye uno de los motivos más frecuentes que aparece en las demandas de homologación judicial dirigidas a la sustitución del régimen de comunidad por el de separación. Incluso la jurisprudencia francesa más reciente ha permitido el cambio del régimen económico matrimonial (sistema de mutabilidad judicialmente controlada) cuando la situación financiera de los cónyuges está comprometida, siempre que existan garantías que protejan suficientemente a los acreedores.

Respecto a los posibles acreedores futuros, al no haber adquirido lógicamente ningún derecho con anterioridad al otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales, no parece que sufran perjuicio alguno, y por ello, difícilmente puede pensarse en una conducta fraudulenta de los cónyuges por el solo hecho de otorgar capitulaciones matrimoniales, con adopción del régimen de separación de bienes y consiguiente disolución de la sociedad de gananciales. Por esta razón, no se aprecia que en tal caso exista un *consilium fraudis*, y por tal motivo, es improcedente afirmar el carácter fraudulento de las capitulaciones matrimoniales y de la adopción del régimen de separación de bienes. Este razonamiento está presente en el recurso de casación interpuesto por la esposa que presentó la demanda de tercería de dominio sobre la finca embargada, y su pretensión debería haber tenido mejor suerte, prosperando el citado recurso, frente a la sentencia de la AP. Sin embargo, el TS, en consonancia con el razonamiento de esta sentencia, rechaza todos los motivos esgrimidos por la esposa recurrente, como hemos visto, con una argumentación muy discutible, si tenemos en cuenta todo lo que hemos dicho. Hay que observar que no cabe aplicar el artículo 1317 del CC, ya que la finca embargada era privativa de la esposa tercerista por haberla adquirido dos años después de otorgar los cónyuges capitulaciones matrimoniales estableciendo el régimen de separación de bienes, con disolución de la sociedad de gananciales, y muchos antes de contraer su marido la deuda. A pesar de ello, nuestro TS, en la sentencia que comentamos, no considera pertinente la tercería de dominio, interpuesta por la esposa, con una argumentación que no compartimos, y tal vez, acogiendo una solución que choca con la que se infiere de nuestro ordenamiento jurídico,

⁹ CABANILLAS, *op. cit.*, pp. 169 y 170.

¹⁰ CABANILLAS, *op. cit.*, pp. 168 y 169.

plasmada fundamentalmente en el tan citado artículo 1317 del CC, en clara conexión con los artículos 1401 y 1402 del mismo texto legal.

En efecto, como hemos tenido ocasión de poner de relieve ¹¹, el artículo 1317 del CC establece una salvaguarda o garantía que consiste en la relatividad o irretroactividad de los pactos de modificación del régimen económico conyugal, que en ningún caso perjudicarán los derechos ya adquiridos por terceros, como afirma la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley sobre reforma de determinados artículos del Código Civil y del Código de Comercio sobre la situación de la mujer casada y los derechos y deberes de los cónyuges, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes de 30 de octubre de 1974. Se sanciona de esta manera el principio de irretroactividad: no han de quedar afectadas por el acto de novación las situaciones ya creadas a favor de terceros. Con notable exactitud y acierto, la sentencia del TS de 17 de febrero de 1986 precisa la función del artículo 1317: significa que los acreedores de cualquiera de los esposos no resultarán afectados por la liquidación del estatuto patrimonial anterior, ni por el establecimiento de nuevas pautas, siempre que los derechos hayan nacido en el momento del cambio, respecto de los cuales persistirá la situación originaria, con la responsabilidad consiguiente frente a las deudas que a los bienes gravaban. En rigor, de acuerdo con el artículo 1317 del CC, en caso de perjuicio, lo único que tiene que probar el acreedor o titular del derecho es la anterioridad de éste a la modificación. De esta manera se facilita extraordinariamente la protección de los terceros, que objetivamente pueden desconocer la modificación del régimen económico matrimonial cuando perjudica derechos ya adquiridos por ellos.

Nuestro TS trata de superar el obstáculo que representa el mencionado precepto, afirmando que las capitulaciones no tienen una causa verdadera y lícita, sin que la circunstancia de que la deuda contraída por el marido sea posterior al otorgamiento de las capitulaciones constituya un argumento que se pueda alegar a favor de la validez de las mismas, ya que tienen causa, pero se presenta ilícita atendiendo al fin perseguido. Se tiene en cuenta que las capitulaciones matrimoniales han sido otorgadas por los cónyuges pensando en actuaciones futuras con la idea de perjudicar legítimos derechos de terceros. Por ello las mismas son nulas, ya que el TS considera, con carácter general, que la nulidad de las relaciones jurídicas también procede cuando se proyecta sobre actuaciones futuras que se idean para perjudicar los legítimos derechos de los terceros. Además, es absurdo que los cónyuges puedan hacer uso de sus pactos capitulares en el momento que consideren más beneficioso para sus intereses.

El TS señala la ilicitud de las capitulaciones matrimoniales en el caso de autos, afirmando por ello la inviabilidad de la tercería de dominio que planteó la esposa recurrente, porque las capitulaciones, en las que se adoptó el régimen de separación de bienes, con disolución de la sociedad de gananciales, fueron un mero instrumento formal otorgado por los cónyuges no para su fin propio de liquidar la sociedad de gananciales, sino para el manifiestamente ilícito de poder jugar en el futuro la carta de la ganancialidad o de la privatividad según les conviniera y en perjuicio de sus acreedores.

Por este motivo, el TS considera que la circunstancia de que en el caso examinado las capitulaciones matrimoniales fueran anteriores y no, como suele ser habitual cuando se intenta burlar los derechos de los acreedores, posteriores a la deuda, no elimina por sí sola la ilicitud de su otorgamiento,

¹¹ CABANILLAS, *op. cit.*, pp. 177 ss.

sino que en realidad viene a reforzarla al indicar, dados los hechos que se declaran probados, que sus otorgantes eran conscientes del obstáculo que el artículo 1317 del CC podía representar para el fin que perseguían.

El TS entiende que la modificación del régimen económico matrimonial respondió a un designio fraudulento (*consilium fraudis*), consistente en la intencionada ocultación de las capitulaciones matrimoniales por los cónyuges para dejar una puerta abierta a la ganancialidad o la privatividad de sus bienes, la cual fue precisamente la razón fundamental por la que la ejecutante code mandada no sólo se opuso a la tercería sino que además formuló reconvencción para que se declarase nula la inscripción de la finca. Por ello existe ilicitud de la causa en el otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales. Para el TS existe una irrealidad material de la separación de bienes, por ser meramente formal o aparente. Existe un designio fraudulento de la tercerista y su marido.

A nuestro juicio, hay que observar que la finca embargada fue comprada por la esposa dos años después del otorgamiento de las capitulaciones y la inscripción de éstas en el Registro Civil, por lo cual no sólo el artículo 1317 del CC, en conexión con los artículos 1401 y 1402 del CC, sino también el artículo 1333 del mismo texto legal, hacen difícil que se puedan poner obstáculos a la demanda de tercería de dominio interpuesta por la esposa, en relación con una finca que según las capitulaciones matrimoniales anotadas en el Registro Civil es privativa de aquélla. La publicidad que despliega el Registro Civil es oponible a los terceros (art. 77 de la LRC), y, por tanto, los futuros acreedores no podían desconocer la existencia de las capitulaciones matrimoniales que otorgaron los cónyuges, adoptando el régimen de separación de bienes, con la consiguiente disolución de la sociedad de gananciales.

Como afirma la mencionada sentencia del TS de 25 de septiembre de 1999, la modificación del régimen económico matrimonial sólo afecta a terceros desde la fecha de su inscripción registral (Sentencia de 26 de junio de 1992), por lo que su eficacia y disponibilidad está en función de la inscripción en el Registro Civil, que no altera el régimen de publicidad registral inmobiliaria —dice la sentencia de 6 de junio de 1994— con las garantías que a terceros ofrece el mismo, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 1333 del CC respecto a inmuebles concretos y determinados que resultasen afectados por las capitulaciones matrimoniales y en cuanto a la toma de razón en el Registro de la Propiedad.

Con suma claridad, la sentencia del TS de 8 de marzo de 1999 pone de relieve que aunque la alegada dinámica del régimen de separación de bienes entre cónyuges llevara a la responsabilidad personal de las deudas, como razona la primera sentencia y ratifica la impugnada, no se ha probado la inscripción de las correspondientes capitulaciones matrimoniales, otorgadas en 1980, ni en el Registro Civil, ni en el de la Propiedad, no surtiendo por ello efectos frente a terceros, pues al no tenerse conocimiento de tal hecho ha de presumirse que se rigen por la sociedad de gananciales.

La circunstancia de que no se liquidara la sociedad de gananciales, como es habitual, no implica *per se* que dichas capitulaciones matrimoniales respondan necesariamente a un fin ilícito, consistente en un designio fraudulento de la esposa tercerista y su marido, teniendo un carácter meramente formal o aparente, de tal manera que existe irrealidad material de la separación de bienes.

A nuestro juicio, es perfectamente lícito que tras el otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales no se liquide la sociedad de gananciales, sin

que tenga carácter obligatorio o imperativo para los cónyuges, como ha puesto de manifiesto nuestra doctrina, la cual ha analizado con detenimiento la problemática que plantea la disolución de la sociedad de gananciales mientras no se proceda a su liquidación.

Como observa nuestra doctrina ¹², el problema que se plantea se concreta en determinar el régimen jurídico de la sociedad disuelta y no liquidada. Producida la disolución se abre un período liquidatorio. Puede ocurrir –y no es infrecuente que ocurra– que los interesados, no obstante ello, no lleven a cabo la liquidación y que la fase de interinidad se prolongue durante un largo período de tiempo. Suele suceder así en muchos casos de disolución por muerte, entre el supérstite y los herederos del premuerto, y también, aunque en menor frecuencia, entre los propios cónyuges cuando modifican constante matrimonio su régimen económico o cuando se divorcian. Con toda razón, se rechaza que la sociedad de gananciales no se extinga hasta que no llega el momento de su completa liquidación, apareciendo algo así como una especie de sociedad de gananciales continuada, de manera que continuarán rigiendo entre los partícipes o sus herederos las mismas reglas de la sociedad. Ello determinaría como consecuencia el que los frutos y rentas del capital y trabajo continuarían incrementando la sociedad y el régimen de responsabilidad, gestión y disposición continuará siendo el mismo que anteriormente. Esta tesis no parece sostenible. No hay razón para incrementar el patrimonio común con las rentas del trabajo e industria o con las rentas de capital de los bienes que no sean comunes sino privativos, y falta toda posibilidad de aplicar las reglas sobre gestión, administración y disposición de los gananciales. Por ello parece más correcto entender que estamos en presencia de un patrimonio colectivo, formado por los bienes que fueron gananciales, cuya titularidad la ostentan los cónyuges, si la causa de disolución no es la muerte de uno de ellos, o el cónyuge supérstite y los herederos del premuerto en otro caso. En relación con la naturaleza de dicho patrimonio colectivo, parece razonable sostener que no estamos ante una comunidad sobre cada uno de los bienes o derechos, que se regularían por los artículos 392 y siguientes del CC. En función de la remisión que el Código hace a la partición y liquidación de la herencia (cfr. art. 1410 del CC) para normativizar la problemática de la liquidación de la sociedad de gananciales, es probable que sea una comunidad de naturaleza especial equiparable a la comunidad hereditaria antes de la partición, es decir, tendremos un patrimonio cuya titularidad la ostentan varias personas. No hay cuotas sobre cada bien específico, sino que se proyectan sobre aquella titularidad (Sentencias de 21 de noviembre de 1987, que habla de «conjunto de bienes con cotitularidad ordinaria», 8 de marzo de 1995 y 11 de mayo de 2000) ¹³.

Las consideraciones expuestas en torno a la sociedad de gananciales disuelta pero no liquidada evidencian, sin ningún género de duda, que de la circunstancia de que los cónyuges no liquiden la sociedad de gananciales disuelta no se puede inferir que, frente a acreedores futuros, es como si no se hubieran otorgado capitulaciones matrimoniales, con la adopción del régi-

¹² Por todos, Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, IV, Madrid, 2003, pp. 197 ss.

¹³ Díez-PICAZO y GULLÓN (*op. cit.*, pp. 198 ss.) exponen con rigor el régimen jurídico especial de esta comunidad, señalando las reglas que deben entenderse aplicables, sin perjuicio de las propias de la comunidad hereditaria.

men de separación de bienes, máxime cuando, como hemos visto, estas capitulaciones tuvieron acceso al Registro Civil y son por tanto oponibles a terceros, de conformidad con los artículos 1333 del CC, 77 de la LRC y 266 del RLRC. De acuerdo con estos preceptos, en ningún caso el tercero de buena fe resultará perjudicado sino desde la fecha de la indicación de la existencia del pacto, resolución judicial y demás hechos que modifiquen el régimen de la sociedad conyugal al margen de la inscripción de matrimonio. Por esto es muy cuestionable la afirmación de que las capitulaciones matrimoniales tuvieran una causa ilícita y su fin defraudar a los acreedores, especialmente cuando no existían los mismos en el momento de su otorgamiento y mención en el Registro Civil. No parece que pueda afirmarse por todo ello la nulidad de las capitulaciones matrimoniales. Frente a la tesis de la nulidad de las mismas por ilicitud de la causa, que sustenta la sentencia que comentamos, hay que observar, para evitar cualquier equívoco, que la circunstancia de que las capitulaciones matrimoniales no sean oponibles a los acreedores, como sustentamos nosotros, en la medida que afecten a derechos que han adquirido con anterioridad al otorgamiento de las capitulaciones modificativas, se explica por su relatividad e irretroactividad, como destaca la mencionada Exposición de Motivos del Proyecto de 1974, y no porque éstas sean nulas. En ningún aspecto existe, a nuestro juicio, nulidad de las capitulaciones matrimoniales, sino inoponibilidad de las mismas frente a los acreedores perjudicados por la modificación del régimen económico matrimonial a través del otorgamiento de capitulaciones, siendo reiterada la doctrina del TS en este sentido ¹⁴. Tampoco parece que pueda afirmarse que exista fraude de acreedores (art. 1335 en conexión con el art. 1391-3.º del CC), debido a que las deudas contraídas por el marido fueron muy posteriores al otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales, por lo que es indudable la inaplicabilidad del artículo 1317 del CC, en conexión con los artículos 1401 y 1402 del CC, que, si lo fuera, impediría el ejercicio de la acción rescisoria por fraude de acreedores, a consecuencia de su carácter subsidiario (art. 1294 del CC), siendo además problemático afirmar dicho fraude cuando, como hemos apuntado, las capitulaciones tuvieron acceso al Registro Civil y por consiguiente eran oponibles a los terceros, es decir, a los futuros acreedores, que no podían desconocer su existencia, por lo que cae por su base el pretendido *consilium fraudis* de los cónyuges. No creemos, por tanto, que exista alguna razón de peso que se oponga a la procedencia de la demanda de tercería de dominio ejercitada por la esposa, pues como sabemos, ésta había adquirido la finca embargada dos años después de otorgar los cónyuges capitulaciones matrimoniales estableciendo el régimen de separación de bienes y muchos años antes de contraer su marido la deuda, lo cual no podía ser ignorado por los acreedores del marido, que embargaron dicha finca, debido a que, como hemos apuntado repetidamente, las capitulaciones se anotaron en el Registro Civil, con la consiguiente oponibilidad que deriva de ello frente a terceros, de conformidad con la citada normativa del CC, de la LRC y del RLRC. Dificilmente puede ser embargada como ganancial una finca que es privativa de la esposa debido al otorgamiento de capitulaciones matrimoniales anotadas en el Registro Civil, pactando el régimen de separación de bienes con anterioridad a la adquisición de la finca embargada por la esposa. En

¹⁴ CABANILLAS, *op. cit.*, pp. 180 y 181; M. J. PÉREZ GARCÍA, *op. cit.*, pp. 231 ss., con amplia información doctrinal y jurisprudencial.

este sentido coincidimos plenamente con el razonamiento de la esposa tercerista, sin que nos convenzan los argumentos esgrimidos por el TS en línea con la sentencia recurrida para oponerse a dicha tercería, los cuales pueden ser rebatidos, como hemos visto, sin demasiadas dificultades. El propio orden público, en el ámbito de las relaciones económicas entre cónyuges, creemos que avala este punto de vista.

La verdad es que, tras muchos años de estudio de la problemática que plantea la mutabilidad del régimen económico matrimonial, con especial referencia a la protección de los acreedores, no tenemos conocimiento, tanto en el Derecho español como en el Derecho comparado, de una sentencia como la presente, ni de autores que defiendan un punto de vista semejante, razón que justifica su comentario.

Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ**

Colaboran: **Eva CANO VILÀ, María del Carmen CRESPO MORA, Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI, Gabriel GARCÍA CANTERO, Regina GAYA SICILIA, Ainhoa GUTIÉRREZ BARRENGOA, Carmen JEREZ DELGADO, Javier LARENA BELDARRÁIN, Andrea MACÍA MORILLO, Óscar MONJE BALMASEDA, Máximo Juan PÉREZ GARCÍA, Juan David SÁNCHEZ CASTRO, Alfons SURROCA COSTA, Rosa TORRA BERNAUS, Montserrat VERGÉS VALL-LLOVERA.**

SUMARIO: I. *Derecho Civil*: 1. Parte general. 2. Derecho de la persona. 3. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 4. Derechos reales. Derecho hipotecario. 5. Derecho de familia. 6. Derecho de sucesiones.—II. *Derecho Mercantil*. III. *Derecho Procesal*.

DERECHO CIVIL

PARTE GENERAL

1. Daños causados por la interposición de interdicto de obra nueva; uso abusivo del derecho de propiedad, utilizando la vía interdictal contra una invasión en el subsuelo de su finca que no le causa daños.—El motivo primero, al amparo del artículo 1692.4.º LEC 1881, acusa infracción del artículo 7.2 CC y de la doctrina jurisprudencial que lo interpreta. Toda su fundamentación se dirige a justificar que la interposición del interdicto de obra nueva no obedeció a ningún ejercicio abusivo de su derecho, sino que, partiendo de una intromisión en su finca sin ninguna autorización, pretendía evitar los daños que pudiera experimentar; hasta la prueba pericial en el jui-

cio interdictal no supo que en nada afectaban los anclajes a dicha finca. No hubo ningún móvil económico en la interposición del susodicho interdicto.

El motivo debe desestimarse, pues en el examen atento y cuidadoso que de la conducta del recurrente, en su día interdictante, hace la sentencia recurrida, se revela que en el ejercicio de su derecho traspasó sus límites normales, sin ningún beneficio para él y produciendo daños para el interdictado, que en este proceso reclama. Es evidente la inutilidad del interdicto. Los anclajes se habían soltado al principio del propio proceso. ¿Qué beneficio obtenía el interdictante con la paralización de la obra? La única respuesta razonable es que el interdicto era mero elemento de presión para la obtención de determinada cantidad cuya falta de justificación se revela en el hecho mismo de que no se haya formulado reconvencción en este proceso ni reclamación alguna fuera de él. El Juzgado considera que el interdictante obró de buena fe, porque objetivamente la inmisión allí estaba. No lo cree la Sala así. El interdictante recibió con sobrada antelación información de la promotora de lo que se había efectuado y tenía asistencia jurídica y técnica y nadie parece haberle malinformado. Sabía razonablemente de la inocuidad del método constructivo y, por lo mismo, sabía que fuera de la presión interdictal, poco o nada podría obtener. Puso el interdicto y paró la construcción del bloque hasta que el Juzgado resolvió que no tenía razón en haber suspendido la obra. Lo que pasa es que esto ocurrió tres meses después con el consiguiente quebranto económico. (STS de 14 de marzo de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—*Progesa, S. A.*, al ejecutar unas obras en el solar del cual es propietaria utilizó el denominado «sistema de anclajes» para sujetar un muro pantalla, el cual lindaba con las casas propiedad del demandado. Tal ejecución entrañó que se introdujera en el subsuelo de dicha finca colindante una serie de cables, los cuales soportaban el muro mientras se construía el edificio.

Por su parte, don J. T. C., enterado de ello, tras mantener determinados contactos con la empresa sin llegar a ningún entendimiento, presentó en el Juzgado de Primera Instancia un interdicto de obra nueva, lo que conllevó la paralización de la obra iniciada por *Progesa, S. A.*, durante determinado tiempo. Posteriormente, la demanda interdictal fue desestimada, adquiriendo firmeza al no ser recurrida.

Progesa, S. A., demandó por las normas del juicio declarativo de menor cuantía a don J. T. C., solicitando fuese condenado al pago a la actora de la suma de 15.610.819 pesetas, daños causados a la misma por la paralización de las obras por el interdicto.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, siendo su sentencia revocada en grado de apelación por la Audiencia. Contra la sentencia de la Audiencia ha interpuesto don J. T. C. el presente recurso de casación. (A. G. B.)

2. Cómputo de plazos. Último día.—El TS afirma que, cuando el plazo se establece por meses o por años, el último día del plazo, computado según indica el artículo 5 CC y sin descontar los días inhábiles, se ha de incluir en el mismo (STS de 17 de noviembre de 2000). (STS de 31 de marzo de 2003; ha lugar en parte.)

HECHOS.—Con fecha de 2 de marzo de 1994, don J. M. G. L. suscribió un seguro de vida con la entidad *Euroseguros BBV*, de duración anual renovable. Pese a que el pago se domicilió bancariamente, parece ser que el banco del asegurado no pagó el recibo de la prima, si bien no se indica el motivo. Posteriormente, don J. M. G. L. falleció el día 2 de abril de 1995.

Reclamado por los herederos de don J. M. G. L. —beneficiarios del seguro— el pago de la indemnización, la aseguradora se negó al mismo, alegando el impago de la prima y que el plazo de gracia del seguro había acabado el 1 de abril de 1995, por lo que el fallecimiento del asegurado se había producido fuera del plazo de cobertura. Frente a esta negativa, los herederos de don J. M. G. L. interpusieron demanda en reclamación del pago del capital asegurado en la póliza. La demanda fue estimada en primera instancia, fallo ante el que la aseguradora interpuso recurso de apelación. Desestimado el recurso, la demandada planteó recurso de casación, que fue estimado, en parte, por el TS, pues consideró que no era aplicable a los seguros de vida la Orden Ministerial de 22 de octubre de 1982 en que había basado su fallo la sala *a quo*.

NOTA.—La referencia que contiene la sentencia a la Orden Ministerial de 22 de diciembre de 1982 (FD 4.º) ha de entenderse hecha a la Orden Ministerial de 22 de octubre de 1982 (a la que se refiere en el FD 2.º), cuyo artículo 3.4, declarado en vigor por el RD 1348/1985, de 1 de agosto, que aprueba el Reglamento de Ordenación del Seguro privado (y no, el RD 1248/1985, como se indica en la sentencia), ha sido posteriormente derogado por la LOSSP (DD única). (A. M. M.)

3. Cómputo del plazo de prescripción de la acción civil en los supuestos de procedimiento penal previo.—El criterio de la Sala de instancia sigue la doctrina de esta Sala de Casación acerca del cómputo del plazo en estos casos. Así, la STS de 22 de octubre de 1980 expresa que: «promovido juicio en averiguación de un delito o falta, no podrá seguirse pleito sobre el mismo asunto, mientras el proceso penal estuviere pendiente, y si tales preceptos se ponen en relación con el artículo 1960 CC, el plazo de prescripción de las acciones ejercitadas al amparo del artículo 1902 CC, empezará a contarse desde el día que en que pudieron ejercitarse, o sea, desde que la sentencia penal recaída o el auto de sobreseimiento, en su caso, hayan adquirido firmeza, la que se produce por ministerio de la Ley, una vez agotados los recursos legales o transcurrido el término sin interponerlos, con independencia, a estos efectos, de cuándo sea declarada la firmeza y cuándo ésta sea notificada». (STS de 31 de marzo de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—*Obrascon Huarte, S. A.*, ocupó sin autorización una finca propiedad de *Parque La Presa, S. A.* Ante ello, la entidad *Parque La Presa, S. A.*, inició un proceso penal por faltas contra *Obrascon Huarte, S. A.*, que concluyó con una sentencia absolutoria el día 9 de marzo de 1991. Con posterioridad, por providencia de 26 de junio de 1991 la sentencia indicada fue declarada firme. El día 25 de junio de 1992 la entidad *Parque La Presa, S. A.*, interpuso demanda de reclamación de cantidad contra *Obrascon Huarte, S. A.* La

entidad demandada contestó a la demanda alegando que la acción ejercitada por el actor había prescrito. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. La Audiencia Provincial revocó la sentencia de instancia por prescripción de la acción. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación.

NOTA.—En los supuestos de previo procedimiento penal el *dies a quo* para el plazo de prescripción de la acción civil es el día en que la sentencia adquiere firmeza. Así pues, el plazo de prescripción en los supuestos en que contra la resolución penal cabe recurso, como en el caso de esta sentencia, empieza cuando ha transcurrido el término para su interposición con independencia de que con posterioridad se siguiese cualquier otra actuación. En cambio, en los supuestos en que no cupiese recurso alguno contra la resolución dictada, esta resolución adquiriría firmeza en el momento en que fuese notificada al perjudicado (véanse las SSTs de 28 de octubre de 1994 [RJ 1994/7875], de 31 de marzo de 1995 [RJ 1995/275] de 25 de mayo de 1996 [RJ 1996/2441], de 16 de mayo de 2001 [RJ 2001/6213], de 17 de julio de 2001 [RJ 2001/6859], de 12 de mayo de 2004 [RJ 2004/2736] y José Menéndez Hernández, «Comentario de los artículos 1968 y 1969», en Ignacio Sierra Gil de la Cuesta (Coord), *Comentario del Código Civil*, Bosch, Barcelona, 2000, tomo 9, pp. 544-555). Ahora bien, cuando un procedimiento penal se reabre debido a la admisión de un recurso de amparo, existe la posibilidad de iniciar un procedimiento civil cuando los perjudicados se hubiesen reservado las acciones civiles y la sentencia penal sea condenatoria, ya que en ese supuesto el plazo de prescripción para ejercer las acciones civiles se considera interrumpido (véase Antonio Del Moral Martín/Antonio Del Moral García, *Interferencias entre el proceso civil y el proceso penal*, Comares, Granada, 2002, pp. 68-71). (R. T. B.)

4. Cómputo del *dies a quo* del plazo de prescripción. Interrupción de la prescripción.—Conforme al criterio del artículo 1969 CC, que establece una regla general y objetiva, el tiempo debe contarse desde el día en que pudo ejercitarse la acción y la apreciación de la prueba suministrada por las partes, acerca de la interrupción o no del plazo prescriptivo es, en principio, de la exclusiva soberanía de la Sala sentenciadora, sin que pueda combatirse con éxito en casación, sino se demuestra la existencia de error (SS de 6 de noviembre de 1987, 2 de febrero de 1995, 19 de abril y 23 de octubre de 1983 y 16 de marzo de 1981). Y, por lógica analogía, conviene recordar que la eficacia interruptora de la conciliación se contrae a la prescripción extintiva y los casos de interrupción de la prescripción, según sentencias, entre otras, de 18 de abril de 1989, no pueden interpretarse en sentido extensivo (S de 4 de mayo de 1995). La interrupción implica la amortización del tiempo pasado, que se tiene por no transcurrido. A partir de la interrupción hay que comenzar a computar el nuevo plazo para que se cumpla el tiempo de la prescripción. Las anteriores consideraciones son las que acertadamente ha tenido en cuenta la sentencia recurrida. La fecha del hecho originador la pretensión (*sic*) deducida es el 8 de agosto de 1991. La fecha de reclamación previa en vía administrativa es de 23 de marzo de 1992. La fecha de presentación de la demanda es de 7 de julio de 1993, transcurrido el año desde la fecha de pre-

sentación de la reclamación administrativa; e incluso transcurrido más de un año si se admitiera, a efectos dialécticos, como *dies a quo* la fecha de terminación del plazo de tres meses desde la presentación de la reclamación, estimada como denegatoria, por silencio administrativo. Las alegaciones de la recurrente sobre ulteriores reclamaciones y peticiones de resoluciones administrativas están enfrentadas a las consideraciones que se han mantenido de forma constante y consolidada sobre la prescripción extintiva y su interrupción por el TS. (STS de 6 de marzo de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—Como consecuencia de las lluvias torrenciales caídas en Barcelona el 8 de agosto de 1991, diversas viviendas se inundaron a través de los desagües municipales. En fecha 23 de marzo de 1992, doña M. N. T. presentó escrito en vía administrativa reclamando de la Administración las cantidades correspondientes a los daños sufridos en su vivienda. La reclamación se desestimó por silencio administrativo. El 7 de julio de 1993 interpuso demanda por responsabilidad extracontractual ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 11 de Barcelona por la cual se solicitaba la condena solidaria del Ayuntamiento de Barcelona, así como de *Fomento de Construcciones y Contratas, S. A., Promociones Inmobiliarias Reunidas, S. A.*, y don M. C. V. El Juzgado declaró la responsabilidad civil extracontractual del Ayuntamiento y de *Fomento de Construcciones y Contratas, S. A.*, y les condenó al pago de las cantidades que se fijasen en ejecución de sentencia. Por el contrario, desestimó la demanda respecto de los otros demandados. Apelada la sentencia, la Audiencia de Barcelona la revocó y consideró prescrita la acción civil. Interpuesto recurso de casación por doña M. N. T., el TS declaró no haber lugar al mismo.

NOTA.—En la sentencia que se comenta, el TS consideró prescrita la acción civil y, en consecuencia, desestimó el recurso de casación. En concreto, los hechos dañosos objeto de litigio se produjeron el 8 de agosto de 1991. La reclamación ante la Administración se interpuso el 23 de marzo de 1992 y se denegó por silencio administrativo, tres meses más tarde. El 7 de julio de 1993 se interpuso la correspondiente demanda civil que se declaró prescrita. El TS consideró que la demanda se había presentado más de un año después de la fecha de interposición del recurso administrativo e incluso transcurrido el año, si se considerase como *dies a quo* la fecha en que se denegó la solicitud por silencio administrativo. En consecuencia, no apreció la interrupción de la prescripción. No obstante, cabe preguntarse qué hubiera determinado el Alto Tribunal si la demanda se hubiese interpuesto unos días antes, es decir, cuando aún no hubiera transcurrido el año desde la desestimación del recurso por silencio administrativo (sobre el valor del silencio en la Administración, véase Marcos Gómez Puente, *La inactividad de la Administración*, Elcano, Aranzadi, 2000, p. 565 ss.). En este sentido, parece deducirse de la sentencia que el TS hubiera apreciado la interrupción de la prescripción y estimado el recurso. (A. S. C.)

5. Motivación.—En el primer motivo del recurso, amparado en el número 3 del artículo 1962 LEC, se citan como infringidos «los artículos 24.1, 120.3 de la Constitución Española y 248.2 y 3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y la Jurisprudencia establecida por el Tribunal Constitucional», por ausencia total de motivación en la sentencia impugnada.

Alega, en síntesis, el recurrente, que se realiza una remisión íntegra a la sentencia del juzgador de primera instancia, de tal forma que en la sentencia de la Audiencia Provincial no se cita ni un solo artículo ni se basa en alguna tesis jurisprudencial para acoger la prescripción.

Es lo cierto que la motivación de la sentencia de apelación adolece de falta de rigor jurídico, mas ello no basta para la estimación del motivo, dado que: a) En el FD 1.º de la sentencia se dice que «independientemente de suscribir la tesis de la juzgadora de instancia respecto al juego del posible plazo de apelación del citado auto de 2 de junio de 1994», cuestión ésta esencial respecto a la que la Audiencia asume la argumentación y conclusiones de la sentencia de primera instancia relativas al cómputo del plazo prescriptivo de que se trata, y, en el último párrafo de la sentencia impugnada, se insiste en que «dados los acertados fundamentos de la juzgadora de instancia, cuya reproducción se ve innecesaria» procede la desestimación del recurso y, acogimiento de la prescripción, se sigue que ha de estarse a la doctrina de la sentencia por vía de remisión a los fundamentos de la dictada en primera instancia (SS de 19 de octubre de 1999 y 3 de febrero de 2000, entre otras); b) No es precisa la cita en la sentencia de preceptos legales si se han tenido en cuenta (SS de 19 de abril, 29 y 30 de mayo y 16 de junio de 2000), como lo fueron, siquiera implícitamente, en la sentencia recurrida; y c) Ha de considerarse, por tanto, motivada la sentencia y cumplido estrictamente en lo necesario lo dispuesto en los artículos 120.3 CE y 248.3 LOPJ, por lo que tampoco cabe apreciar infracción del artículo 24.1 de aquélla.

Responsabilidad extracontractual: prescripción.—Es doctrina jurisprudencial que, puesto en relación el artículo 1969 CC con los artículos 111 y 114 LECr., el plazo de prescripción de las acciones ejercitadas al amparo del artículo 1902 CC empezará a contarse desde el día en que pudieron ejercitarse, o sea, desde que la sentencia penal recaída o el auto de sobreseimiento, en su caso, hayan adquirido firmeza (S de 22 de octubre de 1980), que se produce, por ministerio de la ley, una vez agotados los recursos legales o transcurrido el plazo sin interponerlos (S de 8 de noviembre de 1984), todo lo cual es aplicable al supuesto de archivo de diligencias (S de 20 de octubre de 1993, con cita de anteriores); en el caso, el auto de archivo dictado por el Juzgado de Instrucción núm. 3 de Tolosa es de fecha 2 de junio de 1994, resolución en la que consta, como así es, que contra la misma cabe recurso en el plazo de tres días, y fue notificado el día 6 siguiente, con que en la fecha de presentación de la demanda (8 de junio de 1995) no había transcurrido el plazo de un año a contar desde su firmeza.

Por tanto, ha de acogerse el motivo examinado con la consecuencia de que no ha de apreciarse la prescripción alegada por las demandadas y deberá resolver esta Sala lo que corresponda dentro de los términos en que aparece planteado el debate. (STS de 24 de febrero de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—Seguido el procedimiento por sus trámites, el Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia con fecha 17 de junio de 1996, cuya parte dispositiva es como sigue: «FALLO: Con estimación de la excepción de prescripción de la acción respecto de la

demanda interpuesto por el señor O., en nombre y representación de don D. L. T. y doña M. I. L., debo absolver a la *Sociedad Cultural Elorri y Vascongada de Seguros y Reaseguros, S. A.*, de los pedimentos deducidos en su contra por aquella demandante. Con desestimación de la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario (...) debo estimar y estimo las demandas interpuestas (...) contra la *Sociedad Cultural Elorri y Vascongada de Seguros y Reaseguros, S. A.* Contra dicha sentencia se interpusieron recursos de apelación que fueron desestimados. El procurador don C. G.-V. M., en nombre y representación de don D. L. T., formalizó recurso de casación. (A. G. B.)

6. Simulación. Fiducia cum amico.—El 17 de octubre de 1985, la demandante contrajo matrimonio con el régimen de la sociedad legal de bienes gananciales. Con posterioridad, los cónyuges, en sociedad con un tercero, constituyeron una sociedad anónima mediante escritura pública de 23 de agosto de 1988, a la que fueron aportadas una serie de cédulas hipotecarias adquiridas con dinero privativo de la esposa, procedentes de una cuenta corriente común, así como un inmueble también de propiedad de aquella, el cual constituía el domicilio habitual del matrimonio. A cambio de tales aportaciones, se adjudicaron las acciones correspondientes a cada uno ellos, transmitiendo el tercero las suyas posteriormente a la mujer.

El 28 de noviembre de 1988 se procedió a la ampliación de capital de la compañía con dinero aportado por la esposa y, de igual manera, se emitieron unas acciones concretas que fueron adjudicadas al marido. Posteriormente, el 11 de enero de 1993 el matrimonio suscribió un convenio regulador a los efectos de la separación matrimonial y liquidación de la sociedad de gananciales. Entrando de lleno en la cuestión, la demandante sostiene en su escrito inicial que, durante su matrimonio, aportó a la sociedad más de 140.000.000 de pesetas, procedentes de la herencia percibida de su padre sin embargo, en la actualidad, tras separarse de su esposo y como consecuencia de complejas operaciones jurídicas, de dicha cantidad, que le pertenecía de forma privativa, ha recibido apenas la cantidad de 41.000.000 de pesetas, mientras que la parte demandada se ha quedado con la totalidad de las acciones de dicha sociedad, cuyo valor, aun descontando la suma recibida por la actora, asciende a más de 110.000.000 de pesetas que, en realidad, pertenecen a ésta y le deben ser reintegradas, pues su marido ha adquirido estos bienes sin causa ni contraprestación alguna.

Es evidente que, desde el mismo instante de su constitución, todas las aportaciones verificadas a la sociedad proceden del patrimonio privativo de la esposa, con excepción de la hecha por el tercero cuyas acciones fueron posteriormente adquiridas por aquella.

La constitución de la sociedad mediante la aportación de cédulas hipotecarias suscritas con dinero procedente de una cuenta común, carece de entidad legal para considerar el numerario como ganancial, habida cuenta que el carácter indistinto de una cuenta corriente reza para las relaciones entre los cuentacorrientistas y la entidad bancaria, pero no afecta a los propios cuentacorrientistas y la propiedad de capital, que no viene sujeta a la estructura y tampoco a las características de la cuenta con el banco, sino a su propia naturaleza intrínseca.

La sentencia de instancia manifiesta que no consta que la actora pusiera reparo alguno en la distribución de las acciones en el instante de la constitución de la sociedad y que consistió, finalmente, en que las acciones fueran consideradas como patrimonio ganancial a los efectos de la liquidación de la sociedad de gananciales cuando se plantea la separación matrimonial, como también que la actuación de la demandante al intervenir en la escritura pública de ampliación del capital social, en la que se transcribe la junta universal en la que se adoptó el acuerdo por unanimidad y en el que se hizo constar que tal ampliación es suscrita y desembolsada en su totalidad por el marido, a quien se adjudican las acciones, ha venido a ratificar tal donación, pero tal resolución de instancia no se ajusta a la doctrina del propio TS, conforme a la cual no cabe invocar los actos propios para convalidar la nulidad absoluta.

No cabe considerar como donación el hecho de la puesta a nombre del demandado de las acciones que le fueron adjudicadas en la sociedad, dado que no ha habido aquí *animus donandi*, sino una clara intención fiduciaria, pues, de definitiva, nos encontramos ante un negocio simulado, en que la causa aparente no es verdadera y el negocio disimulado se configura como un acto fiduciario, ya que las partes pretendieron crear una fiducia *cum amico* sin finalidad perceptible, pero que podía responder a razones indeterminadas, bien fiscales o bien instrumentales, en todo caso irrelevantes, lo que produce la nulidad absoluta de las adjudicaciones efectuadas al marido, quien sólo tenía la titularidad sobre las mismas y, además, le correspondía la carga de la prueba del objeto de la fiducia, y trae, como consecuencia, la nulidad de los pactos relativos a la liquidación de la sociedad de gananciales y de los contratos celebrados por efecto de ésta. (STS de 10 de febrero de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—Se promueve demanda de juicio declarativo de menor cuantía sobre reclamación de bienes, turnada al Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Puerto de la Cruz, por la que se pide la nulidad de pleno derecho de la adjudicación de una serie de acciones de cierta sociedad, por entender que esta última responde a un acto simulado de simple puesta a nombre a favor del demandado. Entiende así la parte demandante que sólo ella es la propietaria real de las tales acciones, con lo que la liquidación de la sociedad de gananciales efectuada en el convenio de separación de 11 de enero de 1993 es nula de pleno derecho, así como todos los actos y contratos otorgados como consecuencia de tal documento. El Juzgado desestimó la demanda, con lo que se presentó apelación que fue resuelta por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, con fecha 25 de marzo de 1997, rechazándola. Por tal motivo, la parte demandante interpuso, en fecha 6 de junio de 1997, recurso de casación al amparo del artículo 1692.4 LEC, por infracción de la doctrina jurisprudencial de las SSTS de 24 de marzo de 1971 y 31 de octubre de 1996, sobre titularidad conjunta, por vulnerar la jurisprudencia que determina que el *animus donandi* no se presume, por violación de los artículos 1253, 632, 633, 1261.3, 1274, 1275 y 1323, todos ellos del CC, por transgresión del artículo 1346.3 del mismo texto y de la doctrina jurisprudencial referente a él, por infracción del artículo 1397 del CC en relación a la nulidad de la liquidación de la sociedad de gananciales efectuada por los cónyuges, por vulneración del artículo 1310 LEC y de la jurisprudencia

alusiva a él y, por último, por infracción de la doctrina de las SSTS sobre la teoría de los actos propios y sobre el enriquecimiento injusto. (J. L. B.)

DERECHO DE LA PERSONA

7. Requisitos para el ejercicio del derecho fundamental a transmitir información.—Es necesario que se trate de hechos noticiables y públicamente relevantes, esto es, de interés general. También es imprescindible que la información transmitida sea veraz, lo cual no supone necesariamente que el contenido de la información haya de ser total y rigurosamente exacto. Por el contrario, la exigencia de veracidad implica averiguaciones diligentes y responsabilidad sobre el profesional que la difunde, sin perjuicio de que, finalmente, la información contenga errores circunstanciales o elementos inexactos que no afecten al núcleo de lo transmitido (SSTC 178/1993, de 31 de mayo, 110/2000, de 5 de mayo, y 297/2000, de 11 de diciembre). No quedan amparados por el mentado derecho fundamental quienes transmiten como hechos verdaderos simples rumores, meras invenciones o insinuaciones, ni tampoco quienes no contrastan de manera adecuada el contenido de aquellos hechos (SSTC 6/1988, de 21 de enero, y 52/2002, de 25 de mayo).

Cuando el derecho de información colisiona con el honor de las personas, debe atenderse especialmente a los requisitos apuntados respecto del primero, en la medida en que faltando éstos prevalecerá el derecho al honor consagrado en nuestra Constitución (SSTS de 30 de julio y 13 de octubre de 1998).

Parámetros destinados a fijar la indemnización del daño moral.—Deberán tenerse en cuenta las circunstancias del caso, la gravedad de la lesión producida, así como la difusión otorgada a la información y el beneficio obtenido por el que la difunde. (STS de 7 de marzo de 2003; ha lugar en parte.)

HECHOS.—Don F. P. G. considera vulnerado su derecho al honor tras la publicación en el diario *El Mundo* de un artículo, relativo al papel desempeñado por el actor, como interventor de Fesa (Compañía de fertilizantes del grupo Torras-Kio). El artículo aseguraba que los interventores de Fesa falsearon el balance entregado al Juzgado y así evitaron que se actuara contra De la Rosa.

El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda en el sentido de condenar a los demandados *Unidad Editorial, S. A.*, don P. J. R., don J. M. Z. C. y don J. G. M., al pago solidario de una indemnización de 10.000.000 de pesetas. La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación confirmando íntegramente la sentencia de instancia. El TS acoge uno de los motivos de la casación, y, por ello, reduce la indemnización por daños morales a 2.000.000 de pesetas. (J. D. S. C.)

8. Derecho al honor. Manifestaciones en un periódico. No es preciso demandar al director de la publicación, basta demandar al autor de las imputaciones publicadas. No existe litisconsorcio pasivo.—La doctrina

constante de esta Sala ha negado la exigencia de litisconsorcio pasivo necesario en los supuestos de deudores solidarios –*ad exemplum*, SS de 9 de junio de 1981 y 15 de marzo de 1993–. Específicamente, con referencia al derecho al honor, ha proclamado la S de 16 de diciembre de 1994 que al venir establecido legalmente un vínculo de solidaridad por el artículo 65 de la Ley de prensa e imprenta, de 18 de marzo de 1966, entre los responsables del acto ilícito, que incluye, desde luego, a la empresa propietaria del periódico, como recogió a este respecto la S de 22 de abril de 1992, la doctrina aplicable al caso, según recogió la S de 1 de junio de 1989 señala que la responsabilidad originada por la difusión de informaciones atentatorias al honor en los medios de comunicación tiene un carácter solidario, lo que supone que el perjudicado pueda demandar a cualquiera de los deudores solidarios o a todos ellos, a su elección, norma de constante aplicación jurisprudencial.

Las frases no se han sacado de su contexto ni se han difundido como rumores.—Entiende la Sala que es precisamente dentro del contexto de todo el escrito donde se demuestra y proclama el injustificado ataque al honor del demandante, con dos imputaciones que resultan inequívocamente injuriosas y vejatorias de la persona del actor y sin relación alguna con las ideas que se explican y defienden en lo publicado. Ello supone la conculcación del derecho constitucional ajeno, de acuerdo con la doctrina del principal intérprete de nuestro Texto Fundamental, porque el artículo 18.1 CE ampara la buena reputación de la persona, protegiéndola contra las expresiones o mensajes que la hagan desmerecer en la consideración ajena, al ir en su descrédito o menosprecio y que son tenidas en el concepto público por afrentosas –SS 107/1988, de 8 de junio, 185/1989, de 13 de noviembre, 171/1990, de 12 de noviembre, 233/1992, de 14 de diciembre, 170/1994, de 7 de junio, 139/1995, de 26 de septiembre, 3/1997, de 13 de enero, y 180/1999, de 17 de octubre, entre otras.

Puede diferirse la cuantificación del daño para el período de ejecución de sentencia.—Puede diferirse para el período de ejecución de sentencia la cuantificación de los perjuicios –SS de 14 de junio y 24 de junio de 1947, 17 de febrero de 1951 y 5 de junio de 1989–. Los términos del artículo 360 LEC no consienten que quede para la ejecución de sentencia la determinación de la realidad del daño, pero sí y tan sólo la de su cuantía –SS de 31 de diciembre de 1932 y 2 de marzo de 1943–. (STS de 20 de marzo de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—Ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Melilla, don A. E. L. F. promovió demanda incidental al amparo de la Ley de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, de 26 de diciembre de 1978, contra don O. F. A. El Juzgado dictó sentencia estimando parcialmente la demanda. Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación revocándose parcialmente la sentencia dictada en primera instancia. Por el Procurador de los Tribunales, don J. G. W., en nombre y representación de don O. F. A. se formalizó recurso de casación. (A. G. B.)

9. Derechos fundamentales: honor; la crítica política no ampara la información falsa desmerecedora para quien desempeña un cargo público.—El motivo primero del recurso del Partido Popular no se estima. Se dice

que el Partido Popular no cometió intromisión ilegítima en el honor, sino que ejerció la crítica política mediante un comunicado que tenía por objeto evitar irregularidades o disfunciones en la actuación de la máxima autoridad municipal, y todo ello en el legítimo ejercicio de una oposición política pública, libre y plural. Se aduce, en síntesis, que mediante la partida del artículo 49 del presupuesto del Ayuntamiento denominada «gastos de representación» se tenía expedito el camino para poder burlar la incompatibilidad a la hora de percibir la doble remuneración por ambos cargos, y se añade, «partiendo de una base informativa correcta (la previsión en los presupuestos municipales de una partida de sueldo para el Alcalde, incompatible con el cargo de Senador camuflado bajo la fórmula de “gastos de representación”, y excluidos de esta incompatibilidad) y en el estricto ejercicio de una labor política de oposición se denunció la existencia de una irregularidad presupuestaria que dejaba la puerta abierta a una disfunción en el ejercicio de la autoridad municipal, cerrando de esta forma la posibilidad de dicha disfunción».

El motivo no puede ser acogido porque el razonamiento que le sirve de fundamento no se ajusta a los hechos históricos. Si el comunicado del Partido Popular hubiera tenido el contenido que se afirma en el motivo cabría discurrir acerca de si respondía o no al ejercicio de la crítica política, que, por supuesto, debe tener un amplio margen de tolerancia, en cuanto exigencia ineludible de un sistema democrático. Pero ocurre que el referido comunicado tiene un contenido distinto, pues en el mismo claramente consta la información de que «el Senador del Grupo Socialista, A. M., cobra del Ayuntamiento de Mijas una paga fija y periódica de 348.500 pesetas mensuales, encubriéndola como “gastos de representación” al mismo tiempo que cobra la retribución correspondiente a su condición de Senador», y así se publicó en los diarios, sin que en ningún momento se intentase rectificar. Esta imputación pública desborda la crítica política permisible, y, al ser notoriamente infundada y desmerecedora para la persona del imputado, incide claramente en la intromisión ilegítima del honor del apartado 7 del artículo 7 de la LO 11/1982, de 5 de mayo (en su redacción anterior a la vigente, que es la aplicable dada la fecha en que se produjeron los hechos).

Indemnización del daño moral: factores a tomar en cuenta (art. 9.3 de la LO 1/1982).—El artículo 9.3 de la LO 1/1982 establece que: «se presumirá la existencia de perjuicio siempre que se acredite la intromisión ilegítima. La indemnización se extenderá al daño moral que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido. También se valorará el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma».

El inciso primero del precepto contiene una «presunción *iuris et de iure*» que supone una aplicación de la regla *in re ipsa loquitur* que descarta las pretensiones sin contenido económico cuando éste sea meramente simbólico. Los incisos siguientes relacionan varios factores indicativos para la cuantificación del daño moral —circunstancias del caso, gravedad de la lesión, difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido, y beneficio que haya obtenido el causante de la lesión—, que obviamente tienen carácter enunciativo, si bien, en cualquier caso, la amplia fórmula «circunstancias del caso» facilita la decisión del juzgador, aunque no le autoriza a su mera reproducción literal sin concretar cuáles son las circunstancias específicas que se

toman en cuenta. Este razonamiento previo resulta de necesaria consignación porque, aun cuando es cierto que el recurso de casación no es sede adecuada para debatir un *quantum* indemnizatorio, salvo error notorio o arbitrariedad –en más o en menos–, sí, en todo caso, cabe plantear en el mismo la omisión valorativa de los presupuestos que el precepto contiene, al constituir una *questio iuris* por infracción de la norma legal.

En el caso que se enjuicia, la sentencia de la Audiencia no razona acerca del tema de la indemnización, si bien cabe deducir que se remite (aceptándolos) a los argumentos de la de primera instancia la cual considera la Sala por un lado, en algunos aspectos, genérica e incompleta, y, por otro lado, errónea. Por ello considera que el recurso tiene una parte de razón. No la tiene, en cuanto denuncia falta de motivación, pero sí la tiene en el aspecto de que la motivación es insuficiente y, por ello, no satisface plenamente la exigencia legal, singularmente teniendo en cuenta la cuantía de la indemnización establecida. La consecuencia casacional de esta apreciación debe ser la de proceder esta Sala, en asunción de la instancia (art. 1175.1.3.º) a fijar la indemnización procedente, completando la motivación adecuada, lo que es posible efectuar cuando no se quebrantan principios esenciales (audiencia, contradicción, defensa), ni reglas de la casación (valoración probatoria), aunque sea preciso examinar los autos (art. 318 LEC), y, en su caso, proceder a la «integración del *factum*» siempre dentro de su uso ponderado como es norma de la doctrina jurisprudencial.

Concretamente, las circunstancias del caso que la Sala entiende deben ser tomadas en consideración son: la imputación desmerece notablemente la reputación del señor M. que no sólo es Alcalde, sino, además, Senador; el Partido Popular conocía (o debía conocer) que el Alcalde no había cobrado, ni iba a cobrar, la cantidad que figuraba en el presupuesto del Ayuntamiento porque así lo expresó en el Pleno –sesión extraordinaria de 11 de noviembre de 1993– en cuya acta consta que se consignaba por imperativo legal y que cobraría la cantidad «si no existiera incompatibilidad»; el comunicado del Partido Popular desliza una imputación de cobro de cantidades que no se corresponde con la realidad que le era conocida; en la misma fecha en que se publica la información del Partido Popular en el *Diario 16* de Málaga y en el *Diario de Málaga* consta el desmentido del señor Alcalde de Mijas, y su intención de querellarse contra el Partido Popular; y, por último, era notorio la existencia de una especial situación de conflictividad entre el señor M. y los señores C. y A. en virtud de una querrela formulada por estos últimos contra el primero ante la Sala 2.ª del TS. (STS de 7 de marzo de 2003; ha lugar.)

HECHOS.–Por don A. M. P. se dedujo demanda contra don M. C. P., doña M. A. G.-C. y el Partido Popular solicitando la condena solidaria de los demandados a pagar al actor la cantidad de 30.000.000 de pesetas por intromisión ilegítima en el honor y, asimismo, a que se rectifique la falsa noticia y publique la sentencia a costa de los demandados en todos los medios de comunicación, prensa y radios locales. La fundamentación fáctica se resume en la alegación de que los demandados señor C. y señora A., Concejales del Ayuntamiento de Mijas por el Partido Popular, se dirigieron a la oficina de información del Partido facilitándole la falsa noticia de que el señor M., Alcalde Presidente de dicho Ayuntamiento, cobraba a la vez como Senador y como Alcalde de Mijas, cuyas percep-

ciones son incompatibles, y el Partido, en lugar de comprobar la falsedad absoluta de la noticia, la propagó por las emisoras de radio y otros medios de comunicación locales, publicándola también en el *Diario 16* de la misma capital; a lo que se añade que los mencionados concejales conocían la falsedad de la noticia.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, siendo confirmada en apelación por la Audiencia Provincial. Contra la sentencia de la Audiencia se formularon recursos de casación por don M. C. P., doña M. A. G.-C. y Partido Popular. (*O. M. B.*)

10. Derecho al honor e intimidad personal frente al derecho de información.—El derecho al honor o a la intimidad se ve vulnerado cuando se difunden hechos que, referidos al ámbito privado o reservado de las personas, resultan manifiestamente irrelevantes o superfluos con relación a la información que se pretende transmitir (SSTS de 21 de octubre de 1996, 24 de enero de 1997 y 9 de febrero de 1998).

Interpretación de declaraciones susceptibles de atacar contra el honor o la intimidad.—Ante expresiones ambiguas, anfíbológicas, crípticas, irónicas o meras insinuaciones, el criterio de interpretación necesario para determinar si las mismas atacan contra los mentados derechos fundamentales, es el socialmente razonable, esto es, el que deriva del sentido común. La jurisprudencia señala que, en ningún caso, se ha de estar al criterio arbitrario de aquellas personas más susceptibles o malpensadas, sino al establecido socialmente por la generalidad de personas de nivel cultural medio.

Derecho al honor e intimidad personal frente al derecho a la libertad de expresión.—El ejercicio legítimo de la libertad de expresión no incluye la divulgación de hechos pertenecientes al ámbito privado de las personas, aunque tales hechos sean ciertos (STS de 30 de julio de 1997). (STS de 3 de marzo de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—Un periodista interpone demanda ante el Juzgado de Primera Instancia, por entender que las declaraciones efectuadas en rueda de prensa por el Ministro don J. L. C. C., suponen una intromisión ilegítima en su honor. El Juez absuelve al demandado, si bien y en grado de apelación se estima parcialmente el recurso. El TS declara no haber lugar a ninguno de los motivos de la casación. (*J. D. S. C.*)

11. Colisión del derecho a la información y el derecho a la propia imagen.—De acuerdo con la doctrina jurisprudencial, el derecho a la propia imagen es el derecho que cada individuo tiene a que los demás no reproduzcan los caracteres esenciales de su figura sin su consentimiento, de tal manera que todo acto de captación, reproducción o publicación de fotografía, filme u otro procedimiento de la imagen de una persona en momentos de su vida privada o fuera de ellos, supone una vulneración o ataque al derecho fundamental a la imagen. Ahora bien, el derecho a la propia imagen puede ceder a favor del derecho a la información veraz y libre. De esta forma reconoce el TS (entre otras, SSTS de 29 de marzo y 2 de octubre de 1996, 21 de octubre de 1997, 27 de marzo de 1999, 25 de octubre de 2000 y 14 de noviembre de 2002) que se excluye la protección de la imagen cuando se

trata de personas que ejercen un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capta durante un acto público o en lugares abiertos al público. La referencia legal a personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública debe entenderse en un sentido amplio. (STS de 14 de marzo de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—Con ocasión de la prestación de un servicio oficial acordado por un juzgado, doña M. E. C. —sargento de la policía municipal— acudió, junto con otros miembros de dicho Cuerpo, a auxiliar a la Comisión Judicial en la tarea de desalojo de los habitantes de determinadas viviendas. Como consecuencia del cumplimiento del mandato judicial se produjeron diversos incidentes entre los afectados y los miembros de la policía municipal que se recogen en el periódico *Diario 16*, en cuya portada aparece una foto de doña M. E. C., que se ilustra con el titular: «Desalojo violento». Por ello, doña M. E. C. interpone demanda de juicio de protección jurisdiccional de derechos fundamentales contra el fotógrafo, el director del periódico y la entidad mercantil *Información y Prensa, S. A.* Aunque las sentencias dictadas por el Juzgado de Primera Instancia y por la Audiencia Provincial estiman la demanda y condenan a los demandados, el TS declara haber lugar al recurso de casación; en consecuencia, casa y anula la sentencia recurrida. (M. C. C. M.)

12. Reportajes con menores de edad. Colisión del derecho a la información y los derechos a la intimidad y a la imagen.—La relación entre la libertad o derecho de información y los derechos de intimidad e imagen no puede tratarse dogmáticamente ni puede fijarse *a priori*. Es imprescindible contemplar el caso concreto. Lo mismo ha de afirmarse en relación con aquellos reportajes en los que aparecen menores de edad: no pueden hacerse generalizaciones ni dar conceptos abstractos sobre si atentan a su intimidad y a su imagen. Se debe analizar el caso concreto, ver el contenido, su alcance y comprobar si queda bajo la libertad de información. Asimismo, hay que comprobar el consentimiento del menor y de su madre —que ha de ser indudable y claramente expresado— para aquel contenido de la intimidad y la aparición en televisión de la imagen. (STS de 26 de marzo de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—En el programa de televisión «Misterios sin resolver» se realiza una entrevista a un menor de catorce años que se encuentra en cama en un hospital de Madrid. El menor cuenta que fue agredido por otros jóvenes y que le asestaron varios navajazos, de cuyas heridas se restablece en dicho hospital. Cuenta también que su madre le pegaba y que se marchó de casa y que fue llevado a un centro de menores. A continuación, el presentador entrevista a la madre, que reconoce, entre otros datos, que su hijo es muy agresivo, que se escapa y que se junta con malos amigos.

El Fiscal de menores, en representación del mencionado menor, interpone demanda de juicio de protección a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen contra el presentador del programa, el director del mismo, la sociedad titular del canal de televisión en el que se emitió el programa y contra don V. L. L. El Juzgado de Primera

instancia declara que en el programa «Misterios sin resolver» se cometió una intromisión ilegítima en los derechos de la intimidad personal y de la propia imagen del menor y condena a dichos demandados a que abonen en concepto de daños y perjuicios de forma solidaria cierta cantidad y a que la sentencia se divulgue en el mismo programa o en otro semejante. La Audiencia Provincial revoca, parcialmente, la sentencia apelada en el sentido de absolver a don V. L. L. El director del programa y la sociedad titular del canal de televisión por un lado, y el presentador del programa, por otro, interponen sendos recursos de casación. El TS estima ambos recursos por considerar que el contenido de la doble entrevista no constituye una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad. (*M. C. C. M.*)

13. Extensión y límites del derecho fundamental a la propia imagen.—La dimensión pública de una persona no legitima la explotación de su imagen con fines comerciales o publicitarios (SSTS de 26 de enero y 5 de octubre de 1990). Al tratarse de un derecho fundamental, sólo puede verse limitado por otro derecho de la misma naturaleza como es el de información, el cual, en ningún caso, incluye la captación y difusión de la imagen de personas con notoriedad pública, para explotar el derecho patrimonial de aquélla. (**STS de 1 de abril de 2003**; no ha lugar.)

HECHOS.—*Panini, S. p. A.* imprime una serie de álbumes y cromos con la imagen de distintos futbolistas profesionales. Ulteriormente, *Panini España, S. A.*, procede a la comercialización y explotación de aquéllos. Los futbolistas cuya imagen se exhibe en los cromos, consideran vulnerado su derecho a la propia imagen, razón por la cual y junto con la Asociación de Futbolistas Españoles interponen demanda contras las citadas entidades, siendo parte además en el proceso el Ministerio Fiscal. Así las cosas, el Juzgado de Primera Instancia estima, parcialmente, la demanda, condenando a las demandadas al pago de una indemnización a los actores, junto con otras medidas tendentes a evitar lesiones futuras del citado derecho fundamental. En grado de apelación, la Audiencia Provincial desestima el recurso interpuesto por las condenadas. El TS declara no haber lugar al recurso de casación. (*J. D. S. C.*)

14. Libertad de expresión. Insulto y vejación.—El insulto personal, la vejación injusta y el menosprecio grave, no puede estar nunca amparado por el derecho esencial de la libertad de expresión, puesto que, en caso contrario, se generaría una sociedad infame, en la que la convivencia se degradaría a unos límites intolerables, tanto en el aspecto no sólo cultural, sino también en el que mínimamente exige una intercomunicación humana precisa para calificar como civilizada a una agrupación social.

Por ello, hay que tender a repeler tales aberraciones, no solo evitando su protección, sino también procurando su condenación. Así, las expresiones calificativas y base de la pretensión de la parte actora («carota», «caradura», «sinvergüenza»...) deben estimarse como de un carácter ciertamente vejatorio e insultante, que nunca debe estar amparado por el derecho fundamental a la libertad de expresión.

Tampoco debe estimarse infringido el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1982, ya que los parámetros fijados en la sentencia recurrida –reiteración en el insulto, importancia del territorio de distribución de la revista y relevancia política del afectado– son lógicos y ponderados para fijar la cantidad indemnizatoria de la sentencia. (STS de 25 de mayo de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.–El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de los Alcázar de San Juan, conoció la demanda sobre protección de derechos fundamentales de la persona, la cual fue estimada parcialmente por Sentencia de 29 de enero de 1997, al considerar que se había violado el honor, la dignidad y el derecho a la propia imagen del actor. Interpuesto recurso de apelación contra esta decisión, la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, dictó sentencia desestimatoria en fecha 13 de junio de 1997, razón por la que se presenta recurso de casación con apoyo en un único motivo: al amparo del artículo 1692.4.º LEC, por infracción del artículo 20 CE, así como de los artículos 2, 8 y 9.3 de la Ley Orgánica sobre protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, e infracción del artículo 523 LEC y jurisprudencia al respecto. (*J. L. B.*)

15. Nombramiento de tutor en la sentencia de incapacitación.– Declara el TS en diversas sentencias (entre otras, SSTs de 22 de julio de 1993 y de 4 y 8 de marzo de 2003) que, siempre y cuando se haya solicitado, es procedente decidir en una misma sentencia no sólo la declaración de incapacidad, sino también el nombramiento de tutor (pronunciamiento que, de hecho, recogen actualmente los arts. 759.2 y 760.2 LEC). Esto no sólo responde a un principio de economía procesal, sino que contribuye, además, al beneficio del incapacitado, que debe presidir siempre la designación de tutor. (STS de 20 de mayo de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.–Don F. V. F. sufre esquizofrenia paranoide. Su madre insta procedimiento de incapacitación en el que solicita que se le nombre tutora del mismo. Pese a que no existe oposición por el hermano de don F. V. F., y pese a que la demanda es estimada, el Ministerio Fiscal interpone recurso de apelación, alegando la inadecuación del procedimiento, al haberse acumulado la acción para declarar la incapacidad y la dirigida a constituir el régimen de tutela. Este recurso es desestimado, al igual que lo es el recurso de casación que interpone a continuación el Ministerio Fiscal contra la sentencia de la Audiencia. (*A. M. M.*)

16. Defensor judicial. Nombramiento en juicio sobre filiación extramatrimonial.–La representación legal de los padres, con relación a sus hijos sometidos a la patria potestad, queda excluida cuando, en la realización de uno o varios actos, se comprueba la existencia de conflicto de intereses, que puede poner en peligro el interés del hijo al que representan. Una vez acreditado este extremo, el juez procederá al nombramiento de un defensor que represente al menor en juicio y fuera de él. El nombramiento de defensor judicial opera en situaciones concretas: siempre que, en algún asunto, la

actuación de los representantes ponga en peligro el beneficio del menor o incapaz, al ser éste contrario al interés subjetivo o personal de aquéllos. En el caso de la reclamación de filiación no matrimonial verificada por el padre que pretende el reconocimiento de la paternidad, existirá un conflicto entre los intereses de la madre y los de la hija, cuando la primera se niegue a establecer la realidad que sea procedente sobre la paternidad.

Defensor judicial. Nombramiento de oficio.—Conforme a lo establecido en 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 hace. Se trata de un cargo judicial porque es necesario una resolución judicial que acuerde su nombramiento. De hecho, en atención a lo previsto en el artículo 300 CC, el nombramiento ha de hacerse de oficio por decisión del juez cuando conoce alguno de los supuestos en que se haga necesario. Por último, según el TS (SSTS de 10 de marzo de 1994 y 7 de noviembre de 2002), cuando actúa debe obrar dentro de las facultades precisas y concretas que se le han atribuido y cuando actúe judicialmente debe probar que lo hace así. (STS de 4 de marzo de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—Don A. A. O. mantiene relaciones sentimentales con doña E. C. L., fruto de las cuales nació una hija que fue inscrita en el Registro Civil con el nombre de C. V. C. L. Posteriormente, don A. A. O. ejercita una acción de reclamación de filiación no matrimonial contra doña E. C. L. y su hija menor de edad. Doña E. C. L., en su propio nombre y derecho, se opone a ésta; asimismo, se niega a la realización de pruebas biológicas, dado que someter a su hija a tales pruebas podría suponer una vulneración de los derechos de intimidad e integridad personal.

El Juzgado de Primera Instancia acoge las peticiones del escrito inicial y declara la paternidad de don A. A. O. sobre la menor C. V. C. L. con todos los efectos y derivaciones legales de una filiación no matrimonial. Esta sentencia es revocada en grado de apelación por la de la Audiencia. El TS, de oficio, decreta la nulidad de las actuaciones para permitir la intervención en el proceso del defensor judicial que nombre el Tribunal de instancia. (M. C. C. M.)

17. Doctrina del levantamiento del velo: finalidad y supuestos.—La técnica y práctica de penetrar en el *substratum* personal de las sociedades o entidades con personalidad jurídica propia es una respuesta al conflicto entre seguridad jurídica y justicia basada en la equidad y en el principio de buena fe. La finalidad de esta doctrina consiste en evitar que la ficción legal de la personalidad jurídica sea utilizada perjudicando intereses privados o públicos o como medio para defraudar. Se admite de este modo que los jueces puedan «levantar el velo jurídico» penetrando en el interior de esas personas para evitar el abuso de la independencia en daño ajeno o de los derechos de los demás o contra interés de los socios. Se pretende, pues, evitar un mal uso de su personalidad, un ejercicio antisocial de su derecho.

Renuncia a un derecho. Requisitos.—Para que unos actos puedan ser interpretados como de renuncia a un derecho deben ser claros, terminantes e

inequívocos. En el caso concreto, no supone renuncia a la percepción de los honorarios el que el aparejador autorizase a despachar el certificado final de obra sin liquidar los honorarios.

Motivo de casación. Valoración de la prueba por el Tribunal de instancia.—Es reiterada la doctrina de la Sala 1.^a del TS que no permite atacar el resultado alcanzado a través de una valoración conjunta de la prueba, aislando uno de los medios probatorios utilizados. Tampoco cabe en casación atacar la valoración de la prueba testifical hecha en la instancia. (STS de 25 de abril de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—*Hotelera Almaraz, S. A.*, celebra un contrato de arrendamiento de servicios con el aparejador J. C. O., socio y consejero de la empresa constructora con la que aquélla había concertado la ejecución de las obras en relación con las que J. C. O. ejerció sus funciones.

El *Colegio Oficial de Aparejadores y Arquitectos Técnicos de Valladolid* interpone demanda contra *Hotelera Almaraz* reclamando los honorarios devengados por el colegiado J. C. O.

La demandada se opone alegando la existencia de un pacto con la empresa constructora en virtud del cual ésta asumía el pago de los honorarios del aparejador.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda, resolución que es revocada por la Audiencia. La sentencia de apelación se fundamenta, por una parte, en la falta de prueba del pacto aducido por la demandada y, por otra, en el principio de relatividad de los contratos: considera la Audiencia que aun cuando el pacto entre la demandada y la empresa constructora hubiera existido, no desvirtuaría la obligación de pago de los honorarios del aparejador asumida por *Hotelera Almaraz* en la hoja de encargo en que se documentó el contrato de arrendamiento de servicios, pues J. C. O. no fue parte ni aceptó o asumió el acuerdo que, por ello, no puede afectarle. La demandada recurre en casación. (B. F. G.)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

18. Contrato de adhesión. Concepto.—La doctrina lo define como aquel en el que una de las partes fija el contenido contractual sin posibilidad de que sea discutido, de manera que sólo cabe aceptar pura y simplemente las cláusulas determinadas o no contratar. Similar definición encontramos en la jurisprudencia, que distingue entre *libertad de contratar*, entendida como libertad de celebrar o no el contrato; y la *libertad contractual*, que es la posibilidad de que ambas partes negocien las cláusulas contenidas en el contrato (SSTS de 28 de noviembre de 1997 y 13 de noviembre de 1998).

Cláusula *rebus sic stantibus*. Requisitos.—Según la jurisprudencia son los siguientes: Primero: Alteración extraordinaria de las circunstancias existentes en el momento de celebración del contrato, respecto de las que concurren al tiempo de su cumplimiento. Segundo: Desproporción exorbitante entre las prestaciones debidas por ambas partes. Tercero: Que todo ello acontezca por circunstancias sobrevenidas, que resulten radicalmente imprevisibles (SSTS de 15 de noviembre de 2000 y 27 de mayo de 2002, entre otras).

La mera ausencia de respuesta ante una oferta, no equivale a la aceptación.—La doctrina jurisprudencial no mantiene la regla de *qui tacet videtur consentire* (el que calla otorga), sino que, por el contrario, exige para interpretar tal asentimiento, que se pueda y deba responder (SSTS de 18 de marzo de 1994, 17 de noviembre de 1995 y 29 de febrero de 2000). Esto significa que el silencio no equivale a una declaración de voluntad, salvo que exista obligación de contestar por parte del que calla; o pueda ser entendido aquel silencio como contrario a la buena fe o lealtad negocial (SSTS de 22 de noviembre de 1995 y 29 de febrero de 2000). (STS de 21 de marzo de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—Las mercantiles *Coplain, S. A.*, y *Compañía de Petróleos, S. A.* (Cepsa), celebran un contrato de ejecución de obra. Una vez cumplidos los términos del contrato, *Coplain, S. A.*, reclama a Cepsa una serie de cantidades adicionales por distintos conceptos. El Juzgado de Primera Instancia absuelve a la demandada. Por su parte, el Tribunal Provincial desestima el recurso de apelación formulado contra aquella sentencia. Finalmente, el TS rechaza todos los motivos aducidos en casación, declarando, por tanto, no haber lugar al recurso. (*J. D. S. C.*)

19. Inaplicación de cláusula penal por incumplimiento de ambas partes siendo la obligación bilateral.—La cláusula penal que se analiza es una cláusula penal, con función liquidadora, pena sustitutiva de la posible indemnización de daños y perjuicios, como contempla el artículo 1152 CC, a lo que cabe añadir que se trata de una típica cláusula penal moratoria, prevista específicamente para el caso de retraso en el cumplimiento de la obligación de ejecutar la obra en el plazo fijado.

Yendo al concepto mismo de la obligación con cláusula penal, es aquella obligación cuyo cumplimiento se garantiza con la misma y cuyo incumplimiento se sanciona con la pena convencional. Por tanto, es presupuesto básico el cumplimiento o incumplimiento de la obligación principal. Siendo ésta una obligación bilateral, a su cumplimiento o incumplimiento se aplicarán las reglas específicas de ella; una de las cuales es la que se formula como *necesidad de cumplimiento simultáneo*, que significa que el acreedor de una obligación recíproca no puede exigir el cumplimiento al deudor, sin que él cumpla su respectiva obligación recíproca de la del deudor; y, a la inversa, no puede alegar el incumplimiento (y exigir la aplicación de la cláusula penal) aquel que está a su vez obligado —obligación recíproca— y no ha cumplido: así, el deudor al que se le exige el cumplimiento y se alega el incumplimiento para aplicarle la cláusula penal, puede oponer la *exceptio non adimpleti contractus*, que se desprende de los artículos 1124, 1308 y especialmente del 1100, último párrafo, CC, que establece la compensación en caso de mora.

Éste es el caso presente. Las sentencias de instancia han apreciado el incumplimiento de la obligación (bilateral) de pago por parte del comitente demandado y le han condenado al pago. Al tiempo, han aplicado al contratista demandante la cláusula penal por su incumplimiento de la obligación (bilateral) de ejecutar la obra en el plazo previsto. Con ello, han quebrantado el sinalagma propio de estas obligaciones bilaterales, al ignorar que no puede exigirse a una parte —el contratista— el cumplimiento (y, por ende, sí incum-

ple imponerle la pena convencional), si la otra parte –el comiente– no ha hecho cumplimiento de su respectiva obligación bilateral.

La sentencia de instancia ha infringido los artículos 1100 CC y 1124 en relación con la *exceptio non adimpleti contractus* al no haberla tenido en cuenta, los artículos 1152 y 1154 CC al aplicarlos incorrectamente y la jurisprudencia sobre este tema.

Responsabilidad de administradores de sociedad de responsabilidad limitada.—Tal como dice la S de esta Sala, que recoge numerosa jurisprudencia anterior, de 20 de diciembre de 2000: «para que pueda prosperar la acción social de responsabilidad que constituye el objeto del proceso es preciso que concurra una conducta del administrador, bien antijurídica por ser contraria a la Ley o a los Estatutos, o bien culposa por no haber observado la diligencia con que se debe desempeñar el cargo (que tiene su patrón objetivo en la diligencia de un ordenado empresario), y que el patrimonio social haya sufrido un daño (arts. 133.1 y 127 LSA). La doctrina jurisprudencial, tanto bajo el régimen de la LSA de 1951, como en el vigente TR de 1989, viene exigiendo la prueba de que dicho daño es una consecuencia de la actuación objeto de reproche (SS, entre otras, de 12 de abril de 1989, 11 de octubre de 1991, 16 de junio de 1992, 25 de mayo de 1993, 26 de julio de 1994, 21 de noviembre de 1997 y 29 de abril de 1999), de tal manera que si no se acredita dicho nexo causal debe desestimarse la demanda (entre las más recientes, SS de 16 de febrero y 6 de octubre de 2000). Y esto es precisamente lo que ha ocurrido en el presente caso». (STS de 4 de abril de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—Por la parte demandante en la instancia, el contrastista empresario individual don D. P. P., se ejercitó una triple acción, derivada de la ejecución de la obra objeto de contrato de obra; de reclamación de cumplimiento de la obligación de pago del precio que restaba por satisfacer; de reclamación del pago de las mejoras y ampliaciones de la obra, no previstas en el contrato; de pago de los gastos bancarios por devolución de las letras de cambio que resultaron impagadas. La acción se ejercitó contra la entidad comitente *Magocasa, S. L.*, y contra tres administradores de la misma. La reconvencción ejercitada por la parte demandada ha sido desestimada, aquietándose dicha parte, no siendo objeto de casación.

Las sentencias de instancia han estimado, parcialmente, las tres acciones ejercitadas. El recurso de casación lo ha interpuesto la parte demandante, en un doble sentido: primero, se le ha aplicado la cláusula penal moratoria, aunque moderada judicialmente, por lo que se opone a ello alegando que el comitente incumplió la obligación de pago del total del precio y a ello le dedica los motivos primero a cuarto; segundo: se ha desestimado la acción frente a los administradores de la sociedad anónima, por lo que insiste en su petición de condena y a ello dedica los motivos quinto y sexto. (A. G. B.)

20. Imposibilidad de compensación por falta de un previo pronunciamiento judicial.—La compensación es inaceptable por las siguientes razones: a) la petición de indemnización de daños y perjuicios fundada en culpa contractual o extracontractual no puede formularse, como se hace en la contestación de la demanda, como una excepción perentoria o de fondo a la

pretensión de la actora, sino que exige, indefectiblemente, el ejercicio de la correspondiente acción que pueda dar lugar al pertinente pronunciamiento judicial; ejercicio de la acción indemnizatoria que no se ha dado en este caso en que el demandado no ha formulado reconvencción alguna; b) la falta de un previo pronunciamiento judicial impide afirmar que la aquí actora-recurrida sea deudora de la recurrente y, menos aún, de la existencia de una deuda vencida, líquida y exigible a cargo de la recurrida ya favor de la recurrente, que pueda ser compensada con la exigida en la demanda, de acuerdo con lo establecido en los artículos 1195 y 1196 del CC. (STS de 14 de marzo de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—*DSM España, S. A.*, celebró un contrato de fianza de máximo con *Corporación Industrial Ardagan, S. A.* Con posterioridad, *DSM España, S. A.*, ante el impago del deudor afianzado por *Corporación Industrial Ardagan, S. A.*, interpuso demanda de reclamación de cantidad más intereses moratorios contra la empresa fiadora. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. La Audiencia Provincial revocó, parcialmente, la sentencia de instancia, y estableció que el devengo de los intereses moratorios se iniciaba el día en que la obligación debía haberse cumplido. El demandado interpuso recurso de casación alegando la compensación de la cantidad reclamada por el acreedor. El demandado fundamentó la compensación de la deuda en los daños y perjuicios que le había ocasionado el demandante al no anunciarle el impago del deudor con la debida celeridad, ya que de haber conocido el impago del deudor habría compensado una deuda que tenía con él por la misma cantidad. El TS estimó, parcialmente, el recurso. (R. T. B.)

21. Requisitos de la *exceptio non rite adimpleti contractus*.—El éxito de la excepción de contrato no cumplido adecuadamente está condicionado a que el defecto sea de cierta importancia en relación con la finalidad perseguida y haga la obra impropia para satisfacer el interés del comitente. En consecuencia, esta excepción no puede ser alegada cuando lo mal realizado u omitido carece de suficiente entidad en relación con el bien ejecutado y el interés del comitente queda satisfecho con la obra entregada u ofrecida. Los principios de buena fe y de conservación del contrato no permiten, en este caso el ejercicio de la acción resolutoria, sino sólo la vía reparatoria, bien mediante la realización de las reparaciones necesarias, bien a través de la correspondiente reducción del precio. Además, se exige que la parte demandada oponga reconvencción en la que solicite o bien la reducción del precio o bien la dicha reparación de los defectos. Dado que la sociedad cooperativa demandada se limitó en su contestación a la demanda a pedir su desestimación y no ejercitó acción reconvenccional solicitando la reparación de los defectos apreciados, no procede estimar el recurso de casación. (STS de 21 de marzo de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—La sociedad *Frau Ibérica, S. A.*, vendió e instaló a la empresa *La Fageda de trabajadores minusválidos, Sociedad Cooperativa R. L.*, una planta completa para la elaboración de derivados de la leche. Ante la falta de pago de las máquinas instaladas,

la vendedora interpuso demanda contra la sociedad *La Fageda*, en la que solicitaba el pago de la cantidad adeudada. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, resolución que fue confirmada por la Audiencia Provincial de Girona. La empresa vendedora interpuso recurso de casación ante el TS, que fue estimado, ya que el TS considera que la demandada no ejercitó acción reconvenicional en la que solicitase la reparación de los defectos o una rebaja en el precio. (M. V. V.)

22. Prioridad de la regla de interpretación del artículo 1281 CC.—Se decía, entre otras, en Sentencia de 18 de julio de 2002: «Las normas o reglas interpretativas contenidas en los artículos 1281 a 1289, ambas inclusive del Código civil, 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 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 la que preconiza la interpretación literal».

Resolución del contrato por incumplimiento.—El apelante-demandado debió cumplir con su obligación de pago del resto del precio el día 15 de junio de 1989, transcurrido el término del nuevo aplazamiento, habiendo exteriorizado una voluntad manifiesta de no pagar frente a los diversos requerimientos de los vendedores y, por ello, se ha incumplido de modo intencional y grave con sus obligaciones, frustrando la finalidad económica del contrato suscrito con grave quebranto de los intereses económicos de los vendedores que se han visto privados de la mayor parte del precio de venta, por lo que concurren los requisitos exigidos en el artículo 1124 CC, para resolver el contrato a instancias de la parte cumplidora. (STS de 18 de marzo de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—En fecha 15 de febrero de 1989, A. L. L. y otros formalizaron un contrato privado de compraventa a través del que vendieron dos solares a J. E. O. El comprador pagó parte de la finca en el momento de la formalización del contrato, y acordó con la parte vendedora que el resto lo iba a pagar en un plazo de sesenta días. En fecha 15 de febrero de 1989, los contratantes por medio de un anexo modificaron el contrato anterior y establecieron que el comprador debía pagar el resto del precio cuando los solares obtuviesen la calificación definitiva, que se debía realizar como máximo el día 15 de junio de 1989. Llegado el día 15 de junio de 1989, la parte compradora se negó a pagar el resto del precio de las fincas y alegó la no calificación de éstas como urbanizables. Ante el impago, la parte vendedora interpuso demanda contra la compradora y las sociedades *Edificaciones y Proyectos Urbanizables, S. A.*, e *Industrias Estgar, S. L.*, solicitando la resolución del contrato y la correspondiente indemnización por daños y perjuicios. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. La Audiencia Provincial estimó, parcialmente, el recurso de apelación. La compradora interpuso recurso de casación alegando violación del artículo 1281 CC. El TS declara no haber lugar al recurso de casación al considerar

que no se podía equiparar el término «calificación» que aparecía en el anexo del contrato con el otorgamiento de una licencia para edificar. (R. T. B.)

23. Resolución del contrato por incumplimiento de obligación accesoria expresamente convenida.—Para que proceda la resolución de un contrato ha de haber propio y verdadero incumplimiento, referente a la esencia de lo pactado, sin que baste aducir el incumplimiento de prestaciones accesorias o complementarias, que no impidan, por su escasa entidad, alcanzar el fin económico del contrato. Ahora bien, en el caso enjuiciado, el incumplimiento de la obligación por el contratista de suscribir un seguro de responsabilidad civil y de estar al día en el pago de los salarios y cotizaciones de la Seguridad Social, fue elevado expresamente, a la condición de causa resolutoria del contrato, por lo que ha de estarse a lo libremente pactado. (STS de 11 de abril de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—El día 28 de agosto de 1989, *Pryocan, S. L.*, formalizó un contrato de arrendamiento de obras con *Philip Morris España, S. A.* En fecha 4 de junio de 1991 *Philip Morris España, S. A.*, a instancia del Notario declaró la resolución del contrato de arrendamiento de obra por incumplimiento de la contratista. Ante ello, *Pryocan, S. L.*, interpuso demanda contra *Philip Morris España, S. A.*, solicitando la nulidad de la resolución del contrato de obra. La demandada formuló reconvenición solicitando la resolución del contrato por incumplimiento de la contratista. El Juzgado de Primera Instancia declaró la resolución del contrato. La Audiencia Provincial revocó, parcialmente, la sentencia de la instancia y condenó a *Philip Morris España, S. A.* a pagar la cantidad de 14.033.188 pesetas. El TS desestimó el recurso de casación interpuesto por la contratista. (R. T. B.)

24. Donación en fraude de acreedores.—De acuerdo al párrafo primero del artículo 1297 CC, las transmisiones gratuitas se presumen hechas en fraude de acreedores, presunción que entiende la jurisprudencia es de aquellas que se conocen como de *iuris et de iure*, esto es, que no admite prueba en contrario.

Subsidiariedad de la acción de rescisión.—El artículo 1294 CC dispone que la acción de rescisión es subsidiaria y que sólo podrá ejercitarse cuando el perjudicado carezca de otro recurso legal para obtener la reparación del perjuicio. La acción solidaria que se hubiera podido ejercitar contra la hija donataria (siempre que los sujetos pasivos —madre e hija— hubiesen optado por la tributación conjunta, que no es el caso) hubiera conducido al mismo resultado, de vincular el pago de la deuda al único bien conocido, esto es, el bien donado. (STS de 10 de abril de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—En agosto de 1994, la señora M.^a T. L. F. otorgó donación de la vivienda de la que era propietaria a favor de su hija. Desde hacía dos años la señora L. F. era objeto de expediente administrativo de apremio por la Administración Tributaria, situación conocida por ella. Se embargó la finca como resultado de dicho

procedimiento pero la providencia de embargo fue anulada por no existir bienes en el patrimonio de la expedientada. La Administración Tributaria interpuso demanda en la que reclamaba la revocación de la donación celebrada, a su entender, en fraude de acreedores. El Juzgado de Primera Instancia decretó la rescisión de la donación por entender acreditado que la donante carecía de otros bienes para hacer frente a sus obligaciones tributarias, y que, por tanto, la misma se había hecho en fraude de acreedores. La señora L. F. interpuso recurso de casación que fundó en la infracción de los artículos 1297, 643 y 1294 CC. El TS declara no haber lugar a dichas peticiones. (E. C. V.)

25. *Dies a quo* de la acción revocatoria o pauliana.—El artículo 1299 CC señala un plazo de caducidad de cuatro años para el ejercicio de la acción revocatoria o pauliana y, según la jurisprudencia más antigua, el *dies a quo* para ejercitar esta acción es el día de la celebración del contrato. Sin embargo, esta doctrina jurisprudencial no se ha mantenido, ya que, como manifiesta la STS de 4 de septiembre de 1995, «se puede ejercitar la acción rescisoria desde el acto fraudulento, mas, si el mismo se oculta, desde el conocimiento, que, como hablamos de “posibilidad legal” siempre sería desde la inscripción en el Registro», ya que es en esta fecha cuando se hace público el acto fraudulento y vincula al acreedor. En consecuencia, la fecha a la que se atribuye la publicidad del acto fraudulento es el de la inscripción del acto en el Registro de la Propiedad y no se puede referir a otro como sería el asiento de presentación, ya que la parte perjudicada tiene noticia completa del acto con naturaleza defraudatoria con la inscripción en el Registro de la Propiedad del acto o contrato defraudatorio. Además, se debe tener presente que la publicidad del asiento de presentación a que se refiere el artículo 230 de la LH sólo tiene efectos hipotecarios.

El carácter subsidiario de la acción revocatoria o pauliana.—Para que prospere la acción rescisoria es necesario que se cumplan los requisitos exigidos por el artículo 1294 CC, entre los cuales tiene un carácter esencial la subsidiariedad de esta acción. En consecuencia, esta acción sólo podrá ejercitarse cuando el acreedor no pueda cobrar por otros medios lo que se le debe, es decir, carezca de otro recurso legal para obtener la reparación. Esto no se produce si la entidad bancaria acreedora no prosigue el apremio de las participaciones sociales que correspondían a los deudores.

El carácter embargable de las participaciones sociales.—Las participaciones sociales de las sociedades limitadas son embargables, ya que aunque la Ley de sociedades de responsabilidad limitada de 17 de julio de 1953 no dispusiera nada al respecto, el artículo 1911 CC dispone que el deudor responde del cumplimiento de las obligaciones con todos sus bienes presentes y futuros. Además, el artículo 174 CCO concede a los acreedores de los socios el derecho de embargar los beneficios del socio en la sociedad y la cuota de liquidación. Finalmente, dada la regulación mínima que se hacía de las sociedades limitadas en la citada Ley de 1953, se aplicaban a este tipo de sociedades, de forma complementaria, los preceptos de la Ley de sociedades anónimas, que preveía el embargo de las acciones. Por otra parte, no es obstáculo para la ejecución forzosa de las participaciones sociales el hecho de que existan terceros que gocen de derecho de adquisición preferente de las mismas. (STS de 8 de marzo de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—El *Banco Santander Central Hispano* concedió un crédito al matrimonio formado por el Sr. P. T. D. P. y la Sra. B. M. H. En el momento de celebrarse este contrato, el matrimonio tenía en su patrimonio la propiedad de 44 fincas. El 19 de junio de 1990, el matrimonio constituyó la sociedad limitada *Construcciones y Promociones Valois*, de la cual eran los únicos socios y a la que aportaron la mayoría de su patrimonio inmobiliario. En 21 de junio de 1990 se inscribió en el Registro de la Propiedad el asiento de presentación de la celebración de este negocio jurídico, que no fue inscrito hasta el 21 de julio de 1990. Cuando el Banco intentó cobrar el crédito a través de juicio ejecutivo, el Registrador le denegó la anotación de embargo de las fincas porque ya no eran propiedad de los deudores. Tras resultar frustrado el embargo de las fincas, el Banco consiguió la traba de las participaciones sociales que correspondían al matrimonio dentro de la referida sociedad. Sin embargo, no prosiguió el apremio y alegó que las participaciones sociales eran inembargables. El 19 de julio de 1994, el *Banco Santander Central Hispano* presentó demanda contra los señores P. T. D. P. y B. M. H. y la sociedad *Construcciones y Promociones Valois*. En esta demanda, el actor solicitaba la rescisión por fraude de acreedores de las aportaciones realizadas por el matrimonio a dicha sociedad. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda al considerar que había caducado el plazo de ejercicio de la acción rescisoria. Esta resolución fue confirmada por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife. Interpuesto recurso de casación por la actora, el TS declara haber lugar al recurso y, analizando el fondo del asunto, desestima la demanda al considerar que la acción rescisoria no reunía el requisito de la subsidiariedad.

NOTA.—El TS estima el recurso de casación interpuesto por los demandantes al considerar que la acción revocatoria no había caducado, ya que no había transcurrido el plazo de cuatro años previsto en el artículo 1299 CC. Este artículo no prevé, sin embargo, el *dies a quo* para el ejercicio de la acción pauliana. Anteriormente algunas resoluciones judiciales entendían que éste era el día de la enajenación fraudulenta. Estas resoluciones se fundamentaban, en parte, en el segundo párrafo del artículo 37.4 LH, que dispone que la acción revocatoria no perjudica a terceros si «no se hubiera entablado dentro del plazo de cuatro años, contados desde el día de la enajenación fraudulenta». Sin embargo, esta línea jurisprudencial ha sido abandonada por el TS, que actualmente considera como día inicial para el cómputo del plazo previsto en el artículo 1299 CC, el día en que sea posible tener conocimiento de la enajenación fraudulenta [STS de 4 de septiembre de 1995 (RJ 1995,6490) o STS de 30 de mayo de 2003 (RJ 2003,5324), entre otras]. En la sentencia de 27 de mayo de 2002 (RJ 2002, 7251), el TS declara que la regla del segundo párrafo del artículo 37.4 LH es una regla especial, limitada sólo a aquellos casos de subadquirente, que a pesar de haber inscrito la adquisición del inmueble en el Registro de la Propiedad, no se halla protegido conforme a lo dispuesto en las letras *a*) y *b*) del artículo 37.4. Por tanto, según el TS, en el resto de casos que se ejercite la acción revocatoria rige la regla general del

artículo 1969 CC, de acuerdo con el cual «la posibilidad del ejercicio de la acción nace con el conocimiento de los hechos básicos en que aquélla se funda», posibilidad que nace, como ha reiterado el TS, cuando se realiza la inscripción de la enajenación fraudulenta en el Registro de la Propiedad [STS de 2 de diciembre de 2002 (RJ 2002, 10407) y STS de 17 de julio de 2000 (RJ 2000, 5932)]. En el caso analizado, dado que no se trata de un supuesto de subadquirente y se debe aplicar la regla general del artículo 1969 CC, el TS estima, correctamente, que el plazo para el ejercicio de la acción revocatoria no había caducado. (M. V. V.)

26. Créditos a favor de la Seguridad Social.—Una concreta sociedad de arrendamiento financiero constituyó una hipoteca sobre una finca delimitada propiedad de una determinada empresa. La Tesorería General de la Seguridad Social procedió posteriormente al embargo de tal inmueble, por causa de impago de cuotas de la Seguridad Social.

En tal caso, no podemos olvidar que los créditos a favor de esta última institución, tienen el carácter *ab initio* de preferentes, preferencia lógica, pues se trata de garantizar un régimen público de Seguridad Social que asegure la asistencia y prestaciones sociales ante situaciones de necesidad. La base legal para tal calificación de preferencia se encuentra en el artículo 26 de la Ley general de la seguridad social, Texto Refundido promulgado por Real Decreto Legislativo de 20 de junio de 1994.

Conforme a estos argumentos, resulta inaceptable la tesis planteada por la parte recurrente en este litigio para hacer valer su preferencia crediticia, ya que trata de establecer el carácter general o normal de los créditos que esgrime en su pretensión la Tesorería General de la Seguridad Social. (STS de 6 de marzo de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de los de Alcañiz, conoció la demanda de tercera de mejor derecho seguido a instancia de la *Tesorería General de la Seguridad Social* contra una sociedad de arrendamiento financiero y una empresa concreta. Admitida a trámite la citada demanda, se desestima con fecha 20 de marzo de 1997, razón por la que se interpone la correspondiente apelación que es resuelta por la Audiencia Provincial de Teruel, medianamente sentencia de 25 de julio de 1997, de forma estimatoria. Finalmente, se presenta recurso de casación por la sociedad de arrendamiento financiero, al amparo del artículo 1692.4 LEC, por infracción de los artículos 42.2 y 44 LH y 1923.4 CC, así como de la jurisprudencia relativa a este último. (J. L. B.)

27. Competencia de la jurisdicción civil.—El suplico de la demanda inicial, transcrito en el primer fundamento de esta resolución, pone de manifiesto que en este proceso se están ejercitando acciones de naturaleza exclusivamente civil nacidas de un contrato de esa clase, no obstante estar sometido, en ciertos aspectos como es la fijación de tarifas y precios, a normas administrativas. No se trata, en el litigio de declarar la validez o nulidad de un acto administrativo sobre la atribución a la actora de la condición de distribuidora de energía eléctrica, materia de la competencia de las Autoridades

administrativa (*sic*) y, judicialmente, de los órganos del orden contencioso-administrativo, sino, se repite, del ejercicio de acciones de naturaleza civil cuyo conocimiento compete a los órganos judiciales del orden civil. En consecuencia, procede la estimación del motivo y con ella, la del recurso y casación de la sentencia recurrida.

Interpretación jurisprudencial de la figura jurídica de la cesión de contrato.—Falta de una regulación positiva en nuestro Derecho, la cesión de contrato ha sido admitida por la jurisprudencia de esta Sala (SS de 12 de julio de 1927, 1 de julio de 1949, 26 de febrero de 1993 y 5 de marzo de 1994) según la cual la figura jurídica de la cesión del contrato supone un negocio de cesión entre cedente y cesionario, de un contrato de prestaciones recíprocas, pues de ser de prestación única se estaría ante una simple cesión de crédito o asunción de deuda, necesitando en todo caso el concurso del consentimiento por parte del contratante cedido, de tal manera que se produce una conjunción de tres voluntades contractuales, que se produce por la cesión en la titularidad de la relación convencional, conservando siempre el cedido su posición originaria, lo que determina que la situación negocial entre cedido y cedente, al haber aceptado aquél el traspaso del contrato, salvo pacto expreso en contra, queda agotada, con liberación del cedente de sus obligaciones que se traspasan al cesionario, si bien mantiene las que le ligan a éste respecto a la existencia, validez y virtualidad del contrato traspasado. La necesidad de mediar consentimiento es requisito determinante de la eficacia de la referida cesión contractual (S de 9 de diciembre de 1997). En el caso ahora enjuiciado, no consta que el contratante cedido haya prestado su consentimiento a la «subrogación» habida por lo que los demandados no resultan vinculados por los pactos habidos entre el Grupo Sindical de Colonización núm. 980 y *Eléctrica de Azuel, S. L.*, sin perjuicio de la fuerza obligacional que entre éstos tengan. Carece, por tanto, la actora *Eléctrica Azuel, S. L.*, de legitimación para peticionar frente a los demandados con base en el contrato de 27 de octubre de 1955. (STS de 28 de abril de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—El *Grupo Sindical de Colonización* núm. 980 e *Hijos de don Martín Pozo Díaz* celebraron un contrato en octubre de 1955 por el cual se fijaban determinadas cláusulas económicas de distribución eléctrica. En el año 1982 se produjo la extinción del mencionado Grupo Sindical constituyéndose en 1994 la sociedad *Eléctrica Azuel, S. L.* La *Entidad Eléctrica Martín Silva Pozo, S. L.*, y don M. S. P. consideraron extinguido el contrato celebrado en 1955. Por el contrario, *Eléctrica Azuel, S. L.*, interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Montoro al considerarse como sucesora del Grupo Sindical y, en consecuencia, afirmaba la validez del contrato suscrito en 1955. El Juzgado estimó en todos sus pedimentos la demanda y declaró la plena eficacia del mencionado contrato. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial de Córdoba revocó la sentencia de instancia y declaró la incompetencia de la jurisdicción civil en favor de la jurisdicción contenciosa-administrativa. Interpuesto recurso de casación por *Eléctrica Azuel, S. L.*, el TS estimó el recurso al considerar la competencia de la jurisdicción civil pero, entrando a conocer sobre el fondo del asunto, desestimó la demanda. (A. S. C.)

28. Ley de 27 de julio de 1968: compraventa de vivienda futura. Resolución del contrato.—Se alega que no se había emitido sentencia firme decretando resolución contractual al tiempo de la presentación de la demanda, lo que hace ineficaz el aval discutido.

A este respecto, recuerda la sentencia que el artículo primero de la Ley 57/1968, de 27 de julio, lo que trata es de garantizar al comprador de vivienda futura la devolución de las cantidades que anticipó, tanto si la construcción no se hubiera iniciado, como cuando no llega a buen fin por cualquier causa, que es el supuesto de autos. La garantía debe prestarla por medio de contrato de seguro o por medio de aval, que se establece como solidario, a cargo de entidad bancaria y para que resulte operativa es preciso que se den los supuestos fácticos que se dejan reseñados, en cuyo caso el comprador está facultado, por la opción que la ley le concede, para rescindir el contrato con devolución de las cantidades entregadas a cuenta, incrementadas con el 6 por ciento de interés anual (S de 15 de noviembre de 1999).

La resolución del contrato, lo que impone es integrar el *factum*, tuvo lugar en forma extrajudicial por vía notarial el 21 de noviembre de 1991, y a la vez, seguidamente, se produjo la judicial por sentencia anterior a la presentación de la demanda, y aunque resultase firme, posteriormente esto no es impositivo para la ejecución del aval cuando concurren los supuestos fácticos que establece el artículo 1 de la Ley 57/1968 y que la sentencia recurrida concreta a incumplimiento único del vendedor como hecho que resultó probado.

La norma no exige precisamente que la resolución tenga que ser necesariamente judicial ni tampoco supedita la operatividad del aval a la misma, pues el artículo 3 contiene la expresión de que el comprador podrá optar por la rescisión contractual, con lo que esta no se presenta imperativa. Lo que ha de tenerse en cuenta es la concurrencia de incumplimiento acreditado, pues esta situación actúa como presupuesto que facilita la devolución de cantidades anticipadas. En el caso presente tal situación incumplidora ha quedado precisada a la no terminación de la vivienda vendida en construcción por haberse paralizado las obras sin causa justificada y por tanto, se está ante supuesto de construcción que no alcanzó buen fin, es decir, el previsto y pactado en el contrato de adquisición.

No se presenta solución satisfactoria, teniendo en cuenta lo que se ha dicho, es decir la concurrencia probada de incumplimiento acreditado y ratificado por las resoluciones judiciales, imponer a la demandante plantear nueva demanda, cuando demostró que se dan los supuestos exigidos legalmente para obtener el reintegro de lo anticipado que ampara el aval discutido. (STS de 9 de abril de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—La demandante mediante contrato privado de 10 de marzo de 1989 suscrito con la promotora *Residencial Villas Atlánticas, S. A.*, adquirió un chalé en construcción, por el precio de cincuenta millones de pesetas, habiendo abonado la cantidad de 37.500.000 pesetas. La entidad bancaria recurrente había prestado aval en fecha 11 de marzo de 1989 por medio del cual aseguraba la devolución de las cantidades anticipadas hasta la suma de 35.000.000 de pesetas, cantidad ésta que se reclama en primera instancia, ante la paralización injustificada de las obras constructivas. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda, siendo revocada en apelación. (A. G. B.)

29. Doble venta. Indemnización de daños y perjuicios al comprador que no adquiere la propiedad del inmueble: determinación de los criterios para fijar su cuantía.—La Sala I.^a del TS considera adecuado que para fijar el *quantum* de la indemnización de daños y perjuicios, que debe abonarse al comprador que no adquiere la propiedad de la cosa objeto de la doble venta, se acuda a la pauta que señala el artículo 1478 CC para los casos de evicción de la cosa vendida.

Cuantía de la indemnización de los daños y perjuicios: competencia del tribunal de instancia.—Afirma el TS que se trata de una cuestión que «se integra dentro de los pronunciamientos discrecionales, facultativos o de equidad» y que al ser materia reservada al tribunal de instancia no puede ser objeto de recurso de casación, salvo en casos de evidente y notorio error de hecho (STS de 28 de noviembre de 1992) o cuando el juzgador de instancia resuelva la cuestión de forma caprichosa, desorbitada o injusta (STS de 26 de noviembre de 1993). (STS de 15 de mayo de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad *Construcciones Siero, S. A.* (compradora de un terreno), interpone demanda contra la sociedad *Construcciones Arié, S. A.* (vendedora), y la entidad mercantil *Aquiles II, S. A.* (adquirente de la propiedad del citado terreno en virtud de un contrato de compraventa suscrito con la sociedad *Construcciones Arié, S. A.*), suplicando, entre otras cosas, se dicte sentencia en la que se condene al primero de los demandados a pagar una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por la doble venta del terreno.

El Juzgado de Primera Instancia estima la excepción de falta de legitimación pasiva alegada por la entidad demandada *Aquiles II, S. A.*, y estima parcialmente la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo estima parcialmente. El TS declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto. (M. J. P. G.)

30. Compraventa. Artículo 1502 CC.—Si bien en el recurso planteado en este caso se argumenta que no puede estimarse la acción resolutoria ejercitada por el vendedor si, aun habiendo incumplido el comprador, dicho incumplimiento no le es imputable por mediar una justa causa, entendiéndose por tal cualquiera que razonablemente justifique la actitud incumplidora del comprador, considera el TS que tal motivo tiene más incidencia en el ámbito del artículo 1124 CC, y no en el 1504 del mismo cuerpo legal, al ser el primero el que propiamente regula la resolución de las obligaciones recíprocas por incumplimiento.

Asimismo, debe entenderse que, en alusión a las alegaciones del recurrente, no puede condicionarse el pago de la totalidad del precio aplazado al tema de la legalización de la superficie de regadío o pozos de riego y, por otro lado, resulta igualmente desproporcionado e irrazonable dejar de pagar toda la cantidad aplazada, siendo su importe tan elevado, por un aspecto que, de ser cierto, ni se corresponde, ni menos justifica la actitud adoptada. Del mismo modo, se mezclan en el recurso preceptos heterogéneos junto a una deficiente interpretación del artículo 1502 CC, ya que la perturbación en la explotación a la que se alude, nada tiene que ver con una acción hipotecaria o

reivindicatoria, argumentos estos que hacen inaceptable la reclamación presentada.

Por otro lado, es evidente que la función de la casación no es investigar si en las actuaciones hay un soporte fáctico suficiente para fundamentar las alegaciones que se hacen en el recurso, ya que el recurso extraordinario no es, ni mucho menos, una tercera instancia. (STS de 10 de abril de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—Se interpone demanda de juicio ordinario de mayor cuantía ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Albacete, suplicando que se declare la obligación de los demandados de otorgar escritura pública de compraventa de unas fincas concretas, señalando que están libres de toda carga y gravamen. Asimismo, se interpone demanda frente a estos demandantes iniciales, ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Albacete, suplicando dar por resuelto el contrato de compraventa suscrito con anterioridad, condenando a la demandada en este caso, a la devolución de la finca que ha venido ocupando y explotando, mediante la reposición en su posesión a sus propietarios, y decretándose igualmente que, en compensación por los frutos cosechados y obtenidos como consecuencia de la disposición de la finca, se establezca no haber lugar a devolución alguna sobre la cantidad que las demandadas entregaron inicialmente como parte del precio del contrato de compraventa que pactaron. Solicitada la acumulación de ambos procedimientos, el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Albacete dictó Auto de fecha 4 de enero de 1995, dando lugar a la acumulación solicitada. Por las representaciones de ambas partes, se evacuó el trámite de réplica y dúplica, ratificándose respectivamente en el suplico de sus escritos iniciales. El Juez dictó sentencia con fecha 30 de mayo de 1996, desestimando la demanda inicial y estimando la demanda acumulada. Interpuesto recurso de apelación por los condenados, la Audiencia Provincial de Albacete, Sección 2.ª, dictó sentencia desestimatoria, con fecha 15 de mayo de 1997. Finalmente, se interpone recurso de casación, al amparo del artículo 1692.4 LEC, por infracción del artículo 1504 CC, sólo y en relación con el 1502 del mismo cuerpo legal, y por vulnerarlo asimismo, al no haberse considerado los artículos 1469 y 1218 CC, en relación con la DT 3.ª de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, y con los artículos 194 y 196 del Real Decreto 8497/1986, de 11 de abril, por el que se aprueba el Reglamento del dominio público hidráulico. (*J. L. B.*)

31. Contrato de suministro. Distinción con el contrato de compraventa.—Tanto si se considera que tal contrato [el de suministro] es una variante de la compraventa, como si se lo califica como contrato distinto pero afín al mismo, se deben aplicar normas de éste, del Código de comercio si es mercantil, como en el presente caso. Tal como dice la S de 7 de febrero de 2002, «la calificación jurídica de la situación fáctica descrita parte del concepto de contrato de suministro, que, como dice la S de esta Sala de 8 de julio de 1988, no puede identificarse con el de compraventa, aunque es afín a la misma. Se regula por lo previsto por las partes, en aras al principio de autonomía de la voluntad (art. 1255 CC) y, en su defecto,

por la normativa de la compraventa (arts. 1445 ss. CC y, en su caso, si es mercantil, 325 ss. CCO) y en último lugar, por las normas generales de las obligaciones y contratos. En la compraventa, la cosa vendida se entrega de una sola vez o en actos distintos, pero se refieren en todo caso a una cosa unitaria y en el contrato de suministro, la obligación de entrega se cumple de manera sucesiva; las partes se obligan a la entrega de cosas y al pago de su precio, en entregas y pagos sucesivos y en períodos determinados o determinables. En este sentido, son de ver las SS de 20 de mayo de 1986, 10 de septiembre de 1987, la citada de 8 de julio de 1988 y, por último, la de 28 de febrero de 1996». Es esencial la obligación del suministrado-comprador de pago del precio, conforme al artículo 339 CCO, con los intereses, artículo 341 CCO, siendo la jurisprudencia más reiterada la que se refiere a la reclamación del cumplimiento de tal obligación; así, sentencias, entre otras, de 21 de septiembre de 1998, 17 de abril, 25 de noviembre de 1999, y 1 de julio de 2000. Asimismo, los artículos 336 y 342 CCO imponen unos breves plazos con relación a la obligación de saneamiento por vicios ocultos, que se aplican igualmente al contrato de suministro. (STS de 3 de abril de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—*Deceunink Ibérica, S. A.* celebró un contrato de suministro con la también mercantil *Ideplast, S. A.* En virtud de este contrato, la primera sociedad se comprometía a proveer a la segunda de cloruro de polivinilo. Ante el incumplimiento de la obligación del pago del precio por parte de *Ideplast, S. A.*, *Deceunink, S. A.* interpuso demanda de reclamación de cantidad ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 57 de Madrid. *Ideplast, S. A.* se opuso a la misma y formuló demanda reconvenzional solicitando una indemnización de daños y perjuicios al considerar que la empresa proveedora le suministró, además de con retraso, un material que tenía graves defectos. El Juzgado declaró acreditada la relación contractual, probada la entrega del material y demostrado el precio impagado y, en consecuencia, estimó íntegramente la demanda y desestimó la reconvencción. Interpuesto recurso de apelación por *Ideplast, S. A.*, la Audiencia Provincial de Madrid confirmó la sentencia de instancia. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación. (A. S. C.)

32. Derechos y obligaciones del arrendatario en el contrato de *leasing* financiero.—Aunque se permite la subrogación del arrendatario financiero en el lugar del comprador para hacer efectivo éste, como usuario del bien comprado por el arrendador, las acciones que a aquél le correspondan contra el vendedor, por el mal funcionamiento de la máquina, y por consiguiente existan evidentes conexiones entre ambos contratos la compraventa del bien y el arrendamiento financiero del mismo; sin embargo, la obligación de pago del arrendatario financiero se refiere exclusivamente al pago del canon o renta en la cantidad y en los períodos establecidos en el contrato de *leasing*, correspondiendo al arrendador y comprador de la máquina industrial que se va a ceder en arrendamiento pagar el precio de la compraventa al proveedor, y al arrendatario ha de satisfacer el canon o renta establecido en el contrato de *leasing*, porque la ajeneidad en lo que es materia de este proce-

dimiento que se refiere a la compraventa de la máquina industrial queda patente. (STS de 5 de marzo de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad *Finansskandic Leasing, S. A.*, dedicada al arrendamiento financiero, en fecha 9 de marzo de 1990 celebró un contrato de compraventa, a través del que adquirió una máquina de offset a *Maquinarias Artes Gráficas Hartmann, S. A.* Con posterioridad, *Finansskandic Leasing, S. A.*, celebró un contrato de arrendamiento financiero con *Artes Gráficas Vicent, S. A.*, por lo que *Maquinarias Artes Gráficas Hartmann, S. A.*, entregó la máquina de offset que había adquirido la empresa de *leasing*, a la arrendataria. *Finansskandic Leasing, S. A.*, incumplió con su obligación de pagar la totalidad del precio de la máquina de offset adquirida. Ante ello, la empresa vendedora interpuso demanda de reclamación de cantidad contra *Finansskandic Leasing, S. A.* El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Provincial estimó totalmente la demanda. El TS desestimó el recurso de casación. (R. T. B.)

33. Arrendamiento rústico. Requisitos para ser arrendatario: condición de profesional de la agricultura.—El TS afirma que aunque una explotación agraria y ganadera tenga carácter ganancial, la condición de profesional de la agricultura no puede atribuirse al cónyuge que no lleva de manera efectiva y directa dicha explotación. Y ello porque la condición de profesional de la agricultura se adquiere por el ejercicio de actividades agrícolas conforme a lo dispuesto en el artículo 15 LAR 1980 y no por ser cotitular de la sociedad de gananciales a la que pertenece la explotación agrícola, ganadera o forestal.

Arrendamiento rústico. Condición de profesional de la agricultura: carácter *intuitu personae*.—Afirma la Sala 1.^a del TS (SSTS de 31 de marzo y 26 de junio de 1997) que la condición de profesional de la agricultura no puede ser heredada porque es intransmisible tanto por actos *inter vivos* como por actos *mortis causa*. (STS de 28 de febrero de 2003; ha lugar en parte.)

HECHOS.—Doña J. A. A., en su condición de arrendataria, ejercita la acción para el acceso a la propiedad de las fincas rústicas arrendadas e interpone demanda contra don I. M. I. A. (arrendador-proprietario) solicitando, entre otras cosas, que se declare que la demandante tiene derecho a acceder a la propiedad del *Caserío Aiserikoa*.

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 por la demandante y declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por el demandado.

NOTA.—Téngase en cuenta que con posterioridad a la fecha de la presente sentencia, se ha aprobado una nueva Ley de arrendamientos rústicos (Ley 49/2003, de 26 de noviembre) y que para la validez del arrendamiento rústico ya no se exige que el arrendatario sea profesional de la agricultura (art. 9 LAR 2003). (M. J. P. G.)

34. Acceso a la propiedad del arrendatario. Alcance de la obligación de llevar a cabo el cultivo personal de las fincas adquiridas. Artículo 2.4 de la Ley de arrendamientos rústicos históricos de 10 de febrero de 1992.—La sentencia recurrida revocó la dictada por el Juez de Primera Instancia para desestimar la pretensión de los recurrentes de acceder a la propiedad de las fincas que llevan en arriendo, empleando un único razonamiento en el que se dice que el arrendatario que pretende acceder a la propiedad, tratándose de arrendamiento histórico, requiere que el mismo «se comprometa a llevar en explotación personal y directa las tierras rústicas que tiene arrendadas, obligación que no se contempla en el escrito inicial de demanda y cuyo cumplimiento deviene imposible dada la edad de los titulares arrendaticios, próximos a alcanzar la jubilación y carentes de la posibilidad de dar cumplimiento a la obligación nacida de lo prevenido en la Ley de arrendamientos históricos de febrero de 1992 en relación con lo preconizado en la Ley especial de 31 de diciembre de 1980».

Tal declaración es combatida en el motivo primero con la alegación de infracción de los artículos 14, 35-1 y 53 CE y STC de 2 de julio de 1981, que ha de estudiarse conjuntamente con el segundo por infracción de los artículos 15 y 16 LAR.

La referida declaración judicial resulta ya de comienzo atentatoria al principio de igualdad que consagra el artículo 14 del Texto Constitucional, en relación al 35, que reconoce el derecho a trabajar sin discriminación.

La decisión del Tribunal de Instancia la rechazamos, pues se trata más bien de una previsión arriesgada y hasta osada de futuro y arbitraria, al sentar la imposibilidad —no demostrada— de que los recurrentes por razón de su edad pudieran cumplir la obligación que les impone el artículo 2-4 de la Ley de arrendamientos rústicos históricos de 10 de febrero de 1992, en cuanto a que, ejercitada con éxito la acción que autoriza el acceso a la propiedad de las fincas llevadas en arrendamiento, deben necesariamente cultivarlas personalmente durante seis años como mínimo.

El texto legal no impone que dicha obligación sea suma y tenga que constar en la demanda, sino que se trata de una previsión del legislador para evitar situaciones de especulación inmediata. Surge dicho deber desde el momento en que se produce la adquisición de las fincas por sentencia judicial estimatoria de la pretensión de acceso a la titularidad dominical de las mismas.

El labrador puede muy bien alcanzar la jubilación formal, pero la especial psicología y estado de vida de esta nobleza de la tierra, en la mayoría de los casos no implica ruptura total con el trabajo agrícola que se ha venido casi siempre desarrollando a lo largo de toda una vida y ya ha dicho esta Sala de Casación civil que la jubilación no ha de confundirse con la pérdida de personalidad agraria, pues con mucha frecuencia los labradores no desisten de su condición ni por la edad ni por la jubilación (S de 11 de noviembre de 1996, que cita las de 2 de junio de 1992, 11 de octubre de 1993, 30 de mayo de 1994 y 10 de febrero de 1995).

A su vez hay que tener en cuenta que el artículo 18 LAR contempla la posibilidad de asistencia al cultivador personal por otras personas, familiares o no, y así lo ha reconocido la jurisprudencia, que declaró superada la polémica de la compatibilidad de la condición de pensionista y de cultivador personal, ya que no se pierde ésta ni por la edad ni por la situación de jubilación, pues en la norma no existe la condición prohibitiva (SS de 3 de

junio de 1988, 6 de junio de 1989, 16, 12 y 18 de diciembre de 1993, entre otras).

La sentencia de apelación aceptó la fundamentación jurídica de la pronunciada por el Juez de Primera Instancia y con ello los hechos probados que se integran en la misma, los que acceden firmes a casación y acreditan tanto la identidad de las fincas arrendadas, como que se trata de un arrendamiento continuado y concretado, anterior a la Ley de 15 de marzo de 1935, por lo que tiene condición de arrendamiento histórico y la Ley 1/1992 permite el acceso a la propiedad de las fincas objeto del mismo (art. 2-2). Los actores son sucesores de los anteriores arrendatarios, habiéndoles precedido directamente don B. J. P., padre de la demandante doña A. J. S., para lo que no se puede dejar de lado que en la escritura de compra de las fincas por el demandado don J. P. M., otorgada en fecha 15 de julio de 1993, se hace constar el arrendamiento subsistente, y, de este modo, resultaba suficientemente conocido.

Los motivos proceden ser acogidos y de conformidad al artículo 1715.1-3.º, corresponde a esta Sala de Casación resolver lo que corresponda dentro de los términos en los que aparezca planteado el debate procesal, lo que se lleva a cabo decretando la confirmación de la sentencia del Juzgado. **(STS de 12 de marzo de 2003; ha lugar.)**

HECHOS.—Un matrimonio de agricultores promueve demanda solicitando la declaración de su derecho a acceder a la propiedad de determinadas fincas contra el abono de su precio determinado según los criterios fijados en la Ley de arrendamientos rústicos históricos. Se opone el propietario pero el Juzgado da lugar a lo pedido. La Audiencia estima el recurso de apelación que interpone el propietario revocando la sentencia de instancia. Ha lugar al recurso de casación promovido por los arrendatarios. *(R. G. S.)*

35. Determinación del objeto del contrato.—El objeto del contrato está determinado cuando consta individualizado o existen elementos suficientes para conocer su identidad, de modo que no hay duda sobre la realidad objetiva querida por los contratantes. Respecto a la determinación del objeto, la doctrina jurisprudencial señala que ha de ser hecha de forma que no haya confusión con otros elementos, no quede al arbitrio de uno de los contratantes y no sea necesario un nuevo acuerdo para su fijación (SSTS de 28 de octubre de 1952, de 29 de octubre de 1964 y de 3 de marzo de 2000). También ha señalado esta Sala que es suficiente la «determinabilidad», que permite considerar el objeto como cierto siempre que sea posible determinarlo con sujeción a las disposiciones contenidas en el contrato, sin que el mayor o menor detalle sobre la manera como haya de realizarse la obra vicie el contrato ni pueda dar lugar a su inexistencia. En este sentido, el proyecto básico de la construcción descrito en el contrato de obra es suficiente para la individualización del objeto contractual, de modo que no se puede negar su determinación. La falta de proyecto de ejecución podría haber incidido en el cumplimiento del contrato pero no afecta a la determinación de su objeto.

Indemnización por desistimiento del comitente.—El artículo 1594 CC, que regula el desistimiento unilateral del dueño de la obra, reconoce el derecho de indemnización a favor del contratista por los gastos, trabajo y utilidad que se pudiera obtener de la construcción de la obra. Además, la jurisprudencia

cia declara que no se puede negar a los constructores el derecho a obtener beneficios económicos por razón de la actividad profesional realizada (STS de 15 de abril de 1992, 15 de octubre de 1992, 30 de mayo de 1993 y 17 de octubre de 1996, entre otras). Para el cálculo de dicho beneficio habrá de estarse a lo pactado o al cálculo con arreglo a los elementos que figuren en el contrato y, en su defecto, la determinación es una facultad que corresponde al juzgador de instancia como una cuestión de hecho. Tal como dice la STS de 17 de octubre de 1996, la jurisprudencia «no ha establecido un porcentaje fijo y no ha sometido a las circunstancias económico-sociales de los tiempos, al tratarse de un uso general, cambiante y acomodado a cada realidad histórico-social». (STS de 25 de abril de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—La constructora *Cota Mil, S. L.*, y la sociedad *Promociones JO.RI.CAR, S. L.*, celebraron un contrato de obra en virtud del cual la primera debía construir, según el proyecto básico de la construcción, un edificio para viviendas, bajos comerciales y sótanos para aparcamiento de vehículos en una determinada finca. Al año de celebrarse el contrato, la promotora comunicó a *Cota Mil, S. L.*, su desistimiento del contrato. La constructora interpuso demanda en la que solicitaba el pago de la indemnización de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. Interpuesto recurso de apelación por la demandada, la Audiencia Provincial de Valencia estimó en parte el recurso y revocó la sentencia de instancia en los aspectos relativos a intereses y costas. Interpuesto recurso de casación por la promotora, el TS declara no ha lugar. (M. V. V.)

36. Responsabilidad civil del abogado: fundamento.—Siendo cierto que la obligación que asume el abogado que se compromete a la defensa judicial de su cliente, no es de resultado sino de medios, ello no significa que desaparezca su responsabilidad por no haber propuesto en debida forma la prueba pericial, ya que ha de ponderarse si se han desarrollado todas aquellas actuaciones que corresponden a la llamada *lex artis*; es decir, al patrón de comportamiento que en el ámbito profesional de la Abogacía se considera revelador de la pericia y el cuidado exigibles para un correcto ejercicio de la misma, en cuanto responde a aquel nivel de conocimiento de los preceptos legales y de la jurisprudencia que los interpreta, que resulta imprescindible para poder reclamar ante los Tribunales la tutela efectiva de los intereses legítimos de los ciudadanos; es exigible, por tanto, que el abogado ponga a contribución todos los conocimientos, la diligencia y la prudencia que, en condiciones normales, permitirían obtener un resultado favorable, como son a título de ejemplo, la correcta fundamentación fáctica y jurídica de los escritos de alegaciones, la diligente proposición de las pruebas y la cuidadosa atención a la práctica de las mismas, la estricta observancia de plazos y términos legales, etc.

No proposición de prueba pericial contradictoria en proceso de expropiación forzosa.—En este caso se ha omitido la proposición de una prueba pericial contradictoria, sustituyéndola por un dictamen elaborado extrajudicialmente, que se ha aportado por vía documental, con lo que se eliminaba cualquier posible intervención de la contraparte y se prescindía de toda garantía acerca de la imparcialidad de su autor, punto esencial por ser el

perito un asesor del Juez en materias que no domina, respecto al cual la LEC de 1881, a la que se reconduce la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, establecía un cuidadoso sistema de designación y de posibilidades de recusación de quienes habían de emitir el informe, así como de oportunidades para que las partes pudiesen formular aclaraciones que tendían a eliminar cualquier clase de indefensión. Omisión tanto más llamativa por cuanto existía una doctrina jurisprudencial consolidada respecto a la escasa trascendencia que podía concederse a dicha prueba pseudopericial, tanto en general, como en aquellas ocasiones en que con la misma pretendía desvirtuarse la apreciación de los Jurados de Expropiación.

Cuantía indemnizatoria: pérdida de oportunidades.—Más que tratar de determinar cuál podría haber sido el desenlace de la contienda judicial precedente si el abogado que en ella actuaba hubiese propuesto una prueba pericial plenamente ajustada a las normas procesales vigentes, o de valorar la prueba de dicha naturaleza que en un proceso diferente —el actual— se ha practicado a instancia de otro Letrado, parece más indicado tener en cuenta la que la doctrina denomina *pérdida de oportunidad* que se ha ocasionado al causante de los recurrentes, quien por la impericia o la falta de diligencia del abogado, cuyos servicios profesionales había solicitado, no ha podido acceder a los tribunales en las condiciones imprescindibles para demandar la tutela de sus intereses ante los mismos. Para la adecuada reparación de dicho daño moral, a la vista de las diversas instancias a las que ha debido recurrirse durante un prolongado período de tiempo, parece adecuado fijar en tres millones de pesetas la indemnización otorgada. (STS de 8 de abril de 2003; ha lugar.)

NOTA.—Aunque parece iniciarse un tratamiento paralelo de la responsabilidad extracontractual médica y de la que incumbe al abogado en relación con su cliente (como parece confirmarlo la invocación a la *lex artis* para determinar la existencia de actuar culposamente o negligente de ambos profesionales), pese a la diferente naturaleza de las respectivas actividades, es lo cierto que la jurisprudencia de la Sala 1.^a está dando sus primeros pasos en relación con la responsabilidad extracontractual de los abogados, tanteando soluciones sin haber llegado todavía a establecer criterios suficientemente convincentes. No hay bases ciertas para establecer el daño indemnizable (buen ejemplo es que, en este caso, el Juzgado de Primera Instancia fijó una cuantía indemnizatoria superior a los veintisiete millones de pesetas, mientras que el TS, estimando el recurso, la ha establecido solamente en tres millones, cantidad que puede calificarse de simbólica pensando que el proceso administrativo se arrastra desde los años ochenta). La profesión de abogado constituye un engranaje necesario e imprescindible en la satisfacción efectiva del derecho establecido a favor de los justiciables en el artículo 24.1 CE. Pero la concepción del proceso civil como contienda entre dos partes, una de las cuales gana y otra pierde, impide calificar *in extremis* de obligación de resultado la que recae sobre el Letrado de cada parte. En el presente caso el ponente Sr. Romero Lorenzo ha procedido a un minucioso examen de la actuación del abogado demandado en el campo probatorio. Sentencia, por tanto, evidentemente pedagógica. En todo caso, saltar de la mera *oportunidad* a la *seguridad* del pleito ganado hay un techo que ningún tribunal parece puede franquear *a posteriori*. (G. G. C.)

37. Responsabilidad contractual de abogado y procurador: escrito de personación no presentado: relación jurídica con el cliente: normativa aplicable.—La relación contractual entre abogado y cliente es, en este caso y en la mayoría de supuestos salvo muy concretas excepciones, derivada del contrato de prestación de servicios, siendo obligación esencial del primero la de llevar la dirección técnica de un proceso, como obligación de actividad o de medios, no de resultado. Por su parte, la relación entre procurador y cliente es la derivada del contrato de mandato, en su variedad de mandato representativo (arts. 1718 y 1719 CC). A lo anterior ha de añadirse la normativa propia de las aludidas profesiones liberales, en particular los artículos 53 y 102 del Estatuto General de la Abogacía, y el artículo 14.3 del Estatuto General de los Procuradores de los Tribunales de España.

Incumplimiento.—Se produce un incumplimiento de las obligaciones de los profesionales considerados cuando con su actuación se impide al perjudicado la obtención de un derecho; es decir, no tanto se causa un perjuicio material directo, como se hace imposible obtener un beneficio, o lo que es lo mismo, se ha impedido la posibilidad de conseguirlo a través de un acto procesal, con lo que se vulnera el derecho del perjudicado a obtener la tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24.1 CE; siempre y en todo caso que, aquella actuación y este acto procesal, correspondan a la obligación del profesional.

El abogado no tiene obligación legal de redactar y presentar el escrito de personación.—Según el artículo 10, segundo párrafo, cuarta excepción, de la LEC de 1881 aplicable al caso, no precisan dirección técnica, ni, en consecuencia, firma de abogado, los escritos de personación; el abogado no tiene el deber profesional de redactar el escrito, ni dar instrucciones, ni ordenar que se presente; hasta el punto de que no es minutable, y si el Letrado lo incluye en sus honorarios, se declaran indebidos; es decir, es un escrito que debe hacer el procurador (lo que hace normalmente y se conoce en el *argot* forense como un *escrito de cajón*). En consecuencia, no hay incumplimiento de las obligaciones del abogado, ni falta de celo o diligencia, ni defecto en la realización diligente de actividades, respecto a un escrito que no le corresponde hacer. Distinto sería el caso en que el escrito se incluyera en la obligación de prestar el servicio, como el de interposición del recurso de casación. (STS de 7 de abril de 2003; ha lugar.)

NOTA.—La sentencia extractada habla conjuntamente de las obligaciones de abogados y procuradores respecto al mismo cliente, pero curiosamente el Procurador demandado, y condenado por la Audiencia Provincial solidariamente con el abogado, no recurre en casación, por lo cual aquella sentencia desfavorable para él quedó firme, cualesquiera hayan sido las razones en que se basó el fallo estimatorio, y no necesariamente las aquí extractadas, por más que resulten plenamente plausibles. (G. G. C.)

38. Muerte de una persona causada por arma de fuego utilizada por guardia civil fuera de servicio, que después se suicidó. Responsabilidad extracontractual. Reclamación al Estado. Competencia de la Jurisdicción civil.—Ha de partirse de que los hechos ocurrieron en la madrugada del día 22 de julio de 1989, es decir, con anterioridad a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Proce-

dimiento Administrativo Común), y Decreto de 26 de marzo de 1993. A su vez la demanda planteada por la viuda e hijos del fallecido se dirigió contra la Administración del Estado y herederos de don J. P. G., a fin de que fueran condenados en forma solidaria al pago de la indemnización compensatoria que se solicita.

En estos supuestos, la doctrina de la Sala 1.^a del TS ha decretado la competencia de la Jurisdicción civil en cuanto se trata de resolver el actuar culposo en forma de negligencia grave y aquí trágica, que se imputa al Estado (Ministerio del Interior), al amparo de los artículos 1902 y 1903 CC (SS de 17 de julio de 2001), toda vez que las responsabilidades que se reclaman se califican como extracontractuales y en vía de solidaridad, en base a la unidad fáctica en que se apoyan (SS de 1 de febrero de 1994, 29 de junio de 2000, 5 de diciembre de 2002 y 10 de febrero de 2003). A su vez, la demanda se dirigió contra el Estado (art. 106.2 CE) y también contra personas privadas como causantes del resultado dañoso producido –en este caso la muerte violenta de una persona–, que se presentan responsables concurrentes de los mismos hechos a los que se les atribuye origen en actuación gravemente culposa, lo que hace que no proceda considerar la competencia del orden contencioso-administrativo, ya que se impone la *vis atractiva* de la Jurisdicción civil (SS de 2 de junio de 1993 –que cita las de 2 de febrero de 1987, 10 de noviembre de 1990 y 17 de febrero de 1992– y de 22 de noviembre de 1996) para evitar fallos contradictorios al ser solidarias las responsabilidades. El criterio de *vis atractiva* de la Jurisdicción civil se ve reforzado por el principio de unidad jurisdiccional sancionado en el artículo 117.5 CE y recogido en el artículo 3.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (S de 28 de abril de 1992), a lo que cabe añadir que remitir a estas alturas a los demandantes a entablar un proceso contencioso-administrativo, supone imponerles una larga peregrinación por distintas jurisdicciones que no resulta debidamente conforme al derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas que proclama el artículo 24 CC (S de 26 de diciembre de 1996 –que cita las de 5 de junio de 1983 y 1 de julio de 1986– y S de 3 de marzo de 1998).

Responsabilidad del Estado.–La circunstancia de que cuando ocurrieron los hechos el guardia civil no estaba de servicio se trata de una cuestión ya contemplada por esta Sala de Casación civil que no la consideró dotada de carga exculpatoria suficiente respecto a la responsabilidad que corresponde atribuir a la Administración del Estado, pues estamos ante una responsabilidad directa y solidaria y es la forma más apropiada para una protección justa de los perjudicados (S de 15 de diciembre de 1994). Concorre la necesaria relación causal, ya que la actuación del guardia civil, con resultado mortal, se encuentra dentro de las previsiones del artículo 1902 CC, conforme declara la S 31 de diciembre de 1999, y su conducta culposa alcanza al Estado por aplicación de los artículos 40 y 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957, al imponerse la obligación de vigilancia y seguridad de los Cuerpos y Miembros de la Seguridad del Estado y considerarse estar siempre de servicio permanente, aunque se hallen libres o francos de servicio ordinario.

Hace constar la Sala que el sistema organizativo de los Cuerpos de Seguridad consiente a sus integrantes a que puedan portar las armas de fuego reglamentarias aun estando fuera de servicio, y ello autoriza a presumir que el funcionamiento global del servicio así lo exige, por lo que el Estado viene a asumir, como consecuencia causal de esta situación tolerada, el riesgo del

indebido o abusivo uso de las armas autorizadas, primando el principio de integridad patrimonial de la víctima, y que alcanza a sus sucesores y perjudicados directos, al producirse fallecimiento provocado. (STS de 30 de abril de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—En la madrugada del día 22 de julio de 1989 el guardia civil don J. P. G., estando libre de servicio, y con destino en Ibiza, se dirigió al Bar Winston de dicha localidad y, tras cenar y efectuar varias consumiciones alcohólicas, de modo repentino, sin mediar causa acreditada alguna, con la pistola que portaba y que era su arma reglamentaria, efectuó cinco disparos, alcanzando uno de ellos al esposo y padre de los demandantes, causándole la muerte instantánea e hiriendo a otra cliente del establecimiento. Seguidamente, en las afueras del local, se suicidó disparándose un tiro en la cabeza con el arma que aún portaba. (A. G. B.)

39. Culpa extracontractual: muerte en accidente minero: competencia civil.—Según el artículo 2.a) del texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, la materia que determina la competencia del orden jurisdiccional social se refiere a las cuestiones concernientes al ámbito propio del contrato de trabajo, y a aquellas otras relacionadas con los conflictos colectivos, la Seguridad Social y las mutualidades, y tal circunstancia vinculante no concurre en este supuesto, donde lo acontecido fue la producción de un resultado dañoso como consecuencia de un hecho realizado en los quehaceres laborales, lo cual excede de la órbita específica del contrato de trabajo, y permite entender que su conocimiento corresponde al orden civil por el carácter residual y extensivo del mismo, concretado en el artículo 9.2 LOPJ, máxime cuando en la demanda se hace alusión a que la acción ejercitada es la personal de resarcimiento de daños y perjuicios, con cobertura en los artículos 1902 y 1903 CC, doctrina reiterada en esta Sala por SSTs de 21 marzo de 1997, 13 de octubre de 1998, 13 de julio y 30 de noviembre de 1999 y 15 de julio de 2002. Es de notar que las resoluciones dictadas por la Sala de Conflictos no crean doctrina jurisprudencial (por todas STS de 4 de diciembre de 1995).

Actividades de riesgo: omisión de diligencia preventiva.—Las actividades de la explotación minera del carbón, por efecto de la propia peligrosidad que es inherente a las labores relativas a la producción y al mantenimiento en el interior de las minas, crean evidentes riesgos para los operarios, y no basta al empresario con el cumplimiento de los reglamentos y demás disposiciones legales que obligan a la adopción de garantías para prevenir y evitar los daños, pues si estas medidas no han ofrecido resultado positivo, como ocurre en este caso, y el daño se produce, se revela su insuficiencia, la falta de alguna precaución y lo escaso de la diligencia empleada, habida cuenta de que, en este caso, la Inspección de Seguridad Minera ordenó la elaboración de una Directiva interna de seguridad, con el fin de evitar la repetición de situaciones similares, lo que provocó la declaración de responsabilidad civil de HUNOSA por omisión de la referida diligencia preventiva.

Inexistencia de caso fortuito.—La causa del accidente consistió en un derrabe causado por la existencia de tensiones geológicas originadas por el propio yacimiento, lo cual no puede calificarse como *casual* o *irresistible*,

esto es, completamente ajeno a los riesgos inherentes a toda explotación minera, ya que el riesgo era previsible y controlable.

Doctrina jurisprudencial sobre la responsabilidad por riesgo.—Es aplicable a este caso la doctrina expresada por STS de 22 de abril de 1987, según la cual, si bien el artículo 1902 CC descansa en un principio básico culpabilista, no es permitido desconocer que la diligencia requerida comprende, no sólo las prevenciones y cuidados reglamentarios, sino además todos los que la prudencia imponga para evitar el evento dañoso, con inversión de la carga de la prueba y presunción de conducta culposa en el agente, así como la aplicación, dentro de prudentes pautas, de la responsabilidad fundada en el riesgo, aunque sin erigirlo en fundamento único de la obligación a resarcir; no siendo suficiente para la inexistencia de culpa acreditar que se procedió con sujeción a las disposiciones legales que, al no haber ofrecido resultado positivo, revelan su insuficiencia y la falta de algo por prevenir, estando por tanto incompleta la diligencia.

Relación causal.—Esta Sala ha repetido con reiteración que es causa eficiente del resultado aquella que, aun concurriendo con otras, prepare, condicione o complete la acción de la causa última, y en el supuesto del debate se da la relación de causalidad entre el daño producido y la omisión de diligencia preventiva de la demandada. (STS de 22 de abril de 2003; no ha lugar.)

NOTA.—Con escasa diferencia de fechas se pronuncian dos resoluciones de la Sala 1.^a sobre casos similares (responsabilidad por muerte en accidente de un operario en cada uno de ellos) con sentido contradictorio. Se trata de la STS de 31 de marzo de 2003 (Pte.: Marín Castán), y la ahora extractada de 22 de abril de 2003 (Pte.: García Varela). No hay coincidencia en la actividad empresarial y se podría, acaso, alegar que la explotación minera *pér se* es fuente de riesgo para los obreros, mientras que en el otro supuesto se trata de una empresa de almacén de forraje que, a simple vista, no posee tal peligrosidad. Sin embargo la S de 31 de marzo de 2003 describe como actividad especialmente arriesgada la que desempeñaba la máquina-pala autocargadora que almacenaba alfalfa en un espacio reducido y causó la muerte de un operario. En ambos casos se ejercitaron acciones de responsabilidad civil, denegándose el recurso, en el primero, por invocar la doctrina del riesgo, mientras que se estima en el segundo con fundamento precisamente en esta última. A mi juicio, se da aquí una palmaria contradicción. (G. G. C.)

40. Culpa extracontractual: accidente de trabajo: muerte de obrero por atropello de máquina-pala autocargadora: exoneración del conductor y de la empresa.—Dando por probado que la víctima se interpuso en la trayectoria de la máquina por razones que se desconocen, habiendo observado su conductor la diligencia debida, habiendo funcionado la sirena que avisaba de la maniobra marcha atrás, y siendo el trabajador fallecido perfecto conocedor de esa zona de maniobra de las máquinas y del peligro inherente a invadirla, no cabe imputar el suceso al conductor de la máquina, ni a la empresa. (STS de 31 de marzo de 2003; no ha lugar.)

NOTA.—La desestimación del recurso interpuesto por los familiares del obrero accidentado se basa en dos argumentos, uno fáctico

y otro jurídico. El primero estriba que no se ha podido explicar la presencia de aquél en el lugar del siniestro; además se trataba de un mecánico-mantenedor de la maquinaria, conocedor, por tanto, de la peligrosidad del lugar en que actuaba, etc. Es curioso que tal falta de prueba suele ocurrir, en esta clase de litigios, precisamente cuando ha fallecido el accidentado, y nada puede aclarar sobre los hechos ... Es grande, y comprensible, la inclinación a echarle a él las culpas del accidente, exonerando al causante material. La argumentación jurídica se basa en una estricta aplicación de los requisitos que la propia Sala se ha fijado para seguir entendiendo de este tipo de reclamaciones, a saber, que se pruebe la culpa o negligencia del empleador, no siendo suficiente invocar la responsabilidad por riesgo. La lectura de esta sentencia causa cierta insatisfacción, sobre todo a la vista de la casi simultánea STS de 20 abril 2003. (G. G. C.)

41. Culpa extracontractual: lesiones por caída en Salón de té, debido a resbalar en pavimento fregado pero no secado después de rotura de botella de refresco: no se dan los requisitos del caso fortuito.—La aplicación del caso fortuito requiere que se trate de hecho que no hubiera podido preverse, o que previsto resultase inevitable, y es exigencia inexcusable que consten acreditados los presupuestos de hecho de tal aplicación. En este caso no se agotaron las medidas de precaución y seguridad que exigía adoptar el haberse producido el vertido de una bebida refrescante en un establecimiento público con asistencia de clientes, a fin de evitar que éstos pudieran sufrir alguna agresión a su integridad física; si bien el suelo resultó fregado, no se probó que se hubiera llegado a su secado adecuado para evitar todo resto de humedad que propiciara el resbalamiento. Se trataba, por tanto, de suelo húmedo, y en esto se hace necesario integrar el *factum* pues en esta situación la caída resultaba del todo posible; tampoco se demostró que el local estuviera provisto de pavimento antideslizante, ni que el líquido derramado careciera de sustancias que lo incrementaran como resbaladizo, ni tampoco que los demandados llevaran a cabo actuación alguna para no permitir el acceso a la zona por los clientes en tanto no se presentase suficientemente segura, por haber quedado completa y debidamente secada.

Causa del accidente.—La causa de la caída ha quedado debida y suficientemente demostrada, es decir, deslizamiento sobre suelo por haber sido fregado pero no secado, al no haberse probado que se hubiera eliminado por completo la humedad; con lo que el nexo causal, que tiene su origen en el vertido del líquido y la caída de la recurrente, se presente concurrente, sin olvidar que correspondía a los demandados la prueba de haber adoptado las correcciones necesarias ante el evento del vertido del líquido refrescante.

Inversión de la carga de la prueba.—La exégesis jurisprudencial del artículo 1902 CC autoriza la inversión de la carga de la prueba según las circunstancias del caso y cuando la prudencia ha de extremarse para evitar el daño, debiendo acreditarse el haberse procedido con absoluta y no reservada diligencia, que aquí sólo se presenta media por parte de la empresa demandada, pues sólo fregó el suelo y no se procuró su secado completo, o evitar el tránsito de personas por la zona afectada en tanto persistieran las humedades consecuentes que quedaron al pasar sólo la fregona. (STS de 31 de marzo de 2003; ha lugar.)

NOTA.—De haber sucedido este accidente casi banal hace medio siglo, acaso su doctrina hubiera ingresado en los libros como *el caso del Salón de Té* (igual, por ejemplo, que ocurrió en Alemania con el *caso del linoleum*). Ahora probablemente no ocurrirá así dada la gran variedad de supuestos que se plantean todos los días ante los Tribunales, muchos de los cuales alcanzan apenas un fugaz renombre. Lo que aquí sorprende es que la demanda fuese rechazada en ambas instancias. Es de destacar el minucioso análisis que hace el ponente (Sr.: Villagómez Rodil) de las circunstancias fácticas, para llegar a la estimación del recurso, que merece aprobación. (G. G. C.)

42. Culpa extracontractual: muerte por electrocución: instalación de antena de 8 metros de altura para radioaficionado: instalación aérea de empresa eléctrica a 7 metros y 60 centímetros de altura: pluralidad de causas del accidente: análisis.—Ante una pluralidad de causas del accidente esta Sala, en numerosas ocasiones, ha hecho referencia a que dentro del potencialmente infinito encadenamiento de causas y efectos, la determinación del hecho causal entre el hecho de uno de los posibles agentes y el resultado dañoso, ha de inspirarse en la valoración de aquellas circunstancias que el buen sentido señale como índice de responsabilidad, teniendo en cuenta, dentro de unas prudentes pautas, el sector del tráfico jurídico o el entorno físico y social donde se desarrollan los acontecimientos que preceden a un daño, pues no todos tienen la misma relevancia. Se ha exigido la prueba terminante acerca del nexo entre la conducta del sujeto y el resultado, no considerándose suficiente la aplicación de la teoría del riesgo, sino requiriéndose la determinación concreta de que el daño ha sido consecuencia natural, adecuada y necesaria de la actuación que se imputa al demandado. No faltan supuestos en que se ha trasladado al campo civil la doctrina general de la imputación objetiva, con el fin de precisar si la responsabilidad por el daño efectivamente causado debe atribuirse al demandado, con base en alguno de los criterios a tal efecto admitidos. En el presente caso, el tendido aéreo se hallaba a 7,60 metros de altura sobre el piso de la terraza en la que iba a fijarse la antena del radioaficionado, siendo conocedores de ello todas las personas que intervinieron. Asimismo, para el instalador era notorio el peligro que suponía el contacto de su antena con la línea eléctrica aérea, dado que la longitud de aquella sobrepasaba la altura del tendido aéreo. La existencia de conducciones eléctricas aéreas y la necesidad de evitar cualquier posible contacto con las mismas, constituye una realidad impuesta por las condiciones en que actualmente se desarrolla la convivencia social, que viene a suponer un límite a la libertad de actuación de los ciudadanos precisamente por el peligro que entraña, si bien éste es generalmente conocido y aceptado, resultando fácilmente eludible con una normal atención y diligencia por parte de todos los que podrían resultar afectados.

Exoneración de la compañía eléctrica.—El tendido aéreo de la recurrente se ajustaba, no sólo a lo reglamentariamente establecido, sino también a cuanto ha de considerarse normal en instalaciones de dicha naturaleza, resultando perfectamente visible por el fallecido y por las demás personas que llevaban a cabo la instalación de la antena, por lo cual debe estimarse su recurso y declarar su irresponsabilidad.

Responsabilidad del instalador.—La actuación que el buen sentido aconseja calificar como causa única y eficiente del accidente sufrido, el cual

ha sido consecuencia necesaria de la misma, es la decisión del codemandado, quien por su cualificación profesional conocía los riesgos de la operación, para la cual pidió la colaboración del fallecido y de su hermano, los cuales se acrecentaban ante la existencia de la conducción eléctrica aérea y la considerable longitud de la antena que pretendía instalar. (STS de 29 de abril de 2003; ha lugar.)

NOTA.—Los familiares de la víctima demandaron a la empresa propietaria del cable aéreo y al instalador de la antena; el Juzgado de Primera Instancia absolvió a la primera y condenó al instalador al abono de 4.000.000 de pesetas. La Audiencia Provincial condenó a la compañía eléctrica, solidariamente con el instalador, elevando la cuantía a 6.000.000 de pesetas. El TS estima el recurso de aquélla exonerándola de responsabilidad, mantenimiento como único responsable al instalador.

Las razones para liberar de responsabilidad a la empresa propietaria del cable eléctrico aéreo no son del todo convincentes. Se da por supuesto que tales tendidos aéreos forman parte del panorama urbano, habiendo adquirido, en cierto modo, *droit de cité*; sin embargo son sobradamente conocidos sus riesgos para los ciudadanos y la aspiración a que desaparezcan de nuestras ciudades. La sentencia extractada dice al final del 3.º FD: «A mayor abundamiento, si —en el terreno de las hipótesis— pudiera entenderse que la existencia del tendido eléctrico de la recurrente constituía también causa del evento dañoso, ha de afirmarse que la conducta descuidada y gravemente imprudente del mencionado demandado ha venido a romper el nexo causal entre la actuación de la entidad demandada y el luctuoso resultado producido». Argumento exoneratorio hipotético que tampoco convence. (G. G. C.)

43. Alcance de la prueba de la causalidad: supuestos de incendio.

La doctrina jurisprudencial exige la prueba del incendio causante del daño, no la prueba —normalmente imposible— de la causa concreta que causó el incendio; el nexo causal es, pues, entre el incendio y el daño, no respecto a la causa eficiente, ni mucho menos, la culpa del incendio causante del daño. (SS de 24 de enero de 2002 y 23 de enero de 1986). (STS de 27 de febrero de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—*Hispalco Sociedad Cooperativa de Responsabilidad Limitada* ejercitó acción de responsabilidad extracontractual contra *Larrea y Rahm, S. A.*, instando la condena a la indemnización de daños y perjuicios como consecuencia del incendio que tuvo lugar en el almacén de neumáticos de la demandada y que alcanzó al almacén de la actora con la destrucción total de los activos materiales de dicha empresa. En sentencia dictada en primera instancia se estimó la demanda, condenando a la demandada a la indemnización por los daños y perjuicios causados. La Audiencia Provincial de Bizkaia revocó la sentencia y absolvió a la demandada. Contra esta última la sociedad demandante formuló recurso de casación, que el TS estimó.

NOTA.—Para la jurisprudencia sobre el complejo tema del nexo de causalidad en este grupo de casos, puede verse Francisco OLIVA

BLÁZQUEZ, «Responsabilidad civil derivada de los daños ocasionados por incendios de causa desconocida», *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 10, 2003-1, pp. 559-573. (E. C. V.)

44. Culpa extracontractual: valor complementario de la jurisprudencia: doctrina general.—Para que la jurisprudencia cumpla su función complementaria es necesario que posea los siguientes requisitos, según doctrina constante del TS: 1) Una cierta dosis de estabilidad de los criterios o doctrinas, manifestada en la reiteración de su utilización o aplicación. 2.º) Que los criterios o doctrinas hayan sido utilizados como razón básica para adoptar la decisión (*ratio decidendi*), no teniendo valor de jurisprudencia las afirmaciones que el TS hace con carácter incidental, o como argumentaciones subsidiarias o a mayor abundamiento (*obiter dicta*). En la sentencia recurrida se cita una sentencia de esta Sala para aclarar la aplicación del precepto legal procedente y no como una invocación de fuente de derecho. Por otra parte, la STS de 22 de julio de 1944 declara que cuando la jurisprudencia ha fijado una determinada interpretación legal, debe ésta ser mantenida, en aras de la certidumbre y la seguridad de las relaciones jurídicas, en tanto no se demuestre de modo indubitable la autonomía de ella con el verdadero contenido de la Ley.

Prohibición del *non liquet*: autointegración y heterointegración del ordenamiento jurídico.—El artículo 1.º.7 CC consigna el deber inexcusable de los Jueces y Tribunales de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, atendiéndose al sistema de fuentes establecido. El mandato legal proscribire, por lo tanto, toda decisión judicial no asentada en el sistema de fuentes; pero no han de olvidarse los supuestos de autointegración y heterointegración del ordenamiento jurídico, tarea que, en sí misma, no es más que, en sentido formal, una aplicación del derecho, pero que, hasta cierto punto, puede detectarse en ellas, matices de creación, dentro de la fuente de derecho de la que proceda partir, una vez seleccionada debidamente.

Responsabilidad civil por el hecho de otro: doctrina general sobre el artículo 1903 CC.—La jurisprudencia ha contemplado de modo muy liberal la relación personal entre el causante de un daño y la persona relacionada con él, de quien se le puede hacer responsable; la más reciente doctrina y la jurisprudencia vienen proclamando que la responsabilidad *ex* artículo 1903 CC no es subsidiaria, sino *di recta*, ya que se establece por incumplimiento de los deberes que imponen las relaciones de convivencia social, de vigilar a las personas y a las cosas que están bajo la dependencia de determinadas personas y de emplear la debida cautela en la elección de servidores y en la vigilancia de sus actos. La STS de 26 de junio de 1984 declara que la responsabilidad del empresario es de naturaleza autónoma, distinta e independiente de la que el artículo 1902 CC atribuye al autor material del daño.

Accidente laboral con resultado de muerte: caída de andamio trabajando el obrero sin protección: responsabilidad directa de la empresa contratista por hecho imputable a la empresa subcontratista que actúa bajo la dirección de la primera.—Aunque es verdad que cuando se trata de contratos entre empresas no determinantes de relación de subordinación entre ellas, declara reiterada jurisprudencia que falta toda razón esencial para aplicar el artículo 1903 párr. 4.º CC, en el presente caso según el contrato celebrado con la subcontratista, ésta actuaba bajo la dirección de la recu-

rrente y en el plan general de obra contratado por ésta para la construcción del hangar. (STS de 16 de mayo de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—*Iberia* contrata la construcción de un hangar con E. y T., empresa que a su vez subcontrata con otras la realización de la obra, siendo M. M. una de las subcontratistas. Un empleado de ésta, trabajando sin protección, cae desde una altura de 25 metros, falleciendo por causa de las heridas. En vía penal la Audiencia Provincial de Madrid condenó por una falta al encargado de M. M., señalando una indemnización de 8.000.000 de pesetas a favor de la viuda, absolviendo a la empresa. En el pleito aquí planteado la viuda reclama otra indemnización de 22.000.000 de pesetas a E. y T. y a M. M. con base en el mismo accidente. Se desestima la demanda por el Juzgado de Primera Instancia, pero la Audiencia Provincial estima parcialmente la demanda, condenando a E. y T. al pago de 9.000.000 de pesetas por razón de aquél.

NOTA.—El Ponente Sr. Auger Liñán dedica el 2.º FD a reflexionar sobre el valor de la jurisprudencia, ya que el recurso hacía valer que la sentencia recurrida se basaba en una única sentencia para estimar la demanda. Después de sentar notable doctrina sobre los apartados 6 y 7 del artículo 1.º CC, confirma la sentencia recurrida en materia, desgraciadamente, de constante actualidad. La siniestralidad laboral se mantiene entre nosotros en porcentajes elevados, siendo clara la violación de las medidas de seguridad que recaen sobre las empresas; por otro lado no resulta infrecuente que a través de sucesivas subcontrataciones la responsabilidad de las diversas empresas intervinientes quede diluida, en perjuicio de los familiares de las víctimas. No se plantean, en este caso, las dudas que habitualmente se alegan sobre la competencia civil en esta materia. Sentencia plenamente de aprobar.

Sobre el artículo 1.6.º CC pueden verse últimamente las SSTs de 18 y 19 de mayo de 2000, y 6 de abril de 2001. (G. G. C.)

45. Culpa extracontractual: responsabilidad médica: consentimiento informado del enfermo: perforación intestinal como secuela de intervención quirúrgica.—El deber de informar que establece el artículo 10.5 de la Ley General de Sanidad, no puede ser entendido de forma general o abstracta, sino que hay que tener en cuenta la realidad social en que se presta el servicio, pues a este respecto se ha producido una variación considerable en el sentido de que no hace mucho se estimaba, por conveniencia del enfermo, que había que disfrazar de alguna forma la gravedad de la patología que padecía, situación ésta que ha cambiado, por lo que evidentemente en este caso se le hizo saber a la enferma la gravedad de su dolencia y de que la intervención más adecuada, en atención a su situación médica, era la vídeo-laparoscopia, en lugar de la cirugía abierta, que es otra opción, y sin que en esas condiciones fuese preciso que la paciente conociese la posibilidad de que corriera otros riesgos de los posibles a que está sometida cualquier clase de intervenciones.

Intervención según la *lex artis ad hoc*.—La intervención se llevó efecto con arreglo a las reglas médicas, y con el consentimiento informado de la enferma, por ser el método empleado el menos agresivo, el que menos hospitalización exigía y el que menos tiempo de rehabilitación necesitaba, y el más

adecuado a su patología, aunque a consecuencia de la intervención hubiera surgido el daño colateral consistente en la perforación del colon, que aunque previsible, no pudo ser evitado por los doctores que habían conformado su actuación a la *lex artis ad hoc*. (STS de 10 de abril de 2003; no ha lugar.)

46. Culpa extracontractual: responsabilidad médica: intervención en rotura de tímpano: secuelas: *lex artis ad hoc*.—La rotura de tímpano que tenía que ser tratada con la operación de miringoplastia, que fue acompañada con la secuela de que se moviera el injerto realizado y existiera otorrea, constituyen posibilidades que se dan en más de un 25 % de este tipo de intervenciones; además, se utilizó el antibiótico indicado para el tratamiento de las afecciones que surgieron.

Prueba pericial.—En el presente caso no puede entenderse probada ni la negligencia de la actuación médica, ni que las secuelas sean resultado de la operación llevada a cabo por el demandado; es correcta y lógica la valoración probatoria que hace la Audiencia Provincial de la que resulta que la demandante no ha llegado a acreditar la existencia de nexo causal entre la actuación del médico y las secuelas que padece. No puede aceptarse que el demandado haya obstaculizado la práctica de prueba, antes bien se emitió un amplísimo informe pericial por un perito que salió elegido entre los tres insaculados, sin que respecto al mismo se hubiese alegado la existencia de algún motivo de recusación; además, dicho perito, tras contestar con todo detalle a los puntos precisados por los litigantes y por el Juzgado, se ha sometido en la diligencia de ratificación a las aclaraciones que, tanto el Juez como una y otra parte, tuvieron a bien formularle. No hay necesidad de acudir a la inversión de la carga probatoria que no se considera justificada, ni a establecer una presunción de culpabilidad contra el médico demandado carente de todo fundamento. (STS de 7 de abril de 2003; no ha lugar.)

NOTA.—La demanda reclama una indemnización de 65 millones de pesetas por las secuelas derivadas de una operación de corrección de rotura de tímpano. Con acierto se recuerda que la obligación del médico es de medios y no de resultado, y se rechaza expresamente aplicar la doctrina de la *res ipsa loquitur*, fundamentalmente por existir una completa y satisfactoria prueba pericial (Pte: Sr. Romero Lorenzo). (G. G. C.)

47. Culpa extracontractual: lesiones de producto defectuoso: explosión de botella «La Casera».—Ha quedado suficientemente demostrada la falta notoria de seguridad de la botella causante de las lesiones que padece el actor, y con ello, al resultar producto inseguro, evidentemente se trata de producto defectuoso por sí mismo desde el momento de su puesta en circulación. El concepto de defecto que recoge nuestra Ley, siguiendo la Directiva Comunitaria 85/374/CEE, de 25 de julio de 1985, y que incorpora la experiencia de los EE.UU., resulta flexible y amplio, y, al no concurrir factores subjetivos, la seguridad se presenta como exigencia del producto, pues se trata de un derecho que asiste a todo consumidor en cuanto que el producto puede ser utilizado sin riesgos para su integridad física o patrimonial. Se invierte la carga de la prueba correspondiendo al fabricante acreditar

la idoneidad del mismo o concurrencia de otras causas exoneratorias, que aquí no resultaron acreditadas.

Responsabilidad del fabricante.—La recurrente ha sido la fabricante efectiva de dicho producto terminado, propició su puesta en el mercado, sin que concurra presupuesto alguno que pueda llevar a la conclusión de que no resultaba defectuoso desde el mismo momento de su incorporación al tráfico. El artículo 27.1.a) LGDCU atribuye responsabilidad directa a los fabricantes del producto, pues responden tanto de su origen como de su identidad e idoneidad.

Inaplicabilidad del RD de 1996 sobre etiquetado, presentación y publicidad de productos alimenticios.—Los hechos denunciados ocurrieron el 28 de agosto de 1994 cuando el lesionado se encontraba en un supermercado de la ciudad de Murcia, y tomó de sus estantes una botella de cristal que contenía gaseosa, estallando al depositarla en la cesta, siendo inaplicable la normativa posterior en el tiempo, que, por otro lado, para nada desvirtúa la responsabilidad extracontractual de los artículos 1902 y 1903 CC. (STS de 21 de febrero de 2003; no ha lugar.) (G.G.C.T)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

48. Transmisión de la propiedad. La tradición.—Conforme a la doctrina del Tribunal Supremo, para ser protegido por la tercería de dominio es necesario que concurra la *traditio* o entrega, ya que en tanto no tenga lugar, sigue siendo titular el vendedor (SSTS de 9 de marzo de 1994, 18 de febrero de 1998 y 27 de junio de 1996).

Así, la sentencia recurrida desestimó la demanda al declarar que no había acreditado el recurrente el dominio pleno del inmueble con anterioridad al embargo, pues la ocupación de la vivienda tuvo lugar poco después a la traba.

Desde el momento en que los presupuestos contractuales fueron cumplidos, la vivienda se integró en la titularidad dominical del recurrente, completando definitivamente la adjudicación que se pactó. Y como dice la S de 19 de abril de 2000, producida la adquisición del derecho del tercerista y acordado el embargo de lo adquirido, ha de prevalecer quien ostenta la preferencia cronológica, es decir, la adquisición anterior vence al embargo posterior.

Las fórmulas reducidas de tradición que refiere el artículo 1462 CC, no son *numerus clausus* y así comprenden diversas modalidades como son la entrega de las llaves (SSTS de 13 de mayo de 1996 y 20 de junio de 2002) y también, en virtud del progresivo proceso de espiritualización experimentado por las formas de tradición, las derivadas del hecho posesorio en relación con el título adquisitivo que entra en juego cuando prevé la puesta a disposición de lo transmitido a favor del adquirente (SSTS de 18 de febrero de 1995 y 18 de julio de 1997), como aquí sucede, al cumplirse las previsiones reglamentarias del contrato que evidencian la intención de las partes de llevar a cabo la transmisión efectiva. (STS de 14 de marzo de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—El Juzgado de Primera Instancia núm. 20 de Madrid tramitó el juicio de menor cuantía que promovió la demanda de tercería de dominio sobre la que se dictó sentencia estimatoria, con

fecha 29 de marzo de 1995. Dicha resolución fue recurrida ante la Audiencia Provincial de Madrid, cuya Sección 11.^a pronunció sentencia al respecto, con fecha 12 de marzo de 1997, estimando la apelación presentada. Finalmente, se formalizó recurso de casación por la vía del ordinal tercero el artículo 1692 LEC, ante la infracción de los artículos 359, 372 y 1715 de este cuerpo legal; y por vulnerar los artículos 609, 1095, 1462, 1463, 1445, 1450, 1254, 1258 y 1262 CC y de la jurisprudencia relativa a los mismos. (J. L. B.)

49. Tercería de dominio. Adquisición del dominio. Tradición.—El actor recurre la sentencia de la Audiencia que desestimó la demanda de tercería de dominio, interpuesta contra el Banco ejecutante y los ejecutados en procedimiento ejecutivo seguido ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de los de Madrid, en el que resultó embargada, el 23 de enero de 1989 a los esposos don M. G. G. y doña E. G. C., una vivienda que, en tesis del tercerista, le había sido vendida por el referido matrimonio el 17 de diciembre de 1987, figurando dicho negocio en documento privado, y por consiguiente había adquirido el dominio un año antes del embargo.

La sentencia del Juzgado fue desestimatoria, por entender que la venta era simulada, en atención a que pese a que se había acreditado el pago o transmisión de cierta cantidad de dinero, no constaba que el mismo fuera para satisfacer parte del precio, lo que unido al hecho de que los vendedores seguían en posesión de la finca vendida, y a que no se había acreditado suficientemente la existencia del contrato de arrendamiento de finca urbana, había que presumir con arreglo a los criterios de la sana crítica, que no ha existido la compraventa.

En cambio, la sentencia de apelación, sin negar la existencia de simulación y de sostener que el título era un documento preconstituido, entendió que, habida cuenta de que en el juicio de tercería, el actor tiene que acreditar el dominio, y este se adquiere a consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición, y en el juicio, lo que se ha demostrado en el documento privado es, a lo sumo, la existencia del contrato, pero para que adquiera la propiedad el tercerista tiene que acreditar que se ha producido la tradición, que entiende la sentencia recurrida no ha ocurrido, en cuanto que los vendedores han continuado en la posesión de la vivienda, ya que se pactó en el contrato de 17 de diciembre de 1987, que los vendedores seguirían ocupando el piso hasta el 31 de diciembre de 1988, como ocurrió de hecho, sin que durante ese período hubiese realizado el comprador ningún acto posesorio sobre la vivienda, ni después de esa fecha, ya que no se ha justificado la existencia de un arrendamiento posterior, arrendamiento que ni siquiera fue mencionado en la demanda.

La sentencia recurrida en casación sostiene que no ha habido ni tradición real, en cuanto que el tercerista comprador no ha dispuesto materialmente de la vivienda, al seguir siendo ocupada por los vendedores, ni transmisión instrumental, al no haberse concertado la compraventa en escritura pública, y la cláusula tercera del contrato no se puede considerar como una tradición fingida, en cuanto no consta en la misma que sea un acto de liberalidad, sino una estipulación convenida en un contrato oneroso, por la cual se demora la entrega de la cosa a una fecha determinada, por consiguiente no se puede hablar de la existencia del llamado *constitutum possessorium*, en los términos que lo hace por ejemplo la S de esta Sala de 18 de febrero de 1995, y la

continuación en la ocupación por los vendedores del piso, tiene su causa en el propio contrato, al ser una estipulación más del mismo y, por consiguiente, no se puede entender que lo poseen en precario hasta el 31 de diciembre de 1988, por lo que hasta esa fecha no se puede apreciar que existiera tradición, y a partir de esa fecha, el acto jurídico que implicaría la tradición por haber dispuesto el comprador de la vivienda, sería la existencia del arrendamiento efectuado por éste a favor de los vendedores, que explicaría la posesión de la finca por éstos, a pesar de la celebración del contrato de compraventa; arrendamiento, que como se ha afirmado por el Juzgador *a quo* no se ha acreditado su existencia, por lo que cabe concluir, que no ha habido tradición, por lo que aun suponiendo que la compraventa fuera un negocio válido y no simulado, tesis que ha sido desestimada en las sentencias de instancia, el tercerista en ningún caso había consolidado el dominio a la fecha del embargo, por lo que es correcta la sentencia que desestimó la demanda de tercera de dominio, y procede en su virtud con desestimación del motivo mantener la sentencia recurrida. (STS de 27 de marzo de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—El actor recurre la sentencia de la Audiencia que desestimó la demanda de tercera de dominio, interpuesta contra el Banco ejecutante y los ejecutados en procedimiento ejecutivo seguido ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de los de Madrid. La sentencia del Juzgado fue desestimatoria. Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación que fue desestimado. (O. M. B.)

50. Cesión de contrato.—Tampoco materialmente tiene fundamento alguno este motivo, pues lo que se produjo el 2 de abril de 1980, mediante un documento privado suscrito por la sociedad vendedora y un tercero no litigante, seguido de otro documento privado suscrito por éste y el actor-reconvenido, no fue una novación sino una verdadera cesión del contrato de compraventa en la que se transmitió al actor-reconvenido «la relación contractual en su totalidad unitaria, presumiendo, por ende, la existencia de obligaciones sinalagmáticas que, en su reciprocidad, se mantienen íntegramente vivas para cada una de las partes», como en síntesis jurisprudencial ha declarado esta Sala en su S de 19 de septiembre de 2002 (recurso núm. 1046/97), y en la que el consentimiento del contratante cedido, esto es de la sociedad vendedora, se evidenció mediante la recepción de la mitad del precio en efectivo y el libramiento de cuatro cambiales, para el pago de la otra mitad, aceptadas por el cesionario, es decir el actor-reconvenido, y debidamente atendidas luego a través de entidad bancaria.

Usucapión.—Cumple ahora examinar el motivo tercero de este recurso de la parte demandada-reconviniente, fundado en infracción de los artículos 1949 del CC y 34 y 36 LH para impugnar la sentencia recurrida en cuanto considera que el actor-reconvenido adquirió por usucapión ordinaria.

Realmente este motivo sólo tendría algún sentido si hubiera prosperado el anterior, aunque no está de más advertir que en gran medida la sentencia impugnada da pie a su formulación al añadir a la adquisición de la finca por el actor-reconvenido mediante compra a su legítimo titular seguida de tradición, una adquisición por usucapión que, en rigor, sería incompatible con aquel otro modo de adquirir, pues como indica la doctrina científica y se ha declarado en varias sentencias de esta Sala lo que purga la usucapión es pre-

cisamente el vicio de que el transmitente no sea propietario (SSTS 30 de marzo de 1943, 20 de octubre de 1992 y 4 de octubre de 2002).

Sea como fuere, esto es aun cuando la adquisición por usucapión se considerase un razonamiento alternativo de la sentencia impugnada para el caso de no poder apreciarse la adquisición mediante compra de la finca a su legítimo titular seguida de tradición, lo cierto es que nunca cabría estimar el motivo, porque estando probado que desde el año 1980 el actor-reconvenido posee la finca pública y pacíficamente en concepto de dueño, que en ella había edificado y ejercía su comercio de venta de muebles y que los demandados-reconvinentes, vecinos de la misma localidad, conocían perfectamente todas estas circunstancias e incluso habían visitado la tienda del actor-reconvenido, instalada en una nave de 200 m² con un rótulo bien visible, éstos no podrían oponerse a la usucapión con base en haber adquirido mediante subasta trece años después, pues el usucapiente tendría a su favor el apartado a) del artículo 36 LH, ni tras inscribir su título podrían invocar a su favor el artículo 34 de la misma ley, porque siempre faltó en ellos la buena fe, entendida ya como desconocimiento de la inexactitud registral (STS 22 de junio de 2001) constituida por la subsistencia de la titularidad formal de la sociedad vendedora, ya, según la jurisprudencia, en la creencia de ser titular el transmitente –sentido positivo– y la ignorancia de inexactitudes o vicios invalidatorios de esa titularidad –sentido negativo– (SSTS 19 de julio de 1989 y 22 de diciembre de 2000 entre otras muchas), máxime cuando también se declara probado que el mismo matrimonio demandado–reconviente, conocedor como ya se ha dicho de la realidad extrarregistral, se adjudicó pese a ello la finca en subasta y, solamente entonces, interesó del actor reconvenido noticias sobre la situación real de la finca ofreciéndole resolver el problema mediante una contraprestación económica. **(STS de 11 de abril de 2003;** no ha lugar al recurso de los demandados, ha lugar al recurso de los demandantes.)

HECHOS.–El juicio de menor cuantía que está en el origen de los dos recursos de casación que el TS resuelve, se inició por demanda en la que se ejercitaba acción declarativa de dominio sobre una finca que había sido objeto de procedimiento de apremio tramitado por la Tesorería General de la Seguridad Social y concluyó con la adjudicación de la finca. La demanda se interpuso contra el citado organismo, el adjudicatario y su mujer y contra la sociedad en comandita sometida al procedimiento de apremio. Se fundaba en que esta última había vendido la finca al actor trece años antes de su embargo y quince años antes de su adjudicación. La sentencia del Juzgado estimó íntegramente la demanda. El recurso de apelación promovido por el matrimonio adjudicatario fue estimado en parte. Demandantes y demandados interponen recurso de casación. Ha lugar al primero, desestimando el TS el segundo. (R. G. S.)

51. Título dominical a efectos de usucapión.–Respecto al referido documento, que contradictoriamente se califica por los recurrentes también como «documento oficial de acuerdo con el contenido del artículo 1216 CC», viene a sostenerse que «transmite la propiedad, o bien sirve de base para la prescripción adquisitiva».

La sentencia ahora impugnada, confirmatoria en este punto de la de primera instancia, interpretando el contenido del documento de 28 de noviembre de 1941, suscrito al parecer (carece de cualquier indicación impresa o sello que acredite su «oficialidad») por el Recaudador-Auxiliar de Contribuciones de la Zona de Vera-Cuevas, llegó a la conclusión de que «no consta que los señores H. E. llegaron a adquirir definitivamente las fincas embargadas a sus abuelos pues, aun dando por cierto el documento aportado como núm. 1 con el escrito de contestación donde se hace constar que don J. y don P. H. E. pagaron la suma total de 2.250 pesetas a cuenta de la deuda que pesaba sobre sus abuelos –que lo son a la vez de los actores–, no consta que se les llegara a transferir definitivamente el dominio, ni de modo plenamente válido ni de ninguna otra forma, transmisión que hubiera requerido el correspondiente título obligacional y la entrega de la posesión», y a ello ha de estarse en casación pues la función interpretativa es facultad de los Tribunales de instancia cuyo criterio ha de prevalecer a menos que se demuestre ser ilógico o contrario a derecho (SS de 13 de diciembre de 1999, 20 de enero de 2000, 15 de marzo, 24 de junio y 13 de diciembre de 2002), lo que en absoluto se aprecia en el caso ya que el documento sólo refleja que los señores H. E. abonaron determinadas cantidades «para que por el pronto se paralice la subasta de las fincas embargadas», lo cual evidentemente no denota que su posición jurídica sea asimilable a la de los rematantes en una subasta, y, aunque se alude –de modo incoherente y sin justificación alguna– a que cuando abonen el resto de lo adeudado por don J. E. y su esposa doña J. C. «se les pueda verificar el otorgamiento de la escritura de venta de los bienes embargados», ello no permite que el contenido del documento examinado merezca la consideración de título dominical ni siquiera de justo título (arts. 1940 y 1952 CC) a efectos de la usucapión alegada, pues carece de virtualidad intrínseca para producir la adquisición de que se trata aun con defectos subsanables por la usucapión, y es que, en definitiva, no puede ser justo título un contrato no traslativo del dominio (S de 20 noviembre de 1964), siendo de notar, además, que en este caso en realidad los señores H. E. se limitaron a hacer unos pagos para realizar (*sic*) la subasta de unas fincas embargadas a sus abuelos. (STS de 20 de marzo de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.–Doña M. C. E., que actúa en beneficio de la comunidad hereditaria formada por ella y sus hermanas, demanda a sus primos sosteniendo que determinadas fincas pertenecen al caudal relicto de sus abuelos y pidiendo, por ello, al órgano judicial que, decretando la nulidad parcial de la escritura de manifestación de herencia y las inscripciones que se hubieren practicado en base a ésta, declare su titularidad. A la demanda siguen dos reconvencciones. El Juzgado estima parcialmente la pretensión declarando la nulidad parcial de la escritura de manifestación de herencia respecto a dos fincas junto a la nulidad de las subsiguientes inscripciones registrales. Apelan las actoras y los demandados. La Audiencia estima parcialmente el recurso de doña M. y, revocando parcialmente la sentencia del Juzgado, añade dos nuevas fincas a las ya afectadas por la nulidad de la escritura y asientos antedichos. Los demandados interponen recurso de casación que el TS desestima. (R. G. S.)

52. Acción de división.—La acción de división de la comunidad (art. 400 CC) representa un derecho indiscutible e incondicional para cualquier copropietario, de tal naturaleza que su ejercicio no está sometido a circunstancia obstativa alguna— salvo el pacto de conservar la cosa indivisa por tiempo no superior a diez años— por lo que los demás comuneros no pueden impedir el uso del derecho a separarse, que corresponde a cualquiera de ellos, ni el ejercicio de la acción procesal al respecto (SS de 5 de junio de 1989 y 14 de abril de 1997). En el caso de que en virtud de un derecho de uso esté atribuida la utilización de la cosa común sólo a uno de los cotitulares, ello supone la exclusión de los demás respecto de dicho uso o disfrute, pero no les priva de la posibilidad de pedir la división de la cosa (STS de 27 de diciembre de 1999).

Compatibilidad del derecho reconocido en el artículo 400 CC y la atribución judicial del uso de la vivienda.—La cesación de la comunidad no afecta a la subsistencia del derecho de uso que corresponde al otro cotitular excónyuge. El derecho de uso se mantiene indemne, y una eventual venta de la cosa en subasta pública puede garantizar la subsistencia de aquella medida, que sólo puede modificarse por la voluntad de los interesados o por decisión judicial adoptada por el órgano jurisdiccional competente en relación con el proceso matrimonial en que se acordó (SS de 19 de noviembre de 2001 y 20 de mayo de 1993). (STS de 18 de marzo de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—Por sentencia judicial se decretó el divorcio entre la Sra. A. V. S. y el Sr. M. L. R. Dicha sentencia se remitía a la sentencia de separación y con ello al mantenimiento del uso de la vivienda familiar por la esposa. El Sr. M. interpuso demanda en la que aducía su derecho a ejercer la acción de división de la vivienda que ambos cónyuges habían adquirido por mitades indivisas durante su matrimonio. El Juzgado de Primera Instancia reconoce este derecho, pero posteriormente la Audiencia Provincial revoca dicha sentencia. El marido formula recurso de casación contra la sentencia de apelación fundado en un único motivo en el que denuncia infracción del artículo 400 CC y jurisprudencia que lo interpreta. El TS estima el recurso.

NOTA.—La conclusión a la que llega el TS es un fiel reflejo de la doctrina marcada por éste sobre el tema que nos ocupa. Son prueba de ello, las numerosas sentencias que al respecto ha dictado el Tribunal a lo largo de los últimos años (véase, SS de 14 de julio de 1994, 16 de diciembre de 1995, 16 de febrero de 1998, 27 de diciembre de 1999, 19 de noviembre de 2001, entre otras). (E. C. V.)

53. Falta de legitimación activa del demandante que actuó como presidente de la comunidad sin ostentar la cualidad de propietario, exigencia ineludible ex artículo 12.1.º LPH.—Los motivos se acogen, porque:

1.º Como es sabido, la representación que de la Comunidad ostenta su Presidente viene configurándose por la jurisprudencia en S de 31 de diciembre de 1996 en cuyo FJ 2.º exponía: «El presidente actúa como representante, que la doctrina califica de orgánico, pues ni es representante legal (aunque su designación la hace la ley), porque no suple la capacidad de nadie, ni volun-

tario porque la representación no se la confieren los copropietarios. Su nombramiento no requiere unanimidad (art. 16.2), puesto que ningún precepto de la ley la exige. El acuerdo de la Junta es naturalmente impugnabile pero fundándose en causa determinante de la nulidad de la designación...», reproduciéndose la anterior de 19 de octubre de 1993 y, en cuanto al carácter procesal del presupuesto, se decía en S de 22 de diciembre de 2000, FJ 1.º: «Se denuncia un supuesto quebrantamiento de las formas esenciales del juicio, al no haberse apreciado en la sentencia la falta de “personalidad jurídica” de la Comunidad de propietarios demandada. Sin embargo, al desarrollar la argumentación del motivo, la parte se “olvida” de la cuestión de “personalidad” que plantea y entra en consideración de una pretendida “falta de acción” o falta de legitimación *ad causam* de la actora. En cuanto al primer extremo tenemos que dar por reproducidos los razonamientos de la Sala de instancia dado que “el artículo 12 LPH, que establece que los propietarios elegirán *entre ellos* un presidente que representará en juicio y fuera de él a la comunidad en los asuntos que le afecten”. En cuanto al segundo extremo, es decir, la falta de legitimación *ad causam* que aunque propuesta preliminar al fondo es tema vinculado al estudio de este último», pues, se basa en la pretensión o derecho esgrimido.

2.º En el litigio se cuestionó por el recurrente desde la misma contestación a la demanda, que el supuesto Presidente de la Comunidad actora no podía serlo, al no ser propietario o comunero de la misma, en armonía con la exigencia imperativa del artículo 12 LPH, (vigente a la sazón hasta el 13.1 de la actual Ley de 6 de abril de 1999), que requiere su nombramiento entre los propietarios de la misma. Ausencia de ese carácter que, incluso la recurrida reconoce en su transcrito fundamento jurídico, al decir que, «con independencia de autorizada doctrina que sostiene que no puede ser Presidente de la Comunidad quien no es copropietario», no obstante, por las razones –insostenibles– que aduce lo considera como tal.

3.º Además, prevalece al punto la decantada doctrina –por todas vale la de la citada S de esta Sala de 30 de abril de 1994, que afirmó: «Habida cuenta la cualidad de no copropietario del nombrado Presidente, se ha vulnerado frontalmente lo dispuesto en el párr. 1.º del artículo 12 LPH, que preceptúa que “los propietarios elegirán de entre ellos un Presidente que representará en juicio y fuera de él a la Comunidad en los asuntos que le afecten”, imperatividad, pues, que sitúa el precepto dentro del ordenamiento calificado de *ius cogens*, y que por lo tanto, los actos en contra de lo así prescrito... son nulos de pleno derecho, debiendo al respecto reproducir, entre otras, la doctrina reflejada en la sentencia de esta Sala de 19 de octubre de 1993, sobre el carácter imperativo de las normas de la LPH y la nulidad de sus actos contraventores». Imperatividad, pues, del aludido precepto de la ley especial que es indiscutible. (STS de 18 de marzo de 2003; ha lugar.)

HECHOS.–El actor demanda al constructor, aparejador y arquitecto de un inmueble exigiéndoles la subsanación de los defectos de construcción observados en el edificio y subsidiariamente, la indemnización de los daños sufridos por la comunidad de propietarios, tanto en lo relativo a elementos comunes como privativos. El constructor y el arquitecto alegaron, sin éxito, la excepción procesal de falta de legitimación activa del actor. La demanda fue parcialmente estimada. Interpone recurso de apela-

ción el arquitecto, al que se adhiere el constructor. La Audiencia revoca parcialmente la sentencia de instancia excluyendo una vivienda de la relación de las que debían ser reparadas. Acude al TS el constructor. Su recurso de casación fue estimado. (R. G. S.)

54. Representación del Presidente de la Comunidad de propietarios para actuar en nombre de ésta por los daños –generales o individuales– derivados de vicios de la construcción.– El primer motivo del recurso se funda en la supuesta infracción del artículo 12 de la Ley 49/1960, de 21 de julio y denuncia la falta parcial de legitimación del Presidente de la Comunidad para accionar por daños que excediendo de elementos comunes afectasen a viviendas o locales susceptibles de titularidad individual o privativa de los distintos copropietarios integrantes de la Comunidad. En realidad, el precepto se limita a señalar, de modo más general, que el Presidente «representará en juicio y fuera de él a la Comunidad en los asuntos que le afectan», es decir, el tema que se plantea no es de legitimación sino de representación (por tanto subsanable a diferencia de la legitimación) y se concreta a la extensión del poder legal que la Ley reconoce al Presidente de la Comunidad. En principio, los daños referidos a una vivienda concreta afectan a su titular o copropietario, no directamente a la comunidad, por lo que de las acciones correspondientes dispone éste, no obstante pueda otorgar su representación a otra persona y, desde luego, al Presidente de la Comunidad, salvo incompatibilidad de intereses. Empero, cuando de la reclamación por vicios de la construcción se trata, los daños afectan, a veces, tanto a la estructura y elementos comunes del inmueble, como a otros que se concretan en determinados apartamentos, para cuya valoración técnica, según mayor o menor generalidad, no puede abstraerse del conjunto en cuanto contribuye a la fijación del concepto de «ruina funcional» sobre el que tanta jurisprudencia existe, contemplando el edificio como un *totum*, sin determinación exacta de los propietarios más afectados. De ahí, que deba sentarse el postulado de que en los supuestos de reclamaciones *ex* artículo 1591 CC, sin perjuicio de las legitimaciones propias, la representación del Presidente, a no existir óbice, impedimento, o pacto o acuerdo lícito en contrario, debe entenderse bastante para extenderse a todas las reparaciones que afecten al edificio, sean de incidencia directa sobre pisos determinados, sean de carácter más general. En el caso, además, el fundamento jurídico de la sentencia rechaza la falta de legitimación del Presidente de la Comunidad actora, pues considera que las alegaciones formuladas al Presidente para desvirtuar su «legitimación», basada en que no se alude al interés de los comuneros en el arreglo de los defectos que existen en sus viviendas, sino que se refiere sólo a la «defensa de los intereses de la Comunidad», no han de aceptarse ya que la actuación de la Comunidad al encargar el exhaustivo informe aportado con la demanda, sufragado por los comuneros, demuestra que existe la conformidad necesaria del encargo total al Presidente. El motivo ha de ser desestimado. (STS de 14 de abril de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.–El Presidente de una Comunidad de propietarios reclama determinada cantidad y que por los demandados se realicen las obras de reparación necesarias para rehabilitar y dejar en perfectas condiciones el edificio. El Juzgado estima parcialmente

la demanda y condena solidariamente al abono a la actora de la cantidad que se determine en ejecución de sentencia al promotor, al arquitecto y al aparejador, desestimando las restantes pretensiones. La Audiencia revoca parcialmente la sentencia del Juzgado y estima en parte la demanda condenando al arquitecto y al aparejador a la reparación de los defectos detectados en el edificio. El TS desestima el recurso de casación que interpone el aparejador. (R. G. S.)

55. Criterio de la mayoría o de la unanimidad para la validez del acuerdo de la Junta de Propietarios sobre obra de cerramiento de edificio por medio de la colocación de una verja.—La cuestión relativa a la aplicación o no de la regla de la unanimidad para la validez en la adopción del acuerdo depende de las características de la obra de cerramiento, pues si estas son, como explica la STS de 31 de marzo de 1995 «extraordinarias, necesarias y no modificativas» de los elementos comunes, el acuerdo exigible se rige por la regla de la mayoría, lo que no sucedería si son obras que alteran los elementos comunes tal como razona, en otro caso de cerramiento, la STS de 30 de enero de 1996. No cabe duda que la certidumbre de los datos fácticos corresponde acreditarlos en la instancia y valorarlos, también, en dicha sede en razón de la calificación a la que se vinculan, de modo que sólo cuando su apreciación, de manera clara, incida en error en la calificación, estaríamos en presencia de un *error iuris*. La sentencia del órgano *a quo* al inclinarse por la doctrina que sienta la STS de 31 de mayo de 1995, efectúa una valoración del elemento de hecho, o sea de la verja cuestionada, en relación con el supuesto contemplado por la sentencia citada y llega a la conclusión de que encaja perfectamente dentro de la misma a cuyo criterio resolutorio se acoge. Las obras, en el caso de esta sentencia, consisten en la colocación de puertas correderas mecánicas y manuales y en la instalación de una valla de mampostería y alumbrado. No se trata, en definitiva, como sucede en el caso a que se refiere la sentencia del Tribunal Supremo que se aduce como doctrina opuesta, de un muro de cerramiento. Por tanto, es aplicable al presente asunto, el razonamiento que contiene esta última sentencia que expresamente declara, «no es asimilable el presente supuesto fáctico al que dio lugar a la S de 5 de diciembre de 1989 invocada por la recurrente, y ello porque existe muy apreciable diferencia entre la instalación de verjas o cancelas que permitan el cierre de un pasaje privado y la construcción de un muro que cierra una urbanización originariamente abierta, lo que altera muy considerablemente la situación general prevista en el título constitutivo, excediendo los límites de un simple acto de administración para proteger la seguridad de las personas y bienes que pudiera excluir la regla de la unanimidad establecida en el artículo 16.1 LPH en relación con el artículo 11» (STS de 30 de enero de 1996). En suma, ha de respetarse el criterio seguido por la sentencia recurrida que al valorar los datos de hecho, realiza una calificación razonable y, por ello, aceptable. En consecuencia, se rechaza el motivo. (STS de 3 de marzo de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—Un propietario demanda a su comunidad solicitando pronunciamiento judicial sobre la nulidad del acuerdo por el que se aprobaba el cerramiento de la entrada al edificio. Es de señalar

que a la Junta asistió el hijo del demandante, quien condicionó su consentimiento al acuerdo a que previamente se liquidaran las deudas con su padre. Al tiempo de la votación reiteró su reticencia: «no, hasta que no se liquide totalmente» y sólo un vecino más se opuso al acuerdo. La reclamación fue estimada por el Juzgado pero la Audiencia revocó la sentencia de instancia. Interpone recurso de casación el actor declarando el TS no haber lugar. (R. G. S.)

56. Interpretación del contrato.—Pero además, en cuanto al fondo resulta igualmente improcedente el motivo. Dice la S de esta sala de 21 de abril de 1993 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 la intención de las partes y el espíritu o finalidad que haya presidido el negocio, infiriéndose de las circunstancias concurrentes y de la total conducta de los interesados, como así viene a sancionarlo el artículo 1282 CC, la cual no excluye —como ha advertido entre otras la S de 8 de abril de 1931— los actos anteriores ni las demás circunstancias que puedan contribuir a la acertada investigación de la voluntad de los otorgantes».

La recurrente se apoya en el párrafo segundo de la condición transcrita contenida en el referido acuerdo, en que se habla de «resolución de pleno derecho de la compraventa» y obvia el párrafo primero en que la obtención de las autorizaciones y licencias municipales se eleva a condición suspensiva del contrato; esta contradicción entre uno y otro párrafo, obliga al juzgador a indagar la verdadera intención de los contratantes, a la que la Sala de instancia llega a través de la valoración de la conducta de las partes previa al acuerdo de 6 de mayo de 1991; tal labor hermenéutica de la instancia no puede, por tanto, calificarse de ilógica ni contravenidora de las normas de interpretación contractual que se citan en el motivo.

Autorización de la comunidad de propietarios para alterar la configuración o estado externo del edificio.—El motivo ha de ser desestimado por las siguientes razones: a) Como dice la S de 27 de junio de 1996, «la apreciación de si las obras suponen una alteración de la configuración o estado exterior del edificio pertenece a la soberanía de la instancia, cuyo juicio ha de ser respetado en casación salvo que sea arbitrario o ilógico», calificativos que no pueden decirse del realizado por la Sala de instancia, a tenor de la doctrina jurisprudencial que a continuación se cita. b) Las paredes externas del edificio, aun las que delimitan el piso propio son elementos comunes del inmueble (S de 24 de febrero de 1996); «debe destacarse que en el caso de autos —dice la S de 15 de abril de 1978— las obras se realizaron en elementos comunes del edificio, y no en el privativo del demandado, ya que, tanto las columnas de sostenimiento de las fachadas, como las paredes construidas entre esas columnas para cerramiento del edificio, no son propiedad exclusiva del dueño de la vivienda o del local al que sirven para aislarle de la calle». c) Ante un supuesto de apertura de tres huecos en muro común que cierra un patio posterior de la finca, dice la S de 24 de febrero de 1996, antes citada, que llano es, que la construcción de esos huecos en pared comunal, con independencia de que afecte o no a la estructura o fábrica del edificio, altera la configuración de dicho muro, y, por lo tanto, para su verificación se debían de haber cumplido los requisitos que establece la Ley de Propiedad Horizon-

tal, en citados preceptos, a saber, el artículo 7.1.º y 11 pues se repite, no cabe discutir que los huecos abiertos en pared comunal alteran su configuración o estado exterior por lo que la limitación legal acogida por la Sala es indiscutible»; y como señala la S de 15 de abril de 1978 la configuración es conforme al Diccionario, «disposición que compone y cuerpo y le da su peculiar figura».

Doctrina plenamente aplicable al caso enjuiciado en que las obras para instalación del aire acondicionado exigían la apertura de ocho huecos de las dimensiones que constan en el proyecto unido a los autos, en la fachada del inmueble. A ello no se opone la cláusula contenida en los estatutos de la comunidad, puesto que en ella no se mencionan las obras que supongan una alteración de la configuración exterior del edificio, y tal cláusula como derogación o excepción al régimen legal ha de ser interpretada restrictivamente; aparte de que alegándose una incorrecta interpretación de la misma, debió de acudirse para impugnar la declaración de la sentencia de instancia a las normas de interpretación de los contratos. (STS de 19 de mayo de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—*Promociones Keops, S. A.* promueve demanda contra el *Banco Exterior de España* (hoy absorbido por el *Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S. A.*) en la que solicita se condene a la demandada al pago de cierta cantidad y a que firme a su favor la escritura de compraventa de un local. La demanda se desestima en ambas instancias siendo de notar que, como se declara en las dos sentencias, la compraventa se celebró si bien se entendió sometida «no sólo a la condición de obtener licencia del Ayuntamiento, sino a la autorización de la comunidad de propietarios para la realización de las obras del aire acondicionado», necesaria esta última —según la sentencia del Juzgado— por afectar a elementos comunes. El tema central del recurso de casación se refiere a la interpretación de la condición resolutoria para *Keops, S. A.*; suspensiva para la entidad bancaria. El TS declara no haber lugar al que interpone la actora. (R. G. S.)

57. Las entidades de gestión, una vez autorizadas por la Administración, están legitimadas para hacer valer los derechos de propiedad intelectual en toda clase de procedimientos.—El motivo ha quedado sin efectividad, al haber reconocido en el contrato extrajudicial de 17 de marzo de 1998, el derecho de la entidad demandante a la gestión de los derechos de la propiedad intelectual concedido a los productores y autores de los contenidos audiovisuales, por la Ley 22/1987 aplicable en la fecha de promover la demanda, legitimación activa de las Entidades de Gestión una vez autorizadas para la realización de las actividades de gestión de los derechos reconocidos en la Ley de Propiedad Intelectual, por la correspondiente autoridad administrativa, y en los términos que resulten de los propios Estatutos de tales Entidades, como dispone el artículo 135 de la Ley 22/1987. Legitimación que ha sido reconocida por la jurisprudencia de esta Sala, desde que se presentaron casos regulados por esta Ley, que aunque suprimiendo el monopolio instituido por la de 24 de junio de 1941 a favor de la Sociedad General de Autores de España, que tenía la representación oficial y exclusiva de los derechos de autor, sin embargo, entendió la referida jurisprudencia, que las

Entidades de Gestión de estos derechos, autorizadas por la entidad administrativa (Ministerio de Cultura), están legitimadas en los términos que resulten de sus propios Estatutos, para ejercitar los derechos confiados a su gestión y hacerlos valer en toda clase de procedimientos de carácter administrativo o judiciales, tal como determina el artículo citado 135 de la LPI de 1987, en SS de 18 de octubre y 18 de diciembre de 2001, de 15 de julio, 24 de septiembre y 15 de octubre de 2002, señalando la primera y la última de las sentencias citadas, que se trata de una legitimación propia, y no por sustitución de los titulares de los derechos de autor, apareciendo, por otra parte, más patente esta legitimación propia de las entidades de gestión, en la nueva normativa del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (TRLPI), cuando en el apartado *c*) del núm. 4 del artículo 20, establece que estos derechos se harán efectivos a través de entidades que los gestionen, y en el supuesto de que el titular no hubiese encomendado la gestión a entidad determinada, se harán efectivos por una que gestione los derechos de la misma categoría.

El derecho a autorizar las emisiones y retransmisiones audiovisuales corresponde a las sociedades de gestión.—Se alega la vulneración del artículo 116.1.a) de la Ley de Propiedad Intelectual de 1987, actualmente 126.1.c) del Texto Refundido, en relación con el artículo 29.4.e); preceptos que se refieren al derecho exclusivo de autorizar la transmisión radiofónica concedido por el precepto primeramente indicado a las Entidades de radiodifusión, ahora bien, estos derechos están reconocidos en los artículos 123 y siguientes de la Ley referida en primer lugar, que establece las acciones que les corresponden a sus titulares, que para estos supuestos, en atención a que para la obtención del producto que es objeto de emisión al público, se requiere el concurso de diversas personas entre los que aparece, con relevancia, el autor, por ley, estas personas ceden sus derechos en exclusiva al productor, sin perjuicio de la cláusula de salvaguardia de los derechos de autor, que posteriormente ha reconocido en el artículo 131 del TRDLPI de 12 de abril de 1996, derechos estos, que han de ser ejercitados por las Entidades de gestión legalmente autorizadas, y que en este supuesto es la entidad actora EGEDA, apareciendo como uno de los más relevantes, el derecho exclusivo de autorizar sus emisiones y transmisiones en otros medios, de sus obras fonográficas o audiovisuales. (STS de 13 de marzo de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—*Entidad de Gestión de Derechos de los Productores (EGEDA)* interpone demanda contra *Vicosat, S. L.* en la que interesa se dicte sentencia por la cual se decrete la inmediata suspensión de las actividades de retransmisión de las obras y grabaciones audiovisuales contenidas en las emisiones de televisión de terceras entidades de radiodifusión que *Vicosat, S. L.* está llevando a cabo. Reclama además su derecho a ser indemnizada por la demandada de acuerdo con las tarifas generales de ésta y conforme a su número de abonados y el período durante el que ha llevado la actividad ilícita que se denuncia. El Juzgado estimó la demanda en su integridad, confirmando la Audiencia la sentencia de instancia. Interpone recurso de casación *Vicosat, S. L.* Posteriormente, las partes llegan a un acuerdo extrajudicial por lo que el recurso —como el TS señala— «pierde interés» para las entidades litigantes. El alto tribunal declara no haber lugar. (R. G. S.)

58. Contenido del derecho de servidumbre.—A la vista de lo dispuesto en el artículo 542 CC, que se reputa conculcado con otros en el motivo, el contenido concreto del derecho de servidumbre lo determina el negocio constitutivo, la posesión en caso de haber sido adquirida por usucapión o el signo aparente en la constituida por destino del padre de familia. En el caso ahora enjuiciado hay que atender al negocio constitutivo de la servidumbre y ello patentiza que la finalidad de tal gravamen pretendía hacer posible el libre acceso y uso de los elementos comunes y parcelas de equipamiento de ambas fases de la urbanización, como ha quedado expresado y por ello se constituyó una servidumbre de paso recíproca en cuanto permitía el acceso de una a otra de ambas fases para poder usar y circular en las zonas comunes, antes señaladas, pero no puede entenderse que tales anejos, inseparables de cada una de las fases, puedan ser utilizados por los plurales recurrentes para el acceso a sus viviendas y para lo cual tendrán que ejecutar obras de acondicionamiento en viales y aceras.

No es el supuesto de finca enclavada entre otras y sin salida a camino público.—En el caso traído ahora a la censura casacional, la servidumbre de paso por zonas constituidas al efecto fue recíproca y no para servir de acceso a las viviendas de cada fase, sino para hacer posible el uso común de zonas verdes y piscina y recintos deportivos, porque como se consignó en el ordinal anterior y consta de la prueba de autos la finca de los recurrentes tiene acceso desde el vial de dominio público y no precisa utilizar el privado de los recurridos. Por ello la cita como infringido del artículo 564 no resulta de recibo, porque no se trata de finca enclavada entre otras y porque tiene un acceso a vía pública. Tampoco se ha demostrado que esta salida sea insuficiente para atender las necesidades del predio dominante como exige la doctrina de esta Sala, *ad exemplum* en su S de 13 de junio de 1989. Al no concurrir los presupuestos señalados en el precepto que se reputa infringido, finca enclavada y sin salida a camino público, ni paso indispensable por predio ajeno, el motivo parece inexcusablemente.

Interpretación de los contratos: actos anteriores.—El artículo 1282 CC indica que debe atenderse, para averiguar la intención, a los actos coetáneos y posteriores al contrato, pero ya señalaron las añejas SS de 30 de marzo de 1974 y 12 de noviembre de 1984 que también debe atenderse a los actos anteriores. Pues bien, tales actos anteriores se encuentran en el Proyecto de Compensación y Plan Especial, y los posteriores en el Proyecto de Urbanización y Ejecución por parte de Valmazán S. L. de obras de fase A. De todo ello se desprende que fue la única voluntad e intención del promotor establecer una urbanización única, pero con dos fases constructivas diferentes, cada una con propios viales de acceso a las viviendas, pero los equipamientos comunes, unos en una parte y otros en otra, determinaron la creación de la servidumbre recíproca. (STS de 11 de marzo de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—La demanda, promovida por una pluralidad de actores frente a una pluralidad de demandados, postulaba la libertad de dos parcelas enclavadas en una urbanización de los gravámenes de servidumbre de paso. El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia desestimatoria. Recurrido el fallo por los demandantes, la Audiencia estimó parcialmente el recurso. Los actores interponen recurso de casación declarando el TS no haber lugar. (R. G. S.)

59. Interpretación de los contratos: renuncia general a posibles derechos sobre una finca vecina.—La renuncia de los compradores de unas fincas a los derechos que les pudieran corresponder sobre otra finca vecina, es eficaz para el futuro, y constituye un obstáculo para el reconocimiento de una servidumbre de paso que pretende haberse adquirido en virtud de signo aparente, conforme al artículo 541 CC. La interpretación de los contratos es competencia de la Audiencia y sólo puede revisarse en casación cuando se pruebe que infringe la ley o que es contraria a la lógica.

Adquisición de servidumbre de paso: existencia de signo aparente. El hecho de que el mismo propietario de la finca conflictiva, haya cancelado registralmente la servidumbre antes de la segregación y venta de las fincas, puede interpretarse como contrario a la existencia de la servidumbre después de la venta. Para que pueda apreciarse el título de servidumbre de paso, adquirida conforme a lo dispuesto en el artículo 541 CC, no es suficiente la mera tolerancia, sino que además la servidumbre debe estar definida con precisión (lugar de paso, anchura y longitud).

Adquisición de servidumbre de acueducto: existencia de signo aparente.—Para que pueda estimarse que existe título de servidumbre de acueducto adquirida conforme al artículo 541 CC debe darse, al tiempo de la venta, algún signo aparente del servicio que un fundo presta a otro del mismo propietario. (STS de 21 de mayo de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—Habiéndose demandado la declaración de existencia de una servidumbre de paso y otra de acueducto a favor de las fincas demandantes (basándose en la existencia de un signo aparente, art. 541 CC), se estimó en primera instancia. La Audiencia Provincial de Madrid estimó el recurso y declaró la inexistencia de las servidumbres de paso y de acueducto. (C. J. D.)

60. Servidumbre de desagüe de edificios: no constitución ni por negocio jurídico ni por usucapión. Acción negatoria.—En cuanto a la servidumbre de desagüe de edificios, es decir, de desagüe de aguas pluviales y residuales, se interesa en la demanda que se declare que el edificio de los demandantes no está gravado con la misma y, en consecuencia, se impida que el edificio de aparcamiento vierta tales aguas en la red de saneamiento de aquél. Por tanto, se trata del ejercicio de una acción negatoria que tiene por objeto que se declare que la cosa no está sometida a un derecho real del demandado y que se haga cesar el mismo; presumiéndose que la propiedad es libre, es el demandado el que tiene que probar la existencia de la servidumbre. En el presente caso, no la ha probado el demandado. La servidumbre real se constituye por negocio jurídico (título) o por usucapión, y no se ha acreditado ni uno ni otra. La sentencia recurrida insiste en que no se ha modificado el sistema de saneamiento que existía anteriormente, pero el que se haya modificado, agravado o aumentado es intrascendente, si no hubo nunca título (ni constancia registral, como se acredita) ni se ha producido usucapión. Por ello, debe estimarse este motivo, por infracción del artículo 537 CC y estimar la acción negatoria. (STS de 24 de marzo de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—Varios propietarios del inmueble situado en la calle Duquesa de la Victoria 24 de Logroño, demandan a la promotora

Enpale, S. A. y a la comunidad de propietarios del edificio de garajes que se extiende bajo cinco edificios de la mencionada calle, siendo uno de ellos el núm. 24. En la demanda se denuncia la realización de obras incontinentadas que afectan a elementos comunes del inmueble amén de ejercitarse sendas acciones negatorias: una de servidumbre de paso y otra de servidumbre de desagüe. El Juzgado de Primera Instancia admitió parcialmente la demanda acogiendo las acciones negatorias. Apelan *Enpale, S. A.*, la comunidad de propietarios del edificio de garajes y algunos de los actores. La Audiencia estima parcialmente los recursos de la promotora y la comunidad lo que supone la desestimación íntegra de la demanda. Recurre en casación *Enpale, S. A.* y los actores apelantes. El TS declara haber lugar al interpuesto por los demandantes y casa la sentencia de apelación condenando a los demandados a cesar en los vertidos de aguas pluviales y residuales sobre el edificio de los actores. (R. G. S.)

61. Adquisición de medianería por usucapión.—El motivo tercero, fundado en infracción del artículo 1957 en relación con el artículo 348, así como del 579, todos del CC, pretende que los cónyuges hoy recurrentes habrían adquirido por prescripción la parte derruida en virtud del uso de la misma como dueños, al servirse del trozo más ancho del muro a modo de estantería para colocar aperos agrícolas y todo tipo de enseres y al ser utilizado también el resto del muro, hasta el techo, por los propietarios anteriores y por los recurrentes sin solución de continuidad, todo lo cual, a su vez, evidenciaría la cualidad de medianera, «cuando menos» de la pared «por el uso ininterrumpido, exclusivo y de buena fe y a la vista de la contraparte».

Así planteado, el motivo ha de ser desestimado por las siguientes razones: primera, [...]; y quinta, porque siendo discutible y doctrinalmente discutido que la adquisición de la medianería por usucapión se rija por el artículo 1957 CC, citado en el motivo, y no por la normativa especial de la prescripción de las servidumbres sobre inmuebles, como señaló esta Sala en su S de 10 de diciembre de 1984, en cualquier caso no se alcanza a comprender cómo el uso de la pared que se alega en el motivo pudo ser, como asimismo se alega, «a la vista de la contraparte», pues claro está que, de existir, se habría hecho siempre en el interior del caserón de los hoy recurrentes y no, por tanto, a la vista de nadie ajeno al mismo.

Cese de la presunción legal de medianería.—Por todo ello el motivo ha de ser desestimado, ya que según declaró la S de esta Sala de 21 de noviembre de 1985 la presunción legal de medianería en las instalaciones divisorias de los predios deja de operar cuando se prueba que el elemento de separación pertenece en dominio privativo a uno de los titulares de las fincas colindantes por haber sido levantado íntegramente dentro de su terreno, con lo cual será evidente que la línea de su fundo alcanza el paramento exterior del muro o pared excluyendo toda idea de la comunidad de utilización en que, según la jurisprudencia sentada por las S de 15 de junio de 1961, 2 de febrero de 1962 y 5 de junio de 1982, se traduce la medianería. (STS de 25 de marzo de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—La propietaria de una casa de una sola planta la derruye para levantar una nueva edificación compuesta de planta baja más otras dos. Al prosperar el interdicto de obra nueva promovido contra ella por los propietarios de un caserón colindante, la obra se suspende. Los propietarios alegaban sus derechos sobre el muro que cerraba el caserón por su parte izquierda, derribado a causa de la obra. La demanda interpuesta por la propietaria se funda en su propiedad exclusiva sobre la pared litigiosa y, en último extremo, en su derecho a reconstruirla aun cuando tuviera la condición de medianera. Los propietarios se oponen y reconviene. La sentencia de primera instancia estima la demanda y desestima la reconvencción. La sentencia de apelación confirma la del Juzgado. El TS declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por los propietarios. (R. G. S.)

62. Medianería: el pago proporcional de la parte alzada debe ser previo al apoyo en ésta de la propia obra (art. 578 CC).—Lo razonado hasta ahora conduce necesariamente a estimar también el motivo segundo y último del recurso, formulado al amparo del ordinal 4.º del artículo 1692 LEC de 1881 y fundado en infracción de los artículos 577, 578 y 579 CC en relación con los artículos 7 del mismo cuerpo legal y 11 LOPJ, ya que la sentencia impugnada, en cuanto parece concebir el requisito de pago proporcional impuesto por el citado artículo 578 CC como algo que puede acordarse absolutamente al margen de las razones aducidas por cada uno de los litigantes, y por tanto incluso cuando el infractor se ha venido resistiendo hasta el final a reconocer el derecho del otro litigante y a pagarle nada, efectivamente infringió tales preceptos, porque una cosa es que la adquisición prevista en el artículo 578 CC pueda obtenerse por vía de reconvencción y otra muy distinta que quien discute desde un principio los derechos de quien ha alzado a su costa la pared medianera, obligándole a soportar los hechos consumados de apoyar la obra en la parte alzada, acabe ganando el pleito y, por ende, con la ventaja añadida de poder discutir en ejecución de sentencia lo que desde un principio tenía que haberse mostrado dispuesto a cumplir. (STS de 20 de marzo de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—D. J. R. demanda a don C. M. En la demanda interesa del Juzgado que declare su propiedad sobre la mayor altura dada a las paredes medianeras que separan su patio de la finca contigua y condene al demandado a retirar las obras y apoyos realizados sobre esas paredes alzadas, reponiéndolas a su estado anterior. El demandado se opone y reconviene, solicitando que el Juzgado declare que la parte alzada ha quedado establecida en medianería por prescripción legal urbanística habiendo él adquirido los derechos de medianería por su contribución a la terminación y mantenimiento de la parte alzada. El Juzgado de Primera Instancia acoge la demanda y desestima la reconvencción. La Audiencia estima parcialmente el recurso de apelación del demandado-reconviniente, considerando que la mayor altura es una sobreelevación efectuada exclusivamente a costa del demandante y declarando el derecho del demandado a adquirir los derechos de medianería de la parte de pared alzada. Tras una aclaración

ción de sentencia, interpone recurso de casación el actor. El TS casa la sentencia y confirma íntegramente la de primera instancia. (R. G. S.)

63. Ratificación de contrato.—El motivo primero, al amparo del artículo 1692.4.º LEC de 1881, acusa infracción del artículo 1259, en relación con el artículo 1280, ambos del CC. Se fundamenta en que el contrato privado de compraventa de las parcelas fue efectuado entre el actor, como representante legal de su fallecida madre, y don J. F. A., en representación de la vendedora Urbanización Valjunco, S. A., sin que ninguno de ellos tuviese poder suficiente ni ha existido ratificación de las personas en cuyo nombre contrataron [...]

El motivo se desestima. El contrato privado, de fecha 19 de julio de 1975 ha de entenderse ratificado desde el 19 de enero de 1985, en que murió la madre del actor, dejándolo como único heredero de su herencia, que aceptó. Por lo que respecta a Urbanización Valjunco, S. A., consta acreditado que recibió un ingreso bancario el día anterior a la fecha del contrato, por el importe parcial del precio de la compraventa. Se aprovechó, pues, de los efectos del contrato, sin formular ninguna protesta, por lo que es indudable que ratificó lo actuado por el Sr. F. A.

El acreedor embargante de un inmueble no está protegido contra actos dispositivos realizados con anterioridad al embargo ni por el artículo 34 LH.—En cuanto a la infracción del artículo 38 LH no se ve que se haya producido. La comunidad de propietarios Ciudad Residencial Valjunco embargó y ejecutó en ejecución de sentencia obtenida contra Urbanización Valjunco, S. A. las parcelas que estaban inscritas en el Registro de la Propiedad a nombre de la ejecutada, pero vendidas y transmitidas con anterioridad. La jurisprudencia de esta Sala admite reiteradamente que el embargante no está protegido contra actos dispositivos realizados con anterioridad al embargo, y que no goza tampoco de la protección del artículo 34 LH (SS de 12 de diciembre de 1988, 16 de febrero de 1990 y 18 de febrero de 2002, entre otras). (STS de 21 de marzo de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—D. J. S., en representación de su madre, compra dos parcelas a la *Urbanización Valjunco, S. A.* La representada fallece. Posteriormente, la comunidad de propietarios Ciudad Residencial Valjunco embarga a la *Urbanización Valjunco, S. A.* las parcelas antedichas. Don J. S. interpone demanda contra la Urbanización y la comunidad de propietarios en la que solicita: 1) se declare que es propietario, por herencia de su fallecida madre, de las parcelas; 2) se condene a la *Urbanización Valjunco, S. A.* a elevar a escritura pública el documento privado de compraventa; 3) se declare la nulidad del embargo y de los trámites posteriores y se ordene la cancelación de los asientos que estas operaciones hubieran producido en el Registro de la Propiedad y 4) se condene a la comunidad a entregarle las fincas así como a indemnizarle los daños y perjuicios causados. El Juzgado desestimó la demanda contra la comunidad y estimó la dirigida contra la Urbanización a la que condenó a elevar el contrato a escritura pública. La Audiencia revocó la sentencia anterior, declarando la propiedad del actor y la nulidad del embar-

go. El TS desestima el recurso de casación que interpone la Comunidad de Propietarios. (R. G. S.)

64. Notificación de la subasta al deudor: alcance de la regla 7.^a del artículo 131 LH.—Todo el formalismo que regía en el precedente procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH —como es sabido, hoy reemplazado, según la DF 9 de la vigente LEC, de 1/2000, arts. 681 a 689— está investido de un acervo disciplinario adjetivo de clásico corte *ad solemnitatem*, y, es más, ya en relación con la controvertida exigencia inmersa en la regla 7.^a del citado, la misma es de tal modo que, no sólo es reprobable su incumplimiento total, sino cuando la misma notificación hecha no lo ha sido con la observancia de todo su dictado («el señalamiento del lugar, día y hora para el remate se notificará al deudor, con la misma antelación en la finca o fincas subastadas») en su redacción a tenor de la Ley 19/1986, de 14 de mayo, de tal forma que, hasta la notificación de modo distinto al expuesto provoca la nulidad, pues, se resalta que, es jurisprudencia decantada que «los requerimientos y notificaciones que contempla el artículo 131, tienen categoría de requisitos esenciales en orden a la tramitación del procedimiento para el que sirven, cuya regulación, a través del conjunto de reglas que le integran, no sólo obedece a una mejor realización de los créditos hipotecarios, sino, también, a un propósito de conseguir una adecuada y efectiva protección de los intereses de los deudores» (STS de 1 de junio de 1995). En esa idea, en la citada sentencia se razona sobre la necesidad de la indefensión que explica la nulidad en los términos del artículo 238.3 y 270 LOPJ y que, si no, ésta debe entenderse en el sentido material y amplio y no exclusivamente formal, se añade —en un supuesto semejante al enjuiciado sobre el eventual conocimiento del proceso por el recurrido— aquella «indefensión no puede quedar desvirtuada por la posibilidad de que dispuso el interesado para examinar la documentación obrante en el procedimiento en que intervino y conocer por ello la hipoteca preferente y prever las vicisitudes de futuro que pudieran acontecer a su remate, pues, semejante pasividad no cabe equipararla a la ausencia de la normal diligencia a exigir al buen padre de familia, de que habla el artículo 1104 CC, y por otro lado, el vicio esencial en que se incurrió no admitiría subsanación, ni podría quedar compensado, por así decirlo, con la pasividad que cupiera atribuir al rematante, por todo lo cual, es de atribuir al Tribunal *a quo* haber infringido, por interpretación errónea, la regla 7.^a del tan repetido artículo 131 LH». Vicio esencial, asimismo, confirmado por la S núm. 52/1998, de 3 de marzo, del TC, que afirma: «El Auto cuestionado, de fecha 14 de marzo de 1996, dictado por la Audiencia Provincial de Barcelona, contiene una tesis *que no puede ser compartida*, a saber, que el desconocimiento por parte del deudor sobre el lugar, día y hora de celebración de la subasta de la finca en el marco del procedimiento de ejecución regulado en el artículo 131 LH, no puede en ningún caso provocar la indefensión de aquél, al tratarse, se dice expresamente, de un acto «cuya realización es procesalmente inexorable y en el que (el deudor a quien ha de dirigirse la notificación) no tiene ninguna participación activa... lo que configura a dicha notificación en lo que es en sí misma: un acto de información, pero que no constituye presupuesto alguno para el ejercicio de derechos procesales. En consecuencia, la hipotética falta de la notificación de la subasta no produce realmente indefensión a la parte recurrente, puesto que no le priva de derecho alguno

más que, en todo caso, de la información misma referida a un hecho que, como se ha dicho, es procesalmente inexorable. A este respecto, y puesto que la interpretación de la legalidad ordinaria es tarea que manifiestamente no corresponde al ámbito competencial de este Tribunal (SSTC 29/1984, 71/1984, 47/1989, 132/1991, entre otras muchas), sea suficiente con señalar que la notificación al deudor de los requisitos de lugar y tiempo de celebración de la subasta de la finca hipotecada, notificación que imperativamente exige el artículo 131.7.1 LH *in fine*, permite a aquél poder satisfacer el importe de lo adeudado con anterioridad a la adjudicación del bien (argumento *ex art.* 1489 LEC) además de posibilitar su intervención en orden a oponerse a cualquier posible irregularidad que pudiese acecer en el procedimiento de apremio. De ahí que la Sala 1.^a del TS haya podido declarar que “la omisión del trámite que tratamos, no sólo representa una infracción procedimental, sino un vicio esencial respecto a las garantías que han de presidir el desarrollo del procedimiento judicial sumario” (S de 1 de junio de 1995)», por lo que huelgan otros comentarios [...]. (STS de 25 de marzo de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—El actor pide en su demanda la nulidad de un procedimiento ejecutivo al amparo del artículo 131 LH por haberse incumplido el deber de notificarle la segunda subasta según exige su regla 7.^a. El Juzgado desestima la demanda por no haberse acreditado indefensión, al conocer el actor la existencia del procedimiento. La Audiencia revoca la decisión anterior por entender que la notificación es exigencia ineludible. Recurre en casación la entidad bancaria demandada. El TS declara no haber lugar al recurso. (R. G. S.)

65. Retracto de colindantes: gastos reembolsables. Construcción excediéndose de lo aprobado por la licencia municipal.—Son gastos reembolsables por el retrayente los gastos necesarios y útiles, entendiéndose por tales *el beneficio o incremento del valor que haya experimentado la finca retraída*. El hecho de que la construcción o mejora se haya excedido de la licencia municipal no es relevante a estos efectos. (STS de 20 de marzo de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—Habiéndose vendido una finca rústica, el comprador edificó en ella una barraca y una nave, esta última sin contar con la prescriptiva licencia de construcción. El propietario de la finca colindante ejerció el retracto, que le fue reconocido en primera instancia, con la obligación consiguiente de reembolsar al comprador transmitente las partidas que señala el artículo 1518 CC. Se discute si debe considerarse como gasto útil reembolsable por el retrayente el realizado para la construcción de la nave sin la necesaria licencia municipal. En apelación y casación queda confirmada la valoración de los gastos reembolsables realizada en primera instancia, que no considera relevante —a estos efectos— el hecho de que la mejora se realizara excediéndose de lo autorizado. (C. J. D.)

DERECHO DE FAMILIA

66. Gananciales: bienes privativos: artículo 1352 CC.—Este precepto, de nuevo cuño, acoge el principio de la subrogación legal; así las acciones o títulos suscritos —efecto o bien subrogado—, como consecuencia de la titularidad de otros privativos —bien subrogante—; aunque, en realidad, en el supuesto de hecho no existe sustitución de unos bienes, los antiguos, por otros, los nuevos, sino que éstos se incorporan al patrimonio del cónyuge respectivo en razón al derecho social que le corresponde por ser ya titular de otras acciones, y así se podría decir, como en el derecho de retracto, que la causa privativa es la titularidad del cónyuge, miembro de la sociedad, en cuya virtud ejercita su derecho social a suscribir nuevos títulos, y por ello su efecto o resultado de la suscripción también será privativo —principio de equivalencia—. El artículo introduce, dentro del Código Civil, una institución propia del Derecho mercantil de sociedades, que por su frecuente acacimiento en la actual vida de la familia y su indiscutible peso en el campo de los intereses entre las distintas masas patrimoniales ha exigido esta ordenación. *El derecho de suscripción preferente*, en su amplio alcance, ya se trate de que el cónyuge titular—miembro de la sociedad— suscriba nuevas acciones, ya se trate de otros títulos o participaciones.

Causa del carácter privativo.—La atribución privativa de las nuevas acciones o el precio de enajenación del derecho de suscripción preferente en la esfera patrimonial del titular o cónyuge, obedece o es *como consecuencia de su titularidad sobre otras acciones o títulos también privativos*, bien porque ya las aportó al matrimonio como propias, bien porque las adquirió después a título lucrativo o bajo el amplio campo de la subrogación real, o sea, siempre que en su adquisición de las originarias no existiera ninguna de las variantes de comunidad con su consorte.

Reembolso.—El párrafo final del artículo 1352 CC estructura una nueva manifestación garante del dogma del equilibrio entre las distintas masas patrimoniales. En el caso de que: 1.º se pague la suscripción de las nuevas acciones con fondos comunes, en donde, sin perjuicio de mantener el mismo carácter las nuevas acciones suscritas con la titularidad de las pretéritas, se prescribe que la comunidad en el costo se resarza el importe o precio de la suscripción; 2.º o se emitieran las acciones con cargo a los beneficios, supuesto que, inicialmente, puede contener alguna dificultad, hablándose por la doctrina de una especie de *autorización inversora* otorgada al cónyuge socio, que permitiría eventualmente ejercitar después las acciones de los artículos 1389 y 1390 CC, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1384 CC. (STS de 10 de marzo de 2003; no ha lugar.)

NOTA.—El nuevo criterio legal expresado en el artículo 1352 CC sigue suscitando reservas en la doctrina española. No es aislada la opinión de los continuadores de LACRUZ (*Elementos IV-1.º*, 3.ª ed., Barcelona, 1990, p. 361): Económicamente, las ganancias que obtiene la sociedad son siempre una renta, y de algún modo la comunidad de gananciales debería tener acceso a ellas. El hecho de reemplazar las ganancias en la propia sociedad no les arrebatara, desde un punto de vista económico, su condición de ganancia. Es cierto que la reinversión de los beneficios de la sociedad en las cuentas de capital de la misma no se decide libremente por el esposo accionista

o participe en todas las ocasiones; a veces le viene impuesta por los órganos de la sociedad, acaso contra su voluntad. Pero económicamente esta reinversión conserva el carácter que tenía antes de su destino al fondo de reserva: constituye siempre una ganancia que, como tal, hubiera debido recaer en la comunidad de gananciales y le ha sido confiscada. (G. G. C.)

67. Gananciales: legitimación de la esposa cuando el marido vende bienes comunes.—El origen del conflicto radica en la existencia de una compraventa de finca ganancial, realizada en 1988, en cuya formalización interviene la esposa del vendedor; todo el decurso posterior en torno a la eficacia y cumplimiento de esa compraventa, repercutirá en los intereses de la sociedad y, por tanto, ha de entenderse pertinente la presencia procesal de la esposa, incluso en el posterior contrato resolutorio, según contrato privado de 1989, a consecuencia de los incumplimientos en que incurrían ambas partes, siendo necesario, por tanto, demandar igualmente a la cotitular de ese acervo societario. (STS de 10 de abril de 2003; no ha lugar.) (G. G. C.)

68. Gananciales: liquidación en convenio regulador: renuncia tácita a la rescisión por lesión.—Las estipulaciones del convenio regulador, y la consideración de estar inscritas en el más amplio pacto sobre separación y divorcio, con consecuencias diferentes en la liquidación de la sociedad de gananciales, como es el de guarda y visita de los hijos, obliga a concluir que en la cláusula séptima se ha renunciado a la rescisión por lesión al declararse que el convenio no ha supuesto desequilibrio económico alguno para ninguna de las partes. No puede admitirse la sentencia recurrida que afirma la inexistencia de renuncia a la acción de rescisión, pues la renuncia es clara y de interpretación unívoca, y, además, se deduce de hechos, actos o conductas relacionadas con la misma, como lo son todas las estipulaciones que se contienen en el convenio y que se han sometido a aprobación jurisdiccional, y contra los propios actos ahora se pretende modificar lo pactado, que llevaría de tener lugar a modificar también las resoluciones judiciales aprobatorias en proceso distinto al incidental de modificación por alteración de circunstancias en las que el convenio se produjo. (STS de 6 de marzo de 2003; ha lugar.)

NOTA.—En el 2.º FD se transcribe literalmente el extenso convenio regulador judicialmente homologado, que ha regido la separación y ulterior divorcio de las partes, y cuya lectura muestra aparentemente que fue redactada en sentido favorable para la esposa (atribución de la guarda de los hijos menores, atribución de la propiedad de los dos únicos inmuebles del consorcio; si bien nada se dispone sobre alimentos ni pensión compensatoria). La fundamental cláusula final del convenio dice: *Como quiera que el matrimonio no ha supuesto desequilibrio económico para ninguno de los cónyuges, éstos renuncian a reclamarse nada por este concepto, así como tampoco por el de alimentos entre ellos, ni a estipular nada al respecto, aparte lo antes expuesto.* El marido solicita la rescisión por lesión de la liquidación de la sociedad de gananciales, demanda desestimada por el Juzgado de Primera Instancia, pero estimada íntegramente por la Audiencia Provincial El TS (Pte:

Auger Liñán) estima el recurso de casación de la esposa con base fundamental en el argumento de que la cláusula mencionada implica renuncia a la rescisión por lesión de la partición de gananciales.

Tema de subido interés teórico y práctico. En todo caso la supuesta renuncia a la rescisión por lesión debe calificarse de tácita o presunta, pero no expresa, ya que la frase (*los cónyuges*) *renuncian a reclamarse nada al respecto* hace sólo referencia a la pensión por desequilibrio, extendido a continuación a la pensión entre cónyuges separados, pero no a la pensión respecto de los hijos. Ciertamente el convenio es un acuerdo complejo de naturaleza global, que comprende estipulaciones de naturaleza patrimonial y personal (guarda, visita, etc.), recayendo la homologación judicial sobre el conjunto. Pero el hecho de precisar ésta no arguye, a mi juicio, de modo necesario, la renuncia a una eventual acción rescisoria. (G. G. C.)

69. Filiación extramatrimonial: reclamación *post mortem* de la paternidad: acción dirigida contra hermanos del presunto padre: prueba testifical: notoriedad.—Habiendo sido propuestos veinticuatro testigos el Juez sólo admitió los diez primeros, más dos que declararon para mejor proveer; todos los propuestos son vecinos del mismo pueblo, o de sus límites, en donde conviven juntamente con la actora y con la familia del fallecido, incluso con éste hasta su fallecimiento, según está plenamente reconocido por el demandado comparecido que manifestó al absolver posiciones que los conocía a todos ellos; es de notar que ninguna tacha o impedimento fue denunciado respecto de la integridad de dichos testimonios, y que dicho demandado admitió la realidad de la común opinión en todo el pueblo de que la actora era hija de su fallecido hermano, habiendo manifestado varios testigos que el propio fallecido les había reconocido privadamente su paternidad. Por todo ello debe concluirse que dicha paternidad quedó demostrada por notoriedad en el entorno geográfico en que se produjeron los hechos.

Posesión de estado por notoriedad pública.—Si bien es cierto que no nos encontramos ante la existencia de una posesión de estado propiamente dicha, ya que falta el *nomen* y el *tractatus*, sí nos encontramos ante algo parecido a lo que se podría denominar como *posesión por notoriedad pública*, ya que los vecinos del pueblo y alrededores vienen reconociendo desde siempre a la actora como hija extramatrimonial del fallecido hermano del demandado comparecido; incluso este mismo, apartándose de su actitud opositora en primera instancia, vino a reconocer dicha filiación en la vista de la apelación, aunque alegó que también defendía sus derechos patrimoniales. La jurisprudencia de esta Sala se caracteriza últimamente por un criterio amplio en la interpretación de los artículos 127 y 135 CC como las SSTS de 12 de noviembre de 1987, 5 de abril de 1990, 17 de noviembre de 1997, 24 de enero de 2001, y especialmente se destacaría la STS de 13 de marzo de 1999, sobre la singular relevancia de la prueba testifical para acreditar en determinados casos la posesión de estado.

Situación próxima al reconocimiento tácito.—La doctrina científica por vías diversas admite la modalidad de reconocimiento tácito, y en el presente caso, a la vista del alto grado de pacífica aceptación pública y privada de la paternidad en el entorno vecinal e incluso familiar del presunto padre, lo cual, lejos de equivaler a meros rumores o habladuría popular, autoriza a

apreciar una situación próxima a la posesión de estado, o equivalente al reconocimiento tácito.

Incongruencia.—Es cierto que en la demanda no se solicitaba la declaración de única heredera del presunto padre, pero incluyó esta petición en el escrito de ampliación presentado antes de personarse el demandado, por lo cual no hay incongruencia en el hecho de haberlo declarado la sentencia recurrida. (STS de 27 de febrero de 2003; no ha lugar.)

NOTA.—No son infrecuentes las reclamaciones de filiación no matrimonial interpuestas tras muchos años del nacimiento, e, incluso, como en el caso actual, una vez fallecido el presunto padre. Me parece que sería conveniente un estudio sociológico de estos supuestos, un tanto atípicos, de los que no pueden abstraerse las lógicas apetencias hereditarias, sobre todo cuando el fallecido carece de herederos forzosos, como también ocurre aquí. La actora había nacido el 15 de junio de 1965, y la demanda se interpone siete meses después de fallecer el presunto progenitor. Hay una conjetura de imposible comprobación; ¿será verdad que, en vida del progenitor, la unanimidad testifical hubiera sido harto difícil de lograr? ¿por qué no ejercitó la madre la acción de reclamación? (G. G. C.)

70. Filación no matrimonial: acción de reconocimiento de la paternidad: madre que se niega a la práctica de prueba biológica.—Solicitada la prueba pericial biológica por el presunto padre, la madre que reconoció inicialmente la filiación se opone, añadiendo *que no sabe si es el padre, ni tiene interés en saberlo*; pero tal conducta entorpece el conocimiento absoluto de una realidad que se intuye del resto del bagaje probatorio, del que, por otro lado, es especialmente consciente, pues no duda en afirmar al absolver posiciones *que nunca ha negado la paternidad del actor pero tampoco tiene la certeza de que sea el padre*, con lo cual la madre viene a reconocer la posibilidad de que efectivamente lo sea. El resto de la prueba practicada, en su mayoría testifical, resulta claramente favorable a la tesis sostenida en la demanda, mientras que los testigos propuestos por la demandada ninguna luz arrojan en relación con sus pretensiones. Procede aplicar la doctrina reiterada de esta Sala conforme a la cual la negativa a la práctica de las pruebas biológicas unida al resto de las pruebas permiten declarar la paternidad solicitada.

Duración de la acción: imprescriptibilidad.—La actora invoca la tardanza en el ejercicio de la acción por parte del padre, alegando el artículo 7 CC que impide un ejercicio arbitrario y contrario a la buena fe del derecho tan trascendental para la vida de un menor. Tales argumentos deben rechazarse teniendo en cuenta que la jurisprudencia ha declarado el carácter imprescriptible de la acción, por lo cual no puede hablarse de ejercicio tardío del derecho de paternidad no matrimonial. (STS de 11 de marzo de 2003; no ha lugar.)

NOTA.—No es frecuente en los últimos años, que se produzca ante los Tribunales un frontal, e irracional, rechazo de la madre a las pretensiones de quien solicita se reconozca su derecho de paternidad no matrimonial como se dio en este caso. Ha cambiado el transfondo social de estas situaciones respecto de 1981. Por ello, la indudable normativa *pro mater* recogida en el artículo 124 CC, acaso debiera ser ahora revisada. (G. G. C.)

DERECHO DE SUCESIONES

71. Carácter irrevocable de la aceptación y de la repudiación de la herencia.—De acuerdo con el artículo 997 CC, proclama el TS que tanto la aceptación, como la repudiación de la herencia son irrevocables, una vez realizadas en la forma prevista por los artículos 998 y 999 CC (entre otras, SSTS de 23 de mayo de 1955 y de 15 de noviembre de 1985). Por tanto, aceptada o repudiada la herencia, esta declaración de voluntad no recepticia no puede ser dejada sin efecto por actos o declaraciones de voluntad en contra, cualquiera que sea la proximidad temporal de los mismos. Se trata, pues, de una norma imperativa que busca evitar situaciones de temporalidad en la condición de heredero (STS de 4 de febrero de 1994).

Eficacia obligacional de la aceptación y de la repudiación de la herencia.—Es doctrina jurisprudencial consolidada la que proclama la eficacia obligacional de la aceptación y de la repudiación de herencia, como obligaciones unilaterales (SSTS de 25 de abril de 1928, 6 de marzo de 1944, 18 de septiembre y 17 de octubre de 1975).

Contenido de la repudiación de la herencia.—Según el TS, la repudiación de la herencia afecta a la totalidad del caudal hereditario, sea o no conocido por el que repudia. Esto es así porque a lo que se renuncia es a la condición de heredero, no a la titularidad de los bienes que integran el caudal relicto. Por tanto, no se puede repudiar la herencia de forma parcial; es decir, únicamente respecto de ciertos bienes.

Recurso de apelación. Falta de asistencia a la vista de los letrados de la parte apelante. Efectos.—Declara el TS en diversas sentencias (SSTS de 19 de febrero de 1991 y 2 de febrero de 1995) que la falta de asistencia de los letrados de la parte apelante a la vista —cuya celebración ha sido debidamente notificada— no implica el desistimiento de la apelación y la confirmación de la sentencia de instancia. Por el contrario, tal inasistencia sólo supone la pérdida voluntaria de la posibilidad de ser oídos por el tribunal que conoce del recurso. (STS de 28 de marzo de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—Don J. M. J. P. lega en testamento a su esposa el usufructo vitalicio de sus bienes e instituye herederas a partes iguales a sus dos hijas y a la hija de su esposa, doña J. N. V. Fallecido el testador, la mujer y las tres hijas mencionadas otorgan escritura pública de aceptación de la herencia del causante, en la que se formaliza el inventario del caudal relicto y en la que se contiene la renuncia pura y simple de doña J. N. V. a sus derechos sobre la herencia del causante. Al día siguiente, las otorgantes de la escritura suscriben un documento privado en el que se manifiesta que han convenido a doña J. N. V. para no llevar a cabo la renuncia y que, por tanto, debe tener la parte correspondiente en la herencia de don J. M. J. P., para lo cual se comprometen a otorgar escritura pública de compraventa de una tercera parte indivisa de todo lo que ha constituido el inventario de la herencia, a favor de la renunciante. Dicha escritura se otorga el 5 de diciembre de 1987.

El 28 de febrero de 1994, doña J. N. V. recibe una copia de una minuta de escritura de adición de inventario en la que se relacionan una serie de bienes no incluidos en el inventario inicial del caudal relicto. Reclama ésta entonces a su madre y a sus hermanas uterinas

su parte sobre los mismos, solicitando en la demanda que se obligue a éstas a formalizar la correspondiente escritura de adición de inventario y, consiguientemente, la aceptación de herencia y división de la cosa común. La demanda es estimada en primera instancia, frente a lo cual recurren las demandadas. El recurso de apelación es desestimado y las demandadas interponen recurso de casación ante el TS, que declara haber lugar al mismo, revocando la sentencia de primera instancia. (A. M. M.)

72. Nulidad de la partición.—Se aplica la normativa general de la invalidez del negocio jurídico de tal modo que se producirá cuando falte un elemento esencial, cuando se contravenga una norma imperativa o prohibitiva o cuando concorra un vicio del consentimiento o un defecto de capacidad (SSTS de 13 de junio de 1992 y 17 de octubre de 2002).

En el caso concreto, la nulidad se debe a que, por una parte, falta el presupuesto esencial de una comunidad hereditaria que partir, pues la partición ya estaba hecha, y, por otra, que aunque se considerase que los demandados ejecutaron la partición convencional que se había realizado anteriormente, no lo hicieron quienes tenían derecho a ello, sino quienes no podían hacerlo.

Principio del favor partitionis.—La jurisprudencia ha venido afirmando la necesidad de respetar el criterio de nuestro Ordenamiento jurídico, que resulta restrictivo en cuanto a la admisión de las pretensiones de invalidez de las particiones judiciales o extrajudiciales (SSTS de 17 de abril de 1943, 17 de marzo y 5 de octubre de 1955, 25 de febrero de 1969 y 15 de junio de 1982). Se pretende así evitar volver al estado de indivisión hereditaria, situación compleja y con dificultades de realización práctica.

Doctrina de los actos propios.—Ha sido recientemente resumida por las SSTS de 28 de enero y 9 de mayo de 2000 en los siguientes términos: «el principio general de derecho que veda ir contra los propios actos, como límite al ejercicio de un derecho subjetivo o de una facultad, cuyo apoyo legal se encuentra en el artículo 7.1 CC que acoge la exigencia de la buena fe en el comportamiento jurídico y con base en el que se impone un deber de coherencia en el tráfico sin que sea dable defraudar la confianza que fundamentalmente se crea en los demás, precisa para su aplicación la observancia de un comportamiento con plena conciencia de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer una determinada situación jurídica, para lo cual es insoslayable el carácter concluyente e indubitado, con plena significación inequívoca del mismo, de tal modo que entre la conducta anterior y la pretensión actual exista una incompatibilidad o contradicción en el sentido que, de buena fe, hubiera de atribuirse a la conducta anterior». (STS de 13 de marzo de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—El testador dispuso en su testamento la partición de la herencia por comisario-contador partididor. Transcurridas las prórogas y por tanto el plazo para realizarla, el propio contador partididor, la viuda del causante y todos los hijos, herederos, practican la partición convencional, plasmada en documento privado. En una de las cláusulas los herederos encargan mancomunadamente al contador partididor junto a otras personas la redacción y protocolización del cuaderno particional y de los demás documentos complementarios en ejecución de lo convenido.

El contador partidor realiza junto a la viuda del causante una partición de herencia con liquidación de gananciales tras la citada partición convencional, realizada por los propios interesados mayores de edad, y sin hacer mención de ella.

Dos de los herederos interponen demanda contra el contador partidor, la viuda del causante y el resto de los herederos, en la que solicitan la nulidad de la partición realizada por los dos primeros y de los actos dispositivos basados en la misma. (B. F. G.)

73. Partición de herencia. Nulidad.—El TS reconoce (entre otras, SSTs de 13 de junio de 1992 y 17 de octubre de 2002) que la nulidad de la partición no está regulada orgánicamente en el Código civil sino que se aplica la normativa general de la invalidez del negocio jurídico. En consecuencia, la misma se producirá cuando falte un elemento esencial, se contravenga una norma imperativa o prohibitiva o cuando concorra un vicio del consentimiento o un defecto de capacidad.

Litisconsorcio pasivo necesario.—El litisconsorcio pasivo necesario ha sido tratado con detalle por la jurisprudencia (entre otras, SSTs de 10 de octubre de 2000, 31 de enero, 22 de marzo y 5 de junio de 2001). Esta doctrina exige llamar al juicio a todas las personas que, en virtud de disposición legal o por razón de la inescindibilidad de la relación jurídica material, puedan estar interesadas directamente o puedan resultar afectadas en la misma medida por la solución que se dicte en el proceso. Se trata, pues, de una exigencia de naturaleza procesal con fundamento en la necesidad de dar cumplimiento al principio de audiencia evitando la indefensión, al tiempo que se robustece la eficacia del proceso mediante la exclusión de resultados procesales prácticamente inútiles por no poder hacerse efectivos contra los que no fueron llamados a juicio. En definitiva, la exigencia de litisconsorcio pasivo necesario impide sentencias contradictorias no sólo por diferentes sino además por incompatibles. (STS de 14 de mayo de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña D. E. M. S. es cotitular de varias cuentas bancarias junto a su hermana doña M. M. S. y otros familiares. Ambas fallecen sin testamento, aunque doña M. M. S. premuere a su hermana. En octubre de 1994 se dicta auto de declaración de herederos de doña D. E. M. S., que declara como tales a doña M. A. M. C., don M. A. M. C., doña C. B. M., doña M. E. M. S., doña M. I. M. S. y don A. M. S. Pero previamente (en febrero de 1994), los seis anteriores junto con doña J. A. P. M. (una de las cotitulares de las cuentas bancarias) ya se habían reunido y habían acordado la división de todos los saldos de las cuentas o libretas en siete partes iguales.

Posteriormente, doña M. A. M. C. (una de las coherederas) interpone demanda contra todos los demás interesando la nulidad de la partición convencional de la herencia de doña D. E. M. S. y la restitución de aquel dinero perteneciente al caudal relicto, que cada uno de los demandados hubiere recibido. El Juzgado de Primera Instancia la desestima, al apreciar de oficio la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario. En grado de apelación, esta sentencia es revocada y tras absolver a los demandados de las pretensiones deducidas en su contra, se declara que la operación realizada no

consiste en una partición hereditaria. El TS rechaza el recurso de casación interpuesto. (M. C. C. M.)

74. Declaración de incapacidad.—La incapacidad proviene, en todo caso, de una declaración expresa y formal de incapacitación judicial, de tal modo que, al suponer una restricción en la capacidad de obrar de la persona, mientras no exista esta incapacitación *ope sententiae*, la persona cuestionada es capaz.

Fiducia sucesoria aragonesa pendiente de ejecución y litisconsorcio pasivo necesario.—Los recurrentes denuncian que la Audiencia Provincial no apreciase la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario ya que no se demandó a la madre de los demandados y esposa del causante, quien, en virtud del testamento, devino usufructuaria universal de todo el patrimonio y fiduciaria de una fiducia aragonesa sin realizar. El litisconsorcio pasivo necesario pretende que estén presentes todos los interesados en la situación jurídico-material que se ventila en el proceso, ya que sobre quienes carecen de interés legítimo sobre las obligaciones que constituyen su objeto, no puede recaer pronunciamiento que les afecte de modo directo. Asimismo, cuando concurre vínculo de solidaridad (arts. 1144 o 1184 CC) no cabe apreciar la figura del litisconsorcio pasivo necesario. Según lo dispuesto en los artículos 110 y 113 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón (Ley 3/1985, de 21 de mayo), mientras el fiduciario no haya cumplido el encargo recibido, hay una situación de pendencia en la que existe una comunidad hereditaria entre todos los interesados (cónyuge superviviente e hijos) y se da un vínculo de solidaridad entre ellos, lo que excluye toda posibilidad de existencia de litisconsorcio pasivo necesario. En consecuencia, aunque no se llamase a la esposa usufructuaria, no se hace necesaria su llamada al procedimiento.

Requisitos de la facultad resolutoria (art. 1124 CC).—Como se desprende de constante doctrina jurisprudencial (SS de 3 de febrero de 1989, 20 de diciembre de 1993, 10 de enero y 9 de mayo de 1994), para instar la resolución es preciso que el solicitante haya cumplido con su parte y, además, haya verdadero incumplimiento por la contraparte. Respecto a este incumplimiento, la voluntad de incumplir se puede revelar por una prolongada inactividad o pasividad del deudor, pero sin que pueda exigirse una voluntad deliberadamente rebelde o una persistente resistencia al cumplimiento, que supondría exigir tanto como el dolo (STS de 18 de noviembre de 1983), sino que es suficiente con frustrar las legítimas aspiraciones de los contratantes. (STS de 2 de abril de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—En 1985, las Sras. M. P. y M. L. M. M. celebraron con el Sr. A. M. A. M. un contrato de permuta de unas parcelas, que se formalizó en documento privado. El Sr. A. M. A. M. realizó un requerimiento notarial a las permutantes en que se les comunicaba el cumplimiento por su parte mientras ellas incurrían en mora. Posteriormente, las permutantes comunicaron, vía notarial, al Sr. A. M. A. M. que los documentos se encontraban en una notaría para su elevación a escritura pública. En octubre de 1993, el Sr. A. M. A. M. comunicó a las Sras. M. P. y M. L. M. M. la resolución del contrato. En 1994, las Sras. M. P. y M. L. M. M. interpusieron demanda contra la otra parte del contrato. Las demandantes solicitaban que se declarase su derecho a que se otorgase escritura pública de

permuta. Los demandados plantearon reconvencción, en la que solicitaban la declaración de resolución del contrato de permuta. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y desestimó la reconvencción. Planteado recurso de apelación por los demandados, la Audiencia Provincial de Logroño lo desestimó. El TS desestima el recurso de casación planteado por los demandados, quienes alegaban la falta de capacidad de una de las demandantes así como la incorrecta constitución de la litis.

NOTA.—Uno de los argumentos alegados por los demandados para recurrir la sentencia de la Audiencia Provincial es la falta de litisconsorcio pasivo necesario. En su opinión, debería haber sido demandada la viuda usufructuaria, ya que, además, a ella le correspondía, en virtud de la fiducia sucesoria, distribuir los bienes entre los herederos. Al analizar esta cuestión se deben tener presentes los siguientes antecedentes de hecho: *a)* En su testamento de 1961, el Sr. A. M. A. M., de vecindad civil aragonesa, dejó en usufructo todos sus bienes a su esposa; *b)* posteriormente, celebró con las demandantes un contrato de permuta de fincas, que, al fallecer el demandado, no había sido aún consumado, a pesar de los recíprocos requerimientos de las partes; y *c)* de acuerdo con las disposiciones testamentarias, correspondía a la viuda, en virtud de una fiducia sucesoria, distribuir entre sus hijos y demás descendientes los bienes del difunto, partición que durante el proceso todavía no había tenido lugar.

En este caso, el fallecimiento del permutante se ha producido sin que se haya cumplido el contrato, de modo que la finca permutada no ha llegado a salir del patrimonio del permutante y el cónyuge usufructuario tiene el derecho de usufructo viudal sobre ella. Sin embargo, el pago de las deudas de la herencia no corresponde al cónyuge usufructuario sino a los herederos pero en este caso aún no hay herederos designados por el cónyuge fiduciario. De acuerdo con el artículo 113 de la Compilación aragonesa, en este caso se deben aplicar las reglas de la comunidad hereditaria, conforme a las cuales los obligados al pago de la deuda son los integrantes de la comunidad, o sea, los hijos y descendientes del fallecido, no su cónyuge. (José Antonio SERRANO GARCÍA, «Comentario a la STS de 2 de abril de 2003», *CCJC*, núm. 65, pp. 503-533). (*M. V. V.*)

DERECHO MERCANTIL

75. La confusión entre una denominación social o nombre comercial y una marca, no implica confusión para los consumidores y usuarios.—La finalidad de la normativa referente a denominaciones sociales o nombres comerciales, no es la de evitar confusiones entre la variedad de productos que los consumidores y usuarios eligen y seleccionan, sino que aquella se limita al ámbito de la constitución y funcionamiento orgánico de las sociedades o entes en general. Es precisamente la ordenación relativa a «marcas», la que trata de distinguir en el mercado, los productos o servicios de una empresa de los de otras.

Así las cosas, si tiene lugar una colisión entre una denominación social o un nombre comercial con una marca, cumplidas las disposiciones aplicables a las primeras en la legislación mercantil, dicha confusión no tendrá consecuencias jurídicas y, en todo caso, dicho cumplimiento se mantendrá siempre en un ámbito tabular, esto es, no repercutirá en el «mercado».

Protección del nombre comercial mediante el Convenio de la Unión de París de 20 de marzo de 1883.—Basta acreditar que el nombre comercial es utilizado como denominación o razón social en cualquiera de los Estados miembros de la Unión Europea, para obtener en España la misma protección que recibiría de estar efectivamente inscrito en el Registro español (SSTS de 24 de febrero de 1989 y 18 de diciembre de 1990, entre otras). (STS de 15 de abril de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—*Puma Sportschufabriken Rudolf Dassler, K. G.* solicita al Juzgado de Primera Instancia la nulidad del nombre comercial «Puma Internacional Sport», por ser incompatible con la marca de que es titular la actora. La mercantil demandada reconviene y suplica al Juzgado que declare la nulidad de la marca. En primera instancia se desestima tanto la demanda como la reconvencción, si bien se declara la caducidad de la marca y por ende la inexistencia de colisión con el nombre comercial. La Audiencia Provincial considera incompatible el nombre comercial con la marca de que es titular la actora recurrente y declara la nulidad de aquel. El TS casa la sentencia dictada en apelación y confirma la de primera instancia.

NOTA.—Una de las normas aplicadas en la sentencia es la Ley 32/1988, de 10 de noviembre, de Marcas. Téngase en cuenta sin embargo, que dicha norma ha sido derogada por la nueva Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas, cuya entrada en vigor tuvo lugar el 31 de julio de 2002. (*J. D. S. C.*)

76. Nulidad de la cláusula de renuncia a la indemnización por clientela.—Resulta evidente la nulidad de la cláusula 14.ª del contrato de fecha 1 de enero de 1993, por aplicación del artículo 3.1 de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre contrato de agencia (LCA) con arreglo al que «en defecto de ley que les sea expresamente aplicable, las distintas modalidades del contrato de agencia, cualquiera que sea su denominación, se regirán por lo dispuesto en la presente Ley, cuyos preceptos tienen carácter imperativo a no ser que en ellos se disponga expresamente otra cosa». Dicha Ley establece en su artículo 28 el carácter imperativo— siempre que concurren los requisitos exigidos— de la indemnización por clientela (STS de 27 de enero de 2003).

Requisitos para que prospere la indemnización por clientela.—Uno de los requisitos para que prospere la indemnización por clientela es que el agente hubiese aportado nuevos clientes al empresario o incrementado sensiblemente las operaciones con la clientela preexistente; otro requisito es que la actividad anterior del agente pueda continuar produciendo ventajas sustanciales al empresario; finalmente, la indemnización debe resultar equitativamente procedente por la existencia de pactos de limitación de competencia, por las comisiones que pierda o por las demás circunstancias que concurren (art. 28.1 LCA).

Denuncia unilateral del contrato.—La estipulación duodécima del contrato no conculca el artículo 1256 CC «porque la cláusula analizada no deja la validez y el cumplimiento del contrato al arbitrio de uno de los contratantes, pues cualquiera de ellos podía tomar la iniciativa a los efectos en ella previstos». (STS de 7 de abril de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad *Philips Ibérica, S. A. E.* y la entidad *Comercial de Electrodomésticos de Galicia, S. L.* suscribieron un contrato de distribución exclusiva. El mencionado contrato se renovaba tácitamente, de acuerdo con lo señalado en su cláusula 12.^a. La entidad *Philips Ibérica, S. A. E.* rescindió unilateralmente y sin justa causa el referido contrato. *Comercial de Electrodomésticos de Galicia, S. L.*, solicitó una indemnización por clientela y que se declarase la nulidad de la renuncia a la indemnización por clientela plasmada en la cláusula 14.^a del contrato. También reclamó una indemnización por daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la rescisión unilateral del contrato. El Juzgado de Primera Instancia declaró la procedencia de la indemnización en concepto de clientela. *Philips Ibérica, S. A. E.* interpuso recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial, en el que alegó entre otros infracción del artículo 4.1 CC e infracción del artículo 1281 CC en relación con los artículos 1, 9.2 y 28.1 de la Ley 12/1992 y la doctrina jurisprudencial sobre interpretación de los contratos; e infracción de los artículos 1255 y 6.2 CC en relación con los artículos 28.1 y 3.1 de la Ley 12/1992 y doctrina jurisprudencial que establezca la renunciabilidad de los derechos subjetivos. *Comercial de Electrodomésticos de Galicia, S. L.*, se adhirió al recurso de casación alegando infracción del artículo 1256 CC en relación con la rescisión unilateral. El TS declaró no haber lugar. (E. C. V.)

77. Contrato atípico de agencia. Exclusividad. Resolución unilateral y reclamación por el representante de indemnización por comisiones devengadas y clientelas.—Nos encontramos en primer lugar ante un supuesto de resolución unilateral de un contrato de duración indefinida, en exclusiva, en la forma de una relación contractual atípica de contrato de agencia, atendiendo a su fecha por carecer entonces de regulación legal específica, el que, como dice la S de 26 de marzo de 1992, está dotado de propio contenido sustantivo, al generarse al amparo de la libertad de contratación (arts. 1091 y 1255 CC), en el que predomina la gestión de mediación a cambio de una comisión que suele ser el porcentaje de las ventas.

Los hechos declarados probados ponen de manifiesto que la resolución practicada, con apoyo en el artículo 279 CCO, lo fue con base en la alegación de que se iba a dejar de fabricar muebles de baño, espejos y complementos, no obstante después de la resolución se continuó con la fabricación o, al menos, con la comercialización aprovechando la red comercial creada por la recurrente.

Estamos ante una resolución que, aunque es procedente en los contratos de duración indefinida (SS de 22 de marzo de 1998, 16 de septiembre de 1988 y 25 de enero de 1996), aquí se presenta no debidamente acomodada a la buena fe que debe regir las relaciones comerciales (arts. 1258 del CC y 57 CCO y SS de 3 de diciembre de 1992, 17 de octubre de 1995 y 10 de diciem-

bre de 1996), pues se basó en una causa inveraz y más bien fue utilizada para desalojar al recurrente del contrato y abusivamente utilizar en provecho propio la red comercial que había creado, circunstancia que ha de tenerse en cuenta respecto a las consecuentes reclamaciones indemnizatorias que se postularon en el pleito, al tratarse de una resolución abusiva, sin otra justificación que el beneficio de la empresa representada al acceder por esta vía al disfrute de la clientela conseguida por el agente. (STS de 19 de mayo de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—Por contrato de 13 de julio de 1990, establecido como de duración indefinida, la mercantil *CARMALASA* encargó a la recurrente *Comercial Río, S. A.* la promoción y venta de sus muebles de baño y complementos en exclusiva, tanto en España como en el extranjero, debiendo crear, dirigir y desarrollar la correspondiente red comercial, a cambio de una retribución consistente en una comisión del 13 por 100 del importe neto de las compras. La recurrente, en ejecución del contrato, estableció la red comercial encargada, contratando a dos agentes comerciales.

La referida relación fue resuelta por *CARMALASA* por carta de 14 de noviembre de 1991, remitida por conducto notarial, en la que comunicó a la recurrente que a partir del 30 de noviembre de 1991 iba a dejar de fabricar muebles de baño, espejos y complementos y, de conformidad con el artículo 279 CCO, revocaba la comisión desde la referida fecha. (*O. M. B.*)

78. En el seguro de créditos comerciales, el impago no agrava el riesgo, sino que es el riesgo mismo.—Frente al sistema del deber precontractual de declaración de riesgo previsto en el artículo 10, el artículo 11 al regular el deber del tomador o el asegurado, una vez concluido el contrato, de comunicar al asegurador todas las circunstancias que agraven el riesgo, parece, a primera vista, dejar una cierta discrecionalidad al tomador del seguro y al asegurado para apreciar las circunstancias que si se hubieran conocido por el asegurador, en el momento de la perfección del contrato, no lo habría celebrado o lo habría concluido en condiciones más gravosas. Sin embargo, esa aparente discrecionalidad no existe si se efectúa una interpretación adecuada de este artículo, en cuanto que el deber de declaración del agravamiento del riesgo ha de referirse a aquellos aspectos que el propio asegurador, que conoce la técnica de la explotación del seguro, considera relevantes a la hora de valorar el riesgo, por lo que habrán de tenerse en cuenta las circunstancias que alteren o hagan perder su sentido a aquellos hechos a los que se refería el cuestionario elaborado por el asegurador. Porque adviértase que el artículo 11 impone al tomador del seguro y al asegurado el deber de juzgar la conducta que hubiera seguido el asegurador en un momento anterior, que no es otro que el de la conclusión del contrato.

El artículo 11, a la hora de delimitar el deber del tomador del seguro o del asegurado de comunicar la agravación del riesgo, exige además que las circunstancias que agraven el riesgo sean de tal naturaleza que, de haber sido conocidas por el asegurador, lo habrían concluido en condiciones más gravosas. Lo que no nos dice es para quien debían ser más gravosas. Porque si las condiciones hubieran sido más gravosas para el asegurado, está claro que la comunicación del riesgo debe tener un carácter irrelevante. De esto se deduce

que las circunstancias que deben comunicarse al asegurador, delimitadas en la forma que anteriormente se ha dicho, han de ser nuevas respecto al momento de la perfección del contrato y, además, relevantes. Si el hecho no incide en la probabilidad de que se produzca el siniestro o en las consecuencias dañosas que se derivan de éste, no existe deber de comunicación.

Al tener en cuenta lo expuesto se deduce que la sentencia recurrida acierta al sostener que el impago de los créditos no es una circunstancia que agrava el riesgo, sino que es el riesgo mismo asegurado como lo expone el artículo 21 de la póliza: «la garantía del seguro, referida en todo caso a operaciones en firme realizadas durante la vigencia de la póliza, nace a partir de la fecha de la entrega de la mercancía, instalación o prestación de servicios y alcanza al importe de los conceptos incluidos en la factura inicial y notificados a la compañía». Es decir, las comunicaciones de impago no agravan el riesgo cubierto, sino que constituyen el riesgo mismo. (STS de 22 de mayo de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—*Hogoobens Aluminium España, S. A.*, contrató con la *Compañía Española de Seguros y Reseguros de Crédito y Caucción, S. A.*, el día 27 de junio de 1992, póliza de seguros de créditos comerciales. El primer impago a la asegurada por parte de la empresa *Sers, S. A.* se produjo el día 5 de junio de 1993 por importe de 18.275.973 pesetas y fue prorrogado por la asegurada hasta el día 5 de agosto de 1993. El aplazamiento y el impago fueron comunicados a la aseguradora el día 10 de septiembre de 1993.

La asegurada ha formulado reclamación de cantidad contra la aseguradora por importe de 38.267.914 pesetas, en virtud de los impagos vencidos a cargo de *Sers, S. A.* y para obtener el reconocimiento de su derecho a recibir, a partir del día 14 de marzo de 1995, la cantidad de 17.662.114 pesetas, más los intereses de dicha suma al tipo del 20 por 100 anual desde la expresada fecha hasta su satisfacción.

En la sentencia dictada en primera instancia se estima en parte la referida demanda, por lo que se condenó a la compañía de seguros al pago de 35.324.229 pesetas, con los intereses desde la interposición de solicitud de diligencias preliminares.

Contra esta sentencia formuló recurso de apelación únicamente la demandada y por la Audiencia Provincial de Barcelona se desestimó íntegramente el recurso. Contra esta última sentencia ha formulado recurso de casación la demandada. (O. M. B.)

79. No puede entenderse riesgo cubierto en el seguro de responsabilidad civil el robo expresamente excluido.—El seguro de responsabilidad civil es un seguro de daños en interés del propio asegurado, en cuanto que el contrato tiende a que el asegurador libere al asegurado del pago de esa deuda, que normalmente se extinguirá mediante su pago directo por el asegurador al tercero perjudicado o a sus herederos, pero que el asegurado podrá reclamar del asegurador en el supuesto de que haya debido abonar al tercero perjudicado cierta cantidad. Si el mecanismo de la responsabilidad civil, en general, desea trasladar las consecuencias del daño producido al tercero en su patrimonio al de responsable, el contrato de seguro traslada esas consecuencias del patrimonio del asegurado al asegurador.

El riesgo cubierto por el asegurador es, por tanto, el nacimiento de una deuda de responsabilidad o indemnizatoria. Ahora bien, para delimitar ese riesgo, un dato esencial es conocer el hecho que ha causado los daños y perjuicios ya que de él deriva la obligación de indemnizar. Es decir, en la responsabilidad contractual el hecho del incumplimiento del contrato, y en la extracontractual, el hecho que cause el daño. El artículo 73 LCS se refiere a este aspecto al indicar que el seguro cubre el riesgo del nacimiento de una deuda de indemnización de los daños «causados por un hecho previsto en el contrato».

Un problema de especial relevancia que se plantea con notoria frecuencia es el de conocer si han de considerarse como cláusulas «limitativas» de los derechos del asegurado las cláusulas contractuales que delimitan el riesgo asegurado. Interesa observar el artículo 1 LCS: prevé que la obligación del asegurador existe «dentro de los límites pactados»; idea que repite la Ley en general en los artículos que definen las distintas modalidades del contrato de seguro al repetir la frase que el asegurador se obliga «dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato». Parece evidente que la prestación del asegurador (tanto en relación con la garantía del riesgo asegurado como el pago de prestación una vez que se produzca el siniestro) depende precisamente de la delimitación del riesgo, que, a su vez, es base para el cálculo de la contraprestación a cargo del asegurado, es decir, la prima.

Todo lo expuesto lleva a la conclusión del error en que incurre la sentencia impugnada al vincular el contrato de depósito del actor con el taller de reparaciones con el contrato de seguro de éste con la entidad, hoy recurrente, que califica de cobertura de robo y expoliación. Y es que esta calificación y cobertura no puede admitirse por la necesidad de estar a los términos literales del contrato en cuestión.

En el contrato de responsabilidad civil para talleres de automóviles en las condiciones especiales expresamente aceptadas en virtud de la firma del tomador del seguro se consideran como coberturas adicionales los daños materiales a vehículos confiados. Dentro de estos daños se expresan los riesgos cubiertos (cláusula 1.1) y los riesgos excluidos (cláusula 1.2). En los riesgos excluidos expresamente se mencionan los siguientes «robo, hurto o uso indebido, así como los daños materiales a consecuencia de tales hechos». De ahí que no pueda estimarse la pretensión condenatoria ejercitada en autos contra la compañía de seguros. (STS de 27 de marzo de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—D. P. A. P. ha ejercitado una acción de reclamación de cantidad para la condena solidaria de *Mapfre Industrial, S. A., Austria Car, S. L., Ital Iberia Compañía Española de Seguros, S. A.*, en virtud de que el demandante depositó el vehículo de su propiedad, al objeto de que le fueran practicadas reparaciones y revisión, en el taller propiedad de la demandada *Austria Car, S. L.*, que tenía concertada póliza de seguros con *Mapfre Industrial, S. A.* vigente hasta el día 16 de abril de 1995; y el día 13 de febrero de 1995 el vehículo fue sustraído del taller por persona desconocida; y en virtud también de que el demandante alegaba vigencia de póliza de seguro por robo con *Ital Iberia Compañía Española de Seguros, S. A.* El importe reclamado era de 15.000.000 de pesetas, más 6.028 pesetas por cada uno de los días en que se vio privado del uso de su vehículo.

En sentencia dictada en primera instancia se estimó parcialmente la demanda con la condena solidaria al pago de 6.600.000

pesetas a favor del actor y a cargo de *Mapfre Industrial, S. A.* y *Austria Car, S. L.*, con absolución de la tercera demandada. Contra esta sentencia interpuso recurso de apelación el demandante y la demandada *Mapfre Industrial, S. A.* y ambos recursos fueron desestimados por la Audiencia Provincial de Sevilla, con confirmación íntegra de la sentencia dictada en primera instancia.

Contra esta última sentencia únicamente ha formulado recurso de casación la demandada *Mapfre Industrial, S. A.* (O. M. B.).

80. Contrato de seguro. Artículo 100 LSP: concepto de «accidente».—Según dicho precepto se entiende por accidente la lesión corporal que deriva de una causa violenta súbita, externa y ajena a la intencionalidad del asegurado, que produzca su invalidez permanente absoluta dentro de un año a partir de la fecha en que sufrió la lesión.

Estrés laboral: causa externa del artículo 100 LSP.—El TS considera que el estrés laboral al que estaba sometida la demandante fue, junto al padecimiento cardiovascular sufrido por ella, concausa determinante externa del infarto sufrido. (STS de 27 de febrero de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—La demandante sufrió un infarto de miocardio acaecido en el puesto de trabajo en fecha de 7 de abril de 1992, que motivó el reconocimiento de la invalidez permanente en grado absoluto. Desde enero de 1992 hasta la fecha del infarto la demandante había asumido la dirección técnica del proyecto para la puesta en marcha de una emisora de televisión local para el Ayuntamiento de Lérida. El TS asume como hecho probado que, aunque el puesto señalado tenía un carácter técnico y no político, se vio sometida a un grado de estrés considerable derivado de las connotaciones políticas del nuevo proyecto asumido y la trascendencia que su trabajo podía tener en la ciudad de Lérida. Se trataba, además, de un estrés superior al que había soportado hasta ese momento en otros trabajos anteriores, que tenían menos repercusión social e inferiores responsabilidades.

La actora ejercita una acción de reclamación de cantidad al amparo de una póliza de seguro de vida con garantía complementaria de fallecimiento o invalidez absoluta por accidente.

La aseguradora no rechaza la indemnización, sino el *quantum* de ésta por entender que el infarto se debió al padecimiento cardiovascular sufrido por la demandante con anterioridad y que excluye el abono de la garantía por accidente.

En primera instancia se estima en parte la demanda. En apelación sólo se concede la suma por el capital asegurado y no la relativa a la garantía complementaria. La demandante recurre en casación. (B. F. G.)

81. Titularidad plural de cuentas, negocios y otros negocios bancarios.—Expresan una disponibilidad de fondos a favor de los titulares bien en forma individual o conjunta, pero no representa por sí la existencia de condominio de los saldos. La propiedad viene determinada por las relaciones internas entre los titulares y, en concreto, por la procedencia de los fondos o numerario con que se han nutrido dichas cuentas. Por ello, la apertura en

forma conjunta o indistinta no produce el efecto de atribuir los depósitos por partes iguales a los figurantes titulares. Ello autoriza a decretar la exclusión y ajenidad de quien sólo figura como cotitular y no demostró ostentar la propiedad del dinero depositado.

Contrato de seguro de vida. Derecho de los beneficiarios.—El artículo 88 de la Ley 50/1980, de 5 de octubre, preserva los derechos de los beneficiarios al establecer de forma imperativa que la prestación del asegurador deberá ser entregada al designado como beneficiario. Este dispone a su favor de un derecho propio y autónomo frente al asegurador. Su crédito es prevalente y excluyente respecto de los herederos legítimos del tomador, quienes sólo disponen del derecho al reembolso de las primas abonadas por el contratante en fraude de sus derechos. (STS de 14 de marzo de 2003; ha lugar en parte.)

HECHOS.—El causante, fallecido sin descendencia, había otorgado testamento en el que instituye heredera universal a su esposa en concepto de fiduciaria de residuo. Como heredero fideicomisario de residuo instituye a su sobrino a quien, por tanto, pasaría el caudal hereditario del que no hubiera dispuesto la heredera única conforme a las disposiciones testamentarias; conforme a lo dispuesto por éstas, podía enajenar y transmitir por actos *inter vivos* o *mortis causa* a título oneroso todos o parte de los bienes de la herencia.

La heredera, beneficiaria además de un seguro de vida concertado por su esposo, lleva a cabo una serie de operaciones bancarias que consistieron en abrir cuentas conjuntas con su hermana que se nutrieron con el caudal procedente de la herencia del esposo.

Fallecida la heredera única sin descendientes, se declara heredera a su hermana contra la que interpone demanda el ya citado heredero fideicomisario, reclamando el reintegro de las cantidades de las que dispuso a título gratuito la heredera fiduciaria y tituladas bancariamente a nombre de las dos hermanas.

La Audiencia estima la demanda integrando también en la herencia las cantidades correspondientes al seguro de vida del que era beneficiaria la esposa del causante. (B. F. G.)

82. Letras en blanco. Validez.—Según reiterada jurisprudencia (SSTS de 1 de mayo de 1952, 18 de abril de 1981 y 30 de noviembre de 1983), la firma de los aceptantes es la que determina la validez de las letras en blanco.

Letras en blanco. Fuerza obligatoria.—Declara el TS que la letra en blanco suscrita por un aceptante goza de plena fuerza obligacional para éste, pues, de acuerdo con el artículo 33 LCC, con la aceptación asume dicho aceptante el compromiso de pagar la letra a su vencimiento (SSTS de 24 de octubre de 2000 y 14 de octubre de 2002). El acepto representa el reconocimiento de la deuda abstracta reflejada en el documento, que se presume, *iuris tantum*, existente y lícita.

Letras de cambio. Relación subyacente.—La Ley cambiaria y del cheque responde a la tendencia de abstracción del título en sentido formal. Por ello, no exige que deba aparecer en el documento cambiario la relación subyacente que, en su caso, exista. Con independencia de tal relación, el acepto

de la letra hace que se incorpore el aceptante al título cambiario. (STS de 26 de febrero de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—Don M. V. G. y don J. V. V. suscriben y aceptan dieciséis letras en blanco a favor de la mercantil *Dava, S. A.*, con fechas de vencimiento situadas entre el 30 de agosto de 1986 y el 30 de octubre de 1987; letras que cumplen los requisitos mínimos necesarios al tiempo de su emisión. El segundo de los aceptantes desaparece y las letras no se pagan a su vencimiento. Ante el impago, *Dava, S. A.* protesta oportunamente las letras y ejercita posteriormente juicio declarativo de menor cuantía contra ambos aceptantes, en reclamación del importe de las letras.

Habiendo sido estimada la demanda en primera instancia, interpone don M. V. G. recurso de apelación, que es desestimado. Recurre entonces en casación, alegando el incumplimiento de los artículos 1089 y 1254 CC, puesto que sostiene que la firma de las letras fue debida a una relación de confianza entre *Dava, S. A.* y don J. V. V., para que este último las incorporase al tráfico, y que en ningún momento medió contrato entre la entidad mercantil y él mismo. El TS declara no haber lugar al recurso. (A. M. M.)

83. Naturaleza jurídica del aval cambiario.—La obligación del avalista cambiario es accesoria respecto de la principal derivada de la letra de cambio. Ello implica, que si la cambial es nula por vicio de forma (art. 1 con relación al 2 de la Ley 19/1985, de 16 de julio, cambiaria y del cheque), el aval carecerá de eficacia, esto es, no podrá exigirse al avalista responsabilidad cambiaria (SSTS de 11 de julio de 1983 y 28 de julio de 1994).

La fianza civil o mercantil no debe confundirse con el aval cambiario.—No cabe extender el aval cambiario a una fianza derivada de una obligación extracambiaria, toda vez que la prohibición de presumir la existencia de una fianza, derivada del artículo 1827 CC, lo impide (SSTS de 16 de diciembre de 1986 y 17 de septiembre de 1987). (STS de 28 de marzo de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—El *Banco Exterior de España* había descontado una cambial, que fue librada en su momento por *Ingeniería de Panificación, S. L.*, y en la que constaba, como librado-aceptante *Peñasco Almeida e Hijos, S. A. L.* y como avalista *la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Extremadura*. La letra resultó impagada, por lo que tras el protesto de la misma, el *Banco Exterior de España* interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia, contra las mercantiles apuntadas y la Caja de Ahorros. Las pretensiones de la actora fueron acogidas, desestimándose además el recurso de apelación formulado contra la resolución dictada en primera instancia. El TS, empero, declara haber lugar al recurso de casación interpuesto. (J. D. S. C.)

84. Validez formal de cheque emitido al portador por sucursal bancaria.—El artículo 106.6 LCC sólo exige para su validez formal la firma del que expide el cheque, en este caso el *Banco U. S. A.*, a través del director de la

sucursal de M. con poderes otorgados al efecto, conteniendo todos y cada uno de los requisitos determinados en el repetido precepto, si bien la firma del interventor resultó ser falsa, apareciendo el cheque como internamente irregular, aunque legal frente al exterior.

Responsabilidad del banco por puesta en circulación de cheque supuestamente sustraído o falsificado por director de sucursal.—La responsabilidad impuesta por el artículo 1903 CC al empresario no es subsidiaria sino directa, al derivarse del incumplimiento de los deberes determinados por las relaciones de convivencia social de vigilar a las personas que están bajo la dependencia de otros y de emplear la debida cautela en la elección de servidores y en la vigilancia de sus actos (por todas, STS de 8 de mayo de 1999); posición jurisprudencial de aplicación al supuesto del debate, toda vez que constituye un hecho probado que el banco conocía, al menos desde el 5 de noviembre de 1987, que en la sucursal número 1 de M. y, concretamente, por su director, se cometían irregularidades, y, sin embargo, no adoptó las previsiones correspondientes para evitar las disfunciones detectadas en dicha oficina (suspensión provisional de este empleado u otras de índole preventiva), hasta la exacta comprobación del completo alcance de las anomalías, lo que ha propiciado que el acto antijurídico y lesivo, consistente en la emisión el 2 de enero de 1988 del cheque cuestionado, se haya realizado en la esfera de responsabilidad del banco, quien ha conculcado el deber de cuidado en el control de la actividad desarrollada por su dependiente, pues únicamente denunció a la policía la sustracción del cheque el 1 de julio de 1988, varios después de ponerse a cobro el cheque.

Confesión bajo juramento indecisorio de la parte actora.—Al absolver posiciones la actora, de nacionalidad extranjera y que es legítima tenedora del cheque al portador, no sólo aceptó no haber mantenido relación alguna con el banco en fechas anteriores a poner al cobro el cheque falsificado, sino que también reconoció expresamente que dicha entidad no le adeuda cantidad alguna; pero para valorar esta prueba hay que distinguir, cuando las respuestas sean contrarias a quien confiesa, según que la confesión sea la única prueba existente sobre el hecho enjuiciado, en cuyo caso *hace prueba contra su autor* según el artículo 1232, o si sobre los mismos hechos hay otras pruebas con resultados diferentes, supuesto en que cabe valorar libremente la confesión con los otros medios de prueba; en el segundo caso, la doctrina jurisprudencial sienta que la confesión no es la *regina probatium*, pues carece de rango superior a los otros medios de prueba y ya no tiene carácter privilegiado, como ocurre en el presente supuesto en el que el Juez ha tenido presentes, además del cheque original, diversos informes elaborados por la entidad bancaria y testimonios parciales de diligencias previas instruidas judicialmente.

Prueba pericial no practicada por falta de colaboración del Banco. En la tramitación del pleito el banco recurrente no ha llevado a los autos ningún documento con la firma y rúbrica del director de la sucursal, sino únicamente fotocopias de escritos, y tampoco se pudo practicar la prueba pericial caligráfica durante el recurso de apelación por carecerse de un documento con firma original y no fotocopia con sello original del banco, no pudiendo el perito emitir finalmente su informe. (STS de 24 de marzo de 2003; no ha lugar.) (G. G. C.)

85. Artículo 135 LSA. Acción individual de responsabilidad de los administradores sociales. Definición.—Se trata de una acción directa y principal, no subsidiaria, que se otorga a accionistas, socios y terceros para recomponer su patrimonio particular afectado directamente por actos de administración.

Artículo 135 LSA. Acción individual de responsabilidad de los administradores sociales. Presupuestos.—Se exige la prueba de la acción u omisión de los administradores, del daño y de la relación de causalidad. Los actos y omisiones constitutivos de esta acción son los mismos que para la acción social de responsabilidad, esto es, los contrarios a la ley y los estatutos o realizados sin la diligencia con la que los administradores deben desempeñar el cargo. El daño se concreta en una disminución patrimonial que impida a la sociedad hacer frente a sus deudas, o ponga en peligro la satisfacción del crédito del socio, accionista o tercero acreedor, o dañe un derecho, si se trata de un tercero no acreedor. La relación de causalidad es una relación directa entre la acción u omisión del administrador y el daño al socio o al acreedor. Además de todo lo anterior, para la prosperabilidad de esta acción se exige la concurrencia de culpa, para los actos contrarios a la ley o los estatutos, o negligencia. (STS de 10 de marzo de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—Los administradores de la sociedad demandada, con el exiguo patrimonio social obligan a la compañía por una cantidad muy superior en un muy breve período de tiempo. A ello se añade que no presentan las cuentas anuales de la entidad en el Registro Mercantil respecto a las correspondientes al año en el que se produce toda la actuación en el tráfico mercantil que origina el juicio.

La actora interpone demanda contra la sociedad y los administradores de la misma, ejerciendo contra estos últimos la acción individual de responsabilidad prevista en el artículo 135 LSA.

En primera instancia se condena a la compañía y se absuelve a los administradores. En apelación se revoca la sentencia de instancia condenando solidariamente a la sociedad y a sus administradores. Estos recurren en casación. (B. F. G.)

86. Artículo 133 LSA. Acción de responsabilidad de los administradores de las sociedades. Identificación en la demanda.—La sola mención del apartado segundo del citado precepto es insuficiente para ello, pues debe concretarse, por lo menos, si se trata de la acción social o la individual, reguladas respectivamente en los artículos 134 y 135 LSA y sometidas a un régimen diferente.

Artículo 133 LSA. Acción de responsabilidad de los administradores de las sociedades. Presupuestos.—Se exige la prueba del daño directo a la sociedad, los accionistas o los acreedores, de la falta de diligencia del administrador demandado, así como de la relación de causalidad entre ésta y aquél. La transmisión de activos de una sociedad anónima a otra acogándose a un plan de Gobierno de la Comunidad Autónoma no revela por sí misma un acto negligente o ilegal del administrador ni un daño a la sociedad o a los accionistas.

Incongruencia.—Se aprecia por no tener en cuenta el Tribunal de apelación la demanda acumulada en el inicial proceso. (STS de 4 de abril de 2003; ha lugar.)

HECHOS.—La adecuada comprensión de los hechos origen del presente recurso exige distinguir entre las vicisitudes procesales y el supuesto de hecho que da lugar al litigio.

En cuanto a las primeras, el recurso de casación planteado tiene su origen en la acumulación de dos demandas. La primera de ellas se dirige contra tres compañías mercantiles y una persona física relacionada con ellas: los actores reclaman los honorarios correspondientes a servicios profesionales. La segunda de las demandas, acumulada a la anterior, se entabla únicamente contra la persona física mencionada, por el mismo importe pero a título de responsabilidad de este demandado como administrador de una de las sociedades mercantiles demandadas en el primer proceso. El pronunciamiento del primer proceso condena solidariamente a las tres sociedades demandadas al pago de determinadas cantidades, del mismo modo que declara a la persona física responsable subsidiaria por su condición de administrador. Las sociedades y la persona física condenados en el primer proceso recurren en apelación. Sólo es estimado el recurso interpuesto por la persona física, dando lugar a su absolución por considerar que el Juzgado de Primera Instancia había incurrido en incongruencia al condenar a dicho demandado. A este propósito, el Tribunal de apelación no tiene en cuenta la segunda de las demandas, acumulada a la primera, en la que se solicitaba la condena de dicha persona física. El TS entra por ello en el fondo del asunto desestimando la demanda acumulada no tenida en cuenta por el Tribunal de apelación.

En cuanto a los hechos origen del litigio, la sentencia nos proporciona los siguientes datos: los actores eran acreedores de una de las sociedades demandadas, que había adquirido en 1990 los activos de la sociedad cooperativa de responsabilidad limitada, también demandada. En 1993, el Consejo de Administración de esta última sociedad transmite todos sus activos a la primera sociedad ya citada acogándose a un Plan de Gobierno de la Comunidad Autónoma. El demandado, administrador de una de las sociedades, no había presentado los libros contables de las sociedades ni había querido hipotecar inmuebles en perjuicio de la sociedad. Este último hecho, no alegado por los actores en la demanda, sino en el escrito de resumen de pruebas o conclusiones, es el determinante de la condena del administrador demandado en primera instancia. Los actores basaban su demanda en la imputación al administrador del «cierre de hecho» de la citada sociedad cooperativa producido, según los demandantes, como consecuencia de la transmisión de activos de dicha cooperativa a otra de las sociedades demandadas en el primer proceso. El TS pone de manifiesto que los honorarios profesionales reclamados por los actores en la primera demanda a una de las sociedades demandadas se deben, precisamente, por el asesoramiento en la transmisión de dichos activos. (B. F. G.)

87. Quiebra. Resolución judicial que afirma la ausencia de dolo de la entidad acreedora en su demanda concursal. Cosa juzgada.—La parte recurrente atribuye a la sentencia fundamentar la desestimación de la demanda acogiéndose a la tesis de un determinado sector doctrinal, que entiende que para la reclamación de los daños y perjuicios ocasionados con la declaración de la quiebra a un comerciante repuesto, exige como condición necesaria que en la sentencia del incidente de oposición a la quiebra se haga declaración por el tribunal, sobre que la misma fue instada, o mantenida, por el acreedor con dolo, falsedad o injusticia manifiesta, posición ésta, sobre como es natural no toma partido la sentencia recurrida, aunque la entiende apoyada por sentencias de esta Sala que la parte recurrente las califica de obsoletas por su antigüedad, pero lo que se afirma es que la hoy recurrente, cuando fue opositora al auto de declaración de la quiebra necesaria, solicitó al mismo tiempo que se declarase que la quiebra había sido solicitada, y después mantenida por la ahora recurrida, con dolo, falsedad o injusticia manifiesta y que, a tenor de esta petición, las dos sentencias de instancia entraron a conocer de esos extremos, con el resultado que se ha puesto de manifiesto en el primero de los fundamentos de derecho de la presente resolución; a saber, de no apreciar la existencia de esas circunstancias, por lo que sobre este punto existía una resolución judicial por lo que no cabe entrar a conocer en un procedimiento posterior de la misma materia, y ello, aunque en el fallo, por un simple error material se hiciera reserva de las acciones para reclamar las indemnizaciones procedentes de una declaración de quiebra instada, o mantenida con un dolo, falsedad o injusticia notoria, que previamente en su fundamento se había declarado que no existía, declaración ésta que se hizo en un procedimiento anterior, con independencia de que se entienda o no, que es en ese procedimiento donde únicamente ha de procederse a llevar a efecto tal declaración. Por lo que concluyeron que no procedía entablar el juicio para exigir esa indemnización cuando previamente y por el propio órgano judicial se había pronunciado que no concurrían los supuestos básicos para ser exigida; a saber, el de dolo, falsedad o injusticia notoria. (STS de 13 de mayo de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—En un anterior proceso civil, *Algeme Bank Nederland* interpuso demanda en la cual solicitaba la declaración de quiebra de *Nonay Gil Hermanos, S. L.* En un primer momento, el Juzgado declaró la quiebra de la sociedad. No obstante, en el incidente de oposición a la misma, ésta se revocó por circunstancias que no constan. La sentencia de instancia que resolvía el escrito de oposición a la quiebra afirmaba la ausencia de dolo o malicia de la entidad acreedora que había promovido el proceso concursal, pero en la parte dispositiva de la resolución contemplaba la posibilidad de que el quebrado repuesto ejerciera la acción de daños y perjuicios prevista en el artículo 1332 LEC (1881). La sentencia se confirmó por parte de la Audiencia Territorial. Con posterioridad, la sociedad *Nonay Gil Hermanos, S. L.* interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 18 de Madrid al considerar que *Algeme Bank Nederland* sostuvo la quiebra frente a la oposición del quebrado de forma dolosa y, en consecuencia, solicitaba la indemnización de daños y perjuicios prevista en el artículo 885 CCO. El Juzgado desestima la demanda. Interpuesto recurso de apelación por la sociedad *Nonay Gil Hermanos, S. L.*, la Audiencia de Madrid confirma la sentencia del Juzgado. La Audiencia considera que la

sentencia de instancia del anterior proceso civil ya afirmaba la ausencia de dolo de la entidad acreedora. En este sentido, considera como un simple error el hecho de que la sentencia dejara a salvo la posibilidad de una reclamación de daños y perjuicios al amparo del artículo 1332 LEC (1881). El TS declara no haber lugar al recurso de casación. (A. S. C.)

DERECHO PROCESAL

88. Depósito judicial.—La cuestión fundamental planteada radica en el hecho de que no es aplicable al caso enjuiciado la jurisprudencia del TS alusiva al embargo preventivo o a la naturaleza del contrato bancario de cuenta corriente o de depósito no individualizado de dinero. Esto es así porque lo realmente acordado por los órganos judiciales del orden penal fue más allá del embargo preventivo de una o varias cuentas. De hecho, decretaron la intervención judicial de ciertas cuentas corrientes en la entidad demandada, así como de dos libretas y un depósito a la vista. Por tal motivo, es clara la naturaleza de depósito judicial o secuestro de esta operación, de forma que el depositante pasa a ser el propio órgano judicial que lo acuerda en cuanto que sin su permiso expreso no puede el depositario servirse de la cosa depositada (SSTS de 1 de febrero de 1962 y de 27 de noviembre de 1998).

En definitiva, tanto lo acordado por los órganos judiciales del orden penal como el mandato dirigido a la entidad demandada son suficientemente reveladores de que ésta no podía cumplir la instrucción de la recurrente de ingresar el importe de los pagarés en la cuenta prefijada, siquiera sea por la razón de que ya no subsistían sus facultades como depositante en orden al dinero o producto líquido de los pagarés. (STS de 10 de marzo de 2003; no ha lugar.)

HECHOS.—El recurso de casación presentado dimanaba de un juicio de menor cuantía promovido por una sociedad anónima en liquidación contra una caja de ahorros en la que aquella tenía varias cuentas antes de incoarse un proceso penal en el que se adoptaron medidas cautelares contra la misma como responsable civil subsidiaria. Esta demanda fue desestimada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 42 de Barcelona, en sentencia de 13 de marzo de 1996. Apelada tal decisión ante la Sección 15.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, este Tribunal dictó sentencia en fecha 23 de abril de 1997, desestimando el recurso. Finalmente, se presenta recurso de casación al amparo del artículo 1692 LEC y, más en concreto, bajo su ordinal 3.º, por infracción de los artículos 349, 359 y 372.2 y 3 LEC; y bajo su ordinal 4.º por infracción de la jurisprudencia sobre el embargo, de los artículos 1101, 1106, 1108, 1109 y 1767 CC, así como de la jurisprudencia sobre el contrato bancario de cuenta corriente o depósito no individualizado de dinero. (J. L. B.)

